

UNIVERSITÉ MONTESQUIEU - BORDEAUX IV

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)

DOCTORAT en DROIT

Emmanuelle PALVADEAU

LE CONTRAT EN DROIT PÉNAL

Thèse dirigée par Madame le Professeur Valérie MALABAT

Soutenue le 13 décembre 2011

JURY :

Monsieur Patrick MAISTRE DU CHAMBON
Professeur à l'Université de Grenoble, **rapporteur**

Madame Valérie MALABAT
Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV

Monsieur Xavier PIN
Professeur à l'Université Jean Moulin, Lyon 3, **rapporteur**

Monsieur Jean-Christophe SAINT-PAU
Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV

Monsieur Eric SAVAUX
Professeur à l'Université de Poitiers

Le contrat en droit pénal - Résumé

En tant que « pilier de l'ordre juridique », le contrat n'est pas ignoré du droit pénal. Incontestablement présent dans d'innombrables incriminations, le contrat fait toutefois l'objet de conceptions particulières que la doctrine relève ponctuellement comme autant de marques d'autonomie de la matière. Mais la présentation du contrat en droit pénal par le simple constat de solutions autonomes ne peut suffire, qui ne permet pas de déterminer, de manière positive et rationnelle, ce en quoi le contrat consiste en droit pénal.

En refusant de lui transposer l'ensemble du régime contractuel, le droit positif semble pourtant formuler le principe d'une sélection que la finalité du droit pénal peut éclairer de manière décisive. Le contrat en droit pénal apparaît alors, qui résulte ainsi d'une sélection fonctionnelle des dispositions du régime contractuel : seules celles assurant la finalité du droit pénal doivent être caractérisées.

Mots-clés : abus de confiance ; action civile ; apparence ; autonomie ; clause de réserve de propriété ; contrat ; détournement ; droit de rétention ; existence ; fiction ; fonction du droit pénal ; inexécution contractuelle ; inexistence ; interprétation ; novation ; nullité ; obligation accessoire ; obligation fondamentale ; opposabilité ; peines privées ; préjudice ; preuve ; principe de non-option ; qualification ; résolution ; responsabilité contractuelle ; rétroactivité ; validité.

The contract in criminal law – Abstract

As a « bedrock of the legal order », the contract is not ignored by criminal law. Unquestionably present in many offences, the contract is the object of specific conceptions that the doctrine find here and there as signs of the autonomy of criminal law.

However, the presentation of the contract in criminal law through the statement of fact that autonomous solutions exist, is not sufficient. It doesn't allow establishment in a positive and rational way, the real definition of the contract in criminal law.

By refusing transposition of the entire contractual settlement, current law expresses the principle of a selection and that the purpose of criminal law may clarify it in a decisive way.

Then, the contract in criminal law appears, resulting of a functional selection from the dispositions of contractual settlement: only the ones which maintain the aim of criminal law must be distinguished.

Key words : Breach of trust, civil action, aspect, autonomy, property saving clause, contract, diversion, withholding right, existence, fiction, function of criminal law, nonfulfilment, non-existence, interpretation, novation, nullity, secondary obligation, fundamental obligation, opposability, private sentences, loss, evidence, non-option principle, qualification, cancellation, contractual liability, retroactivity, validity.

Merci à ma famille pour leur présence, depuis toujours.

Merci à mes amis et plus spécialement, Marie-Anne, Sarah-Marie, Julien, Yannick et Elisa pour leurs contributions linguistique, sémantique, bibliographique et humoristique.

Merci à Valérie Malabat pour sa bienveillance et sa disponibilité constantes.

Merci à Olivier pour tout cela et tout le reste.

A Simon,

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>AJ. pén.</i>	Actualité juridique pénal
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>CA</i>	Cour d'appel
<i>Cass. ass. plén.</i>	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Cass. civ.</i>	Chambre civile de la Cour de cassation
<i>Cass. crim.</i>	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>CCC.</i>	Contrats, concurrence, consommation
<i>CE</i>	Conseil d'Etat
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'homme
<i>Contra</i>	Contraire
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Dr. pén.</i>	Revue Droit pénal
<i>Dr. soc.</i>	Revue Droit social
<i>GP</i>	Gazette du Palais
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>JCP</i>	Semaine juridique - Juris-Classeur Périodique
<i>JO</i>	Journal officiel
<i>LGDJ</i>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i>	Les petites affiches
<i>Obs.</i>	Observations
<i>Préc.</i>	Précité
<i>PUAM</i>	Presses universitaires d'Aix-Marseille
<i>PUF</i>	Presses universitaires de France
<i>RCA</i>	Revue responsabilité civile et assurances
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle et de droit comparé
<i>RPDP</i>	Revue pénitentiaire et de droit pénal
<i>RIDP</i>	Revue internationale de droit pénal
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique-Droit prospectif
<i>RTDciv.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTDcom.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>s.</i>	suiwant
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>Spéc.</i>	Spécialement
<i>Somm.</i>	Sommaire
<i>Supra</i>	Ci-dessus
<i>TGI</i>	Tribunal de grande instance
<i>Trib. Corr.</i>	Tribunal correctionnel

SOMMAIRE

1^{ère} partie : La notion de contrat en droit pénal

Titre I : La nécessité pénale des conditions d'identification du contrat

Chapitre I : L'identification générale d'une opération contractuelle

Section 1 : L'insuffisance de l'apparence de contrat

Section 2 : La nécessité de l'existence du contrat

Chapitre II : L'identification spéciale de l'opération contractuelle

Section 1 : L'opération de qualification du contrat

Section 2 : Les outils de l'opération de qualification du contrat

Titre II : L'inutilité pénale des conditions d'efficacité du contrat

Chapitre I : L'indifférence pénale aux conditions de régularité du contrat

Section 1 : La régularité du contrat à l'épreuve de la composante contractuelle

Section 2 : La régularité du contrat à l'épreuve de la composante préjudicielle

Chapitre II : L'indifférence pénale aux règles de preuve du contrat

Section 1 : L'analyse classique de la preuve de l'élément contractuel

Section 2 : L'analyse renouvelée de la preuve de l'élément contractuel

2nde partie : L'inexécution du contrat en droit pénal

Titre I : Le particularisme de la constitution de l'inexécution pénale

Chapitre I : La violation particulière d'une obligation contractuelle ordinaire

Section 1 : Le particularisme classique du fait délictueux

Section 2 : Le particularisme renouvelé du fait délictueux

Chapitre II : La violation ordinaire d'une obligation contractuelle particulière

Section 1 : L'identité potentielle des faits générateurs

Section 2 : L'identité légitime des faits générateurs

Titre II : Le particularisme de la réparation de l'inexécution pénale

Chapitre I : Le sens du particularisme de la réparation

Section 1 : Le constat de l'élimination des règles contractuelles

Section 2 : L'appréciation de l'élimination des règles contractuelles

Chapitre II : La portée du particularisme de la réparation

Section 1 : La présence de particularités étrangères à l'élimination de la responsabilité délictuelle

Section 2 : L'absence de particularités imputables à l'élimination de la responsabilité contractuelle

INTRODUCTION

1. Mariage naturel ou union forcée ? « L'ordre social est un droit sacré, qui sert de base à tous les autres. Cependant ce droit ne vient point de la nature ; il est donc fondé sur des conventions »¹. Ainsi socialement fondamental, le contrat constitue également un « pilier de l'ordre juridique »² et semble alors naturellement dépasser les frontières du droit civil pour figurer parmi les institutions essentielles au fonctionnement d'une société³. Economiquement d'abord, le contrat joue indéniablement un rôle fondamental en ce qu'il constitue l'un des principaux vecteurs d'échange⁴. Plus précisément, le respect des engagements contractés assure une fonction essentielle dans la société puisque « dans la mesure où le contrat est un des principaux moyens de commerce et d'échange entre les hommes, son inexécution ébranle l'ordre juridique, trouble le circuit économique, lèse des intérêts qui dépassent de loin ceux du créancier »⁵. Naturellement, pareille obligation exprimée par l'article 1134 du Code civil⁶ doit

¹ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, 1762, L. 1, Ch. 1, T. III, p. 352.

² J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2001, p. 255 et 313 et s.

³ « Il n'est nul besoin d'être juriste pour percevoir que le contrat constitue l'un des rouages essentiels de la vie en société » : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 17.

⁴ V. L. Boy, *Les « utilités » du contrat*, LPA 10 sept. 1997, n° 109, p. 3 et s. ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, 2^{ème} éd., PUF, 2010, p. 89 et s. –Adde : B. Fages, *Droit des obligations*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2011, n° 20.

⁵ J. Deprez, *Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*, in Travaux de l'Association H. Capitant, T. XVII, Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles, Dalloz, 1968, p. 28 et s., spéc., p. 31.

⁶ « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

par ailleurs être associée au respect de la parole donnée, indispensable à la cohésion sociale⁷. C'est dire ensuite que là où dans d'autres civilisations, seules la famille ou la cité créaient des obligations et partant, du lien entre les personnes, le contrat est devenu, dans nos sociétés, l'une des sources majeures de ce rapport⁸. Le contrat revêt donc un véritable rôle sociologique, attesté d'ailleurs par le vif intérêt que lui témoignent désormais non seulement les économistes mais également les sociologues⁹. Par conséquent, la vocation générale et essentielle attribuée au contrat paraît rendre logique sa présence en droit pénal qui se doit de défendre les valeurs jugées fondamentales pour la société¹⁰. L'union du droit pénal et du contrat pourrait ainsi constituer un mariage des plus naturels.

Pourtant, pareil constat s'oppose à un vif mouvement d'hostilité allant même jusqu'à affirmer que « seul le goût du paradoxe paraît, *a priori*, justifier un tel rapprochement »¹¹. C'est en observant l'essence du contrat que l'on comprend alors l'hésitation. Le contrat tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait¹², et demeure donc, par principe, la « chose » des parties. Le paradoxe paraît s'éclairer dès lors qu'il est établi que le droit pénal demeure étranger à la protection des intérêts particuliers¹³. La sanction pénale est en effet par principe infligée dans l'intérêt public, ce qui conduit même la doctrine à proposer le rattachement du droit pénal au droit public¹⁴. Par suite, il semble logique d'affirmer que « le droit pénal de fond n'a pas vocation à régir les rapports entre les particuliers sur le mode de l'obligation contractuelle »¹⁵. L'association du droit pénal au contrat s'éloignerait ainsi inexorablement d'un mariage naturel¹⁶ pour épouser les contours d'une union forcée.

L'alternative est en définitive radicale, qui oppose l'insertion naturelle, et donc potentiellement conséquente, du contrat dans le droit pénal à son exclusion pleine et entière.

⁷ « La religion chrétienne, elle-même, a imposé aux hommes la foi de la parole scrupuleusement gardée » : G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1949, n° 22.

⁸ Certains auteurs évoquent alors la fonction anthropologique du droit. V. A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, 2^{ème} éd., Seuil, 2009.

⁹ V. par ex. L. Ridet, *Du pacte au contrat*, Cultures en mouvement, n° 1, janvier 1997, cité par L. Boy, *Les utilités du contrat*, préc. –Adde : pour l'apport des sciences humaines et des sciences sociales à l'étude du contrat, E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997, préf. J.-L. Aubert, n° 141 et s.

¹⁰ V. la définition du trouble social de MM. Merle et Vitu, in *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Cujas, 1997, n° 6. –Adde sur la fonction expressive du droit pénal : M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, 2010, préf. A. D'Hauteville, n° 375 ; Ch. Lazerges, *Processus de socialisation et apprentissage de la règle de droit*, RSC 1993, p. 593 et s. ; X. Pin, *Droit pénal général*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2010, n° 3.

¹¹ R. Ottenhof, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, LGDJ, 1970, préf. H. Blaise, n° 1.

¹² Conformément à l'article 1134 du Code civil, préc.

¹³ V. *infra*, n° 19.

¹⁴ V. *infra*, n° 19.

¹⁵ X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, préf., P. Maistre du Chambon, n° 104.

¹⁶ V. pour une telle comparaison, R. Haïk, *Droit pénal des contrats*, Th. Paris XI, 2008, n° 1.

L'observation de la réalité révèle qu'une fois encore, la vérité réside dans l'équilibre. Mais ce constat doit, pour pouvoir être mené, être nettement circonscrit.

2. La circonscription de l'alliance. Depuis un certain nombre d'années, il est courant de lire que le droit pénal subit une véritable « contractualisation »¹⁷. A s'en tenir à la formule, il faudrait alors constater que la présence du contrat en droit pénal relève de l'évidence. Pourtant, les innombrables usages du terme de contrat en la matière ne peuvent tous participer à une recherche rationalisée des liens unissant le contrat au droit pénal. Il faut, en effet, pour parvenir à déterminer le champ de pareille analyse, clarifier les différentes facettes du phénomène de contractualisation du droit pénal¹⁸ pour ne retenir que les manifestations de la présence du contrat au sens le plus strict.

3. La contractualisation philosophique du droit pénal. Tantôt relatif à la peine, tantôt relatif à la procédure, le procédé de contractualisation du droit pénal semble partout. Certains auteurs avancent même l'idée d'une contractualisation de certaines règles de droit pénal général. En effet, d'aucuns assimilent la présomption irréfragable de connaissance de la loi¹⁹ à une contrepartie logique du principe de légalité criminelle, créant une forme contractuelle de répression²⁰. Toutefois, les auteurs de ce parallèle concèdent eux-même qu'il ne peut s'agir que d'une référence politique, voire philosophique²¹, au contrat, entendu au sens de contrat social²². Il ne s'agit donc en aucun cas d'une prise en compte du contrat, dans son sens technique, en tant qu'institution du droit civil. L'analyse menée à propos de la contractualisation des peines offre le même constat.

¹⁷ V. pour un exemple récent : *Approche critique de la contractualisation*, sous la direction de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, LGDJ, 2007. La formule n'est d'ailleurs pas réservée à la matière pénale. V. notamment, M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n° 147 et s. ; A. Supiot, *La contractualisation de la société, intervention à l'Université de tous les savoirs, in Qu'est-ce que l'humain ?*, Odile Jacob, 2000 vol. 2.

¹⁸ P.-Y. Verkindt, préface à l'ouvrage collectif : *Approche critique de la contractualisation*, préc., p. 7.

¹⁹ Sur laquelle, v. notamment, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Armand Colin 2004, n° 382 ; X. Pin, *Droit pénal général*, préc., n° 256.

²⁰ « La règle 'nul n'est censé ignorer la loi' est, en matière pénale, la contrepartie de la règle *nullum crimen sine lege*. Dans notre droit pénal légaliste, la répression prend un aspect contractuel, qui est un héritage de la théorie du contrat social » : R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Cujas, 1997, n° 583.

²¹ X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, préc., n° 11. Dans le même sens, D. Déchenaud, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2008, préf. P. Maistre du Chambon, n° 320.

²² R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 583.

Certaines sanctions pénales ne peuvent être prononcées qu'avec l'accord de la personne condamnée. Ainsi en est-il notamment du travail d'intérêt général²³ ou encore du placement sous surveillance électronique²⁴. La nécessité de la remise du consentement du condamné ne peut pour autant pas être assimilée à une contractualisation de la sanction pénale. En effet, certes le condamné consent à la peine infligée, mais « consentir à une peine n'est pas consentir à un contrat »²⁵. Les manifestations du lien potentiel entre le contrat et le droit de la peine doivent être alors exclues du champ de l'étude du contrat en droit pénal, faute de pouvoir identifier la présence effective d'un contrat. Les modes alternatifs de règlement des litiges utilisés pour illustrer la prétendue contractualisation de la justice pénale doivent également être écartés des recherches.

4. La contractualisation technique de la procédure pénale. Présentation. Il semble désormais ordinaire de qualifier une partie de la justice criminelle de « justice consensuelle », de « justice participative » ou encore de « justice négociée »²⁶. Certains s'interrogent alors sur une éventuelle contractualisation de la matière pénale²⁷ et ce, spécialement à propos des procédures dérogatoires au déroulement classique du procès pénal²⁸. La proposition tient, à nouveau, à la présence nécessaire du consentement du prévenu. La médiation²⁹ ou encore la transaction³⁰ pénales sont autant de procédures dérogatoires à

²³ C. pén., art. 131-8, al. 2 ; 132-54, al. 2 ; C.p.p., art. 132-54, al. 2 (sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général) ; art. D. 531 (libération conditionnelle) et art. D. 139 (semi-liberté). V. J. Pradel, *Le consensualisme en droit pénal comparé*, Mélanges E. Correia, Boletim da facultade de direito de Coimbra 1988, p. 331 et s., spéc., p. 338 : « L'accord du juge est évidemment nécessaire puisqu'il n'existe aucune infraction pour laquelle l'application de cette peine est obligatoire : systématiquement, le juge est libre de la choisir ou d'en préférer une autre, ce qui est du reste conforme aux deux principes complémentaires de l'individualisation de la peine et de la liberté du juge. Quant à la volonté du prévenu, elle est également toujours indispensable et cela quel que soit le type de travail d'intérêt général ».

²⁴ C.p.p., art. 723-7. V. sur cette mesure, E. Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, Litec, 2010, n° 747 et s.

²⁵ X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, préc., n° 792.

²⁶ Les mesures justifiant ces appellations trouvent leur origine dans les législations anglosaxonnes. V. sur ce sujet, J. Cedras, *La célérité du procès pénal dans le droit de la common law*, RIDP 1995 n°66, p. 695 ; F. Tulkens, M. Van de Kerchove, *La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?*, RDP 1996, p. 445 et s. La procédure pénale allemande connaît également cette idée de « justice négociée », désormais consacrée par la Loi du 4 août 2009. v. J. Leblois-Happe, X. Pin, J. Walther, *Chronique de droit pénal allemand*, Rev. internationale de droit pénal 2009, p. 277 et s., spéc. n° 42 et s.

²⁷ V. notamment, B. de Lamy, *Procédures et procédés (propos critique sur la contractualisation de la procédure pénale)*, in *Approche critique de la contractualisation*, préc., p. 149 ; X. Pin, *La privatisation du procès pénal*, RSC 2002, p. 245 et s., spéc., p. 246 ; X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, préc., n° 383 ; Ph. Salvage, *Le consentement en droit pénal*, RSC 1991, p. 699 et s. – Adde : F. Terré, *Le contrat à la fin du XXème siècle*, Rev. de sciences morales et politiques 1995, p. 302 et s.

²⁸ V. également à propos de l'homologation, B. de Lamy, *La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé – Efficacité et diversification de la réponse pénale)*, D. 2004, p. 1910, spéc., n° 3.

²⁹ La médiation pénale a été consacrée par la loi du 4 janvier 1993 et figure désormais à l'article 41-1 5° du Code de procédure pénale.

³⁰ C.p.p., art. 6, al. 3.

l'engagement classique des poursuites qui supposent le consentement du prévenu. Leur lien avec le contrat paraît, à la lecture de certains développements, devoir s'imposer. La médiation, d'une part, consisterait en un contrat recelant une particularité : la négociation préalable entre la victime et l'accusé a lieu en compagnie d'un troisième intervenant, le médiateur³¹. La transaction pénale, d'autre part, constituerait « un contrat pénal indemnitaire non exécutoire »³². Pareille qualification reposerait sur l'élément essentiel de cette procédure, l'accord de volontés qu'elle est censée traduire³³. Par suite, le lien entre le contrat et la contractualisation de la procédure pénale³⁴ ainsi décrite suppose d'accepter de qualifier de contractuelle la relation unissant le justiciable aux autorités répressives, ce dont il est permis de douter. Et même en y adhérant, la particularité de cette contractualisation paraît compromettre la pertinence de son intégration dans le champ de l'étude.

5. La contractualisation technique de la procédure pénale. Exclusion. La qualification contractuelle de la médiation pénale peut, tout d'abord, être écartée sans difficulté. Ses défenseurs concèdent ainsi eux-mêmes que si contrat il y a, il ne peut qu'être éloigné des définitions civiles. Non seulement le médiateur, incontestablement nécessaire à l'opération ne peut qu'être tiers au contrat³⁵, mais il faut également reconnaître que la validité de l'opération dépend de son exécution³⁶. Le simple constat de ces deux spécificités paraît pouvoir suffire à exclure la qualification de contrat. La transaction suggère, en revanche, une plus nette hésitation. Si une partie de la doctrine affirme formellement que cette mesure constitue un contrat³⁷, pareille qualification ne s'impose finalement pas avec la force de l'évidence. D'une part, il convient de reconnaître la spécificité de la transaction pénale à

³¹ V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, th. Nantes, 1999, n° 473.

³² M. Dobkine, *La transaction en matière pénale*, D. 1994, p. 137 et s., spéc., n° 6.

³³ M. Dobkine, *La transaction en matière pénale*, préc., n° 6.

³⁴ Cette idée inerve d'autres législations que le droit français. La procédure belge, par exemple, propose également le mécanisme de la transaction pénale depuis un arrêté royal du 10 janvier 1935 qui invite également à s'interroger sur sa nature contractuelle. V. M. van de Kerchove, *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle*, in *La contribution à la production normative*, sous la direction de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz 2008, p. 187 et s., spéc., p. 192.

³⁵ G. Blanc, *La médiation pénale (Commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale)*, JCP 1994. I. 3760, n° 17 et s.

³⁶ V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 473.

³⁷ C. Ambroise-Castérot, *Le consentement en procédure pénale*, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : Mélanges offerts à J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 39 : « Ces nouveaux modes alternatifs (alternatives aux poursuites, alternative au jugement traditionnel) reposent sur une contractualisation de la répression pénale [...] Le mécanisme paraît en effet calqué sur le schéma d'une convention : proposition puis acceptation (ou refus) » ; J. Pradel, *Procédure pénale*, 16^{ème} éd., Cujas, 2011, n° 256.

l'égard de la transaction civile³⁸. D'autre part, certes le consentement de l'auteur de l'infraction est requis, mais certains refusent de l'assimiler à un véritable accord contractuel, faute de pouvoir manifester une réelle volonté de construire une relation³⁹. Ainsi, s'il s'agit incontestablement d'une preuve du consensualisme auquel la procédure pénale accorde une place croissante⁴⁰, la présence véritable d'un contrat au sens strict paraît plus discutable⁴¹.

D'ailleurs, même en souscrivant à la qualification contractuelle de certains des procédés de règlements des litiges, l'étude de ces derniers peut ne pas nécessairement s'imposer pour l'analyse du contrat en droit pénal. Certes, le lien entre les deux matières peut être fait mais, en plus de ne pas être évident, il ne paraît pas non plus pertinent. En effet, il s'agirait d'envisager les spécificités du procès pénal⁴². Or, l'analyse de la prise en compte du contrat par l'infraction, en plus d'être indiscutable, impose de dépasser celle du procès afin d'éviter la présentation strictement analytique des liens potentiels entre le contrat et la matière pénale. Déjà menée en doctrine⁴³, cette présentation doit pouvoir céder la place à la recherche d'une explication rationnelle de la présence du contrat, au sens le plus technique du terme, dans l'institution la plus emblématique du droit pénal : l'infraction⁴⁴.

³⁸ Telle que régie par les articles 2044 et s. du Code civil. V. notamment : M. Dobkine, *La transaction en matière pénale*, préc., n° 6 ; M. van de Kerchove, *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle*, préc., p. 192.

³⁹ D. Déchenaud, *L'égalité en matière pénale*, préc., n° 676 ; X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, préc., n° 690 et s. : « en consentant à une mesure pénale de substitution, le justiciable n'adhère pas à un contrat, il accepte un statut légal. Tout au plus pourrait-on parler de statut d'adhésion ». Cette position est également soutenue par la doctrine belge qui estime que l'accord de l'auteur de l'infraction n'est pas requis pour former un contrat au sens du droit civil, mais seulement « pour attester que la décision unilatérale du ministère public n'a pu lui être imposée » : J. de Gavre, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, Bruylant 1967, cité par J. Messinne, *La nature juridique de la transaction en matière répressive*, note sous Bruxelles, 22 janv. 1970, in *Rev. crit. de jurisprudence belge* 1972, p. 68. –Comp. : C. Cambier, *Droit judiciaire civil*, Larcier, 1972-1973, p. 314, note 49.

⁴⁰ D'aucuns évoquent une « sorte de consensualisme propre au droit pénal » : M. Danti-Juan, *Le consentement et la sanction*, in *Mélanges offerts à P. Couvrat : la sanction du droit*, PUF, 2001, p. 367. –Adde : M. van de Kerchove, *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ?*, préc., p. 192 : « il est clair qu'il ne s'agit pas d'une véritable justice négociée, mais seulement d'une justice consensuelle ».

⁴¹ « Le terme de contrat ne doit pas être retenu ici avec l'exactitude de la notion civiliste. Il s'agit davantage de contractualisation, entendue comme un phénomène d'intrusion de l'accord des volontés, destinés à faire naître des effets juridiques, dans des domaines soumis à des règles impératives et ne s'intéressant traditionnellement pas à l'existence d'accord entre les personnes » : B. de Lamy, *Procédures et procédés (propos critique sur la contractualisation de la procédure pénale)*, in *Approche critique de la contractualisation*, préc., p. 149.

⁴² M. Van der Kerchove, *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ?* in *La contribution à la production normative*, sous la direction de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz 2008, p. 187, spéc., p. 189.

⁴³ V. notamment, F. Alt-Maës, *L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain*, RSC 1987, p. 347 et s. ; B. de Lamy, *Procédures et procédés (propos critique sur la contractualisation de la procédure pénale)*, in *Approche critique de la contractualisation*, préc., p. 149 ; V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 345 et s.

⁴⁴ « Se trouver dans le cadre du droit pénal, c'est être condamné à la certitude de rencontrer l'infraction » : A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, préf. A. Decocq, n° 1.

6. La contractualisation technique du droit pénal. Indépendamment des cas dans lesquels la matière pénale offre une place importante sinon à une véritable convention, du moins à la remise de consentements, le droit pénal rencontre incontestablement le contrat dans son sens le plus strict, c'est-à-dire conforme à l'article 1101 du Code civil. Entendu comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose », le contrat peut être identifié dans d'innombrables dispositions pénales, dans et hors du Code pénal. Que l'on envisage le contrat comme synonyme de convention ou qu'on tente de lui attribuer une signification plus précise⁴⁵, sa présence est indiscutable dans l'infraction. Plus précisément, le contrat figure parmi les composantes de nombreuses infractions, en tant que tel et non pas simplement par le biais de la remise d'un simple consentement. Un tel constat offre alors la possibilité d'envisager le contrat dans son sens le plus technique que le droit contractuel⁴⁶ lui attribue sans avoir besoin de recourir à des hypothèses sans conteste très éloignées de la définition civile, comme en cas de « mandat criminel »⁴⁷.

Ainsi, l'étude du contrat en droit pénal doit être menée au regard des rapports qu'entretiennent le droit pénal, perçu par le prisme de l'infraction et le contrat, en tant qu'institution du droit civil.

7. Le contrat en droit pénal. Malgré les restrictions apportées au champ de la recherche, les connexions entre les deux matières se révèlent nombreuses. Désormais, les pénalistes comme les civilistes⁴⁸ en prennent d'ailleurs acte, certains évoquant même l'idée

⁴⁵ La doctrine propose de distinguer le contrat de la convention en faisant du premier une catégorie du second (v. notamment, J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1-L'acte juridique*, 14^{ème} éd., par E. Savaux, Dalloz, 2010, n° 80). Cependant, la plupart des auteurs concède que pareille distinction ne dispose que d'une portée réduite dans le droit positif. V. par exemple : J. Ghestin, *Le juste et l'utile dans les contrats*, D. 1992, p. 1, spéc., n° 4.

⁴⁶ L'appellation permet d'englober à la fois les règles prévues par le droit des obligations et celles envisagées par le droit des contrats spéciaux.

⁴⁷ L'article 221-5-1 du Code pénal incrimine la provocation non suivie d'effet à un assassinat ou à un empoisonnement et a valu un rapprochement sémantique avec la matière contractuelle. « Le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette un assassinat ou un empoisonnement » est ainsi présenté généralement comme un « mandat criminel » (v. notamment, A. Ponseille, *L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du Code pénal issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004*, Dr. pén. 2004, étude 10), voire comme un « contrat d'assassinat » (J.-P. Doucet, *Le contrat d'assassinat*, GP 1982, doctr., p. 502). Pourtant, le lien avec le contrat apparaît également très distendu, qui repose uniquement sur un parallèle avec un échange de consentements. La qualification de contrat est également proposée, de manière générale, pour expliquer l'emprunt de criminalité du complice (v. J.-A. Roux, note sous Cass. crim., 22 juil. 1910, S. 1914. 1. 49, spéc. p. 51). Pareille qualification doit alors être également exclue (En ce sens, v. J. Carbonnier, *Du sens de la répression applicable au complice selon l'art. 59 du Code pénal*, JCP 1952. I. 1034 ; X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, préc., n° 360).

⁴⁸ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2011, n° 1045 ; J. Mestre, *Contrat et infractions pénales*, RTDciv. 1988, p. 129 et s.

d'un droit pénal des contrats⁴⁹. Le contrat fait ainsi partie des infractions du droit pénal au même titre que d'autres institutions extra-pénales, telles le domicile⁵⁰. Une union entre le contrat et l'infraction existe donc bel et bien (I). Mais affirmer qu'un lien unit incontestablement le droit des contrats et le droit pénal ne permet pas de déterminer avec précision quelle place occupe le contrat en droit pénal. A cette fin, l'observation du droit positif et des travaux relatifs à ce thème ne permettent pas, de prime abord, de maîtriser la nature de cette union (II). Une rationalisation de ce lien est pourtant souhaitable au vu de l'importance, tant symbolique que quantitative, de la présence du contrat parmi les éléments constitutifs d'une infraction et se révèle finalement souhaitée par le droit positif si l'on accepte de lui fournir un éclairage fonctionnel décisif (III).

I - Le contrat et l'infraction : une union incontestable

8. La contractualisation de l'infraction pénale. Rares sont désormais les manuels de droit pénal spécial et de droit pénal des affaires dans lesquels le terme « contrat » ne figurent pas. Le contrat est alors entendu en son sens le plus strict, c'est-à-dire conformément à la définition qu'en donne le droit civil. Ainsi, aujourd'hui la mention d'un contrat parmi les composantes d'une infraction ne surprend plus et s'étend largement en dehors du Code pénal. Autrement dit, les infractions de droit pénal commun telles que l'abus de confiance⁵¹, l'escroquerie⁵² ou encore le chantage⁵³ ne peuvent suffire à rendre compte de l'ampleur des liens unissant le contrat à l'infraction pénale. En effet, les incriminations répertoriées dans les différents autres codes ou lois non codifiées apportent de décisives illustrations de la présence incontestable du contrat en droit pénal.

⁴⁹ R. Haïk, *Droit pénal des contrats*, Th. Paris XI, 2008.

⁵⁰ Les articles 226-4, 226-5 et 226-7 du Code pénal définissent et répriment la violation de domicile commise par une personne privée : « L'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui à l'aide de manoeuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, hors les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». Alors que la violation de domicile commise par un fonctionnaire est visée à l'article 432-8 du même code : « Le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, de s'introduire ou de tenter de s'introduire dans le domicile d'autrui contre le gré de celui-ci hors les cas prévus par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

⁵¹ C. pén., art. 314-1.

⁵² C. pén., art. 313-1.

⁵³ C. pén., art. 312-10.

Dans le Code pénal, d'abord, le contrat figure expressément ou plus implicitement parmi différentes dispositions. En dehors des infractions emblématiques telles que l'abus de confiance, certaines dispositions font apparaître la présence d'un lien contractuel par la référence à un ou plusieurs contrats. Ainsi en est-il notamment du proxénétisme pour lequel l'article 225-10 du Code pénal vise explicitement le fait de « vendre »⁵⁴ ou de « louer »⁵⁵ des locaux ou des véhicules à des personnes en sachant qu'elles s'y livreront à la prostitution. Le détournement de gage⁵⁶ propose également une référence expresse à un contrat nommé.

Les différentes vagues de dépenalisation du droit des affaires⁵⁷ n'ont pas supprimé, loin s'en faut⁵⁸, l'ensemble des incriminations visant le contrat en dehors du Code pénal. Récemment, la Loi du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation⁵⁹, par exemple, a au contraire créé plusieurs incriminations visant à sanctionner la méconnaissance de dispositions relatives à la réglementation de ce type de crédit⁶⁰. Le législateur développe ainsi un véritable arsenal de textes qui offrent au juge pénal l'occasion de connaître la matière contractuelle. Désormais le droit du travail, de la consommation, des sociétés, de la concurrence ou encore le droit boursier arborent leur lot de dispositions consacrées aux comportements pénalement répréhensibles. L'association de la sanction pénale à l'ensemble de ces branches du droit fournit alors d'innombrables occasions de rappeler le lien désormais indéfectible que le contrat tisse avec l'infraction pénale.

9. La contractualisation pérenne de l'infraction pénale. La présence du contrat parmi les composantes d'une infraction doit l'évidence de sa présentation actuelle à l'ancienneté de son constat. En effet, avant même que le droit pénal ne fasse son apparition au sein du Code du travail ou du Code de commerce, l'union de l'infraction et du contrat existait

⁵⁴ 3°.

⁵⁵ 4°.

⁵⁶ C. pén., art. 314-5.

⁵⁷ La littérature relative à cette question ne peut être ici recensée qu'elle figure au sein de manuels ou dans des articles spécialisés. V. toutefois pour un inventaire récent : D. Déchenaud, *Nouvelles menaces pour le droit pénal des affaires. Libres propos sur l'avant-projet du futur Code de procédure pénale*, Dr. pén. 2010, étude 13 ; H. Matsopoulou, *Un premier regard sur la « dépenalisation de la vie des affaires »*, D. 2008, p. 864 et s.

⁵⁸ Il suffit par exemple de constater que quelques jours avant l'achèvement et la publication du rapport Coulon (*Groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires, Rapport remis à Madame le garde des Sceaux, Ministre de la justice*, La documentation française, Collection des rapports officiels, 2008), la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs introduit une nouvelle incrimination dans le domaine de la consommation en modifiant à l'article L. 122-11 du Code de la consommation. V. Ph. Conte, *Brèves observations à propos de l'incrimination de pratiques commerciales agressives (L. n° 2008-776 du 4 août 2008)*, Dr. pén., 2008, étude 3.

⁵⁹ Loi n° 2010-737, 1^{er} juillet 2010 : JO 2 juil. 2010, p. 12001.

⁶⁰ V. par ex. les articles L. 311-49 et L. 311-50 du Code de la consommation, applicables depuis le 1^{er} mai 2011. Sur lesquels, v. notamment, A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, 2^{ème} éd., Litec, 2010, n° 1337 et s.

déjà. Ce dernier, qu'il soit envisagé au stade de sa formation ou de son exécution, a toujours entretenu des rapports étroits avec l'infraction pénale.

D'une part, l'association de la conclusion d'un contrat à la consommation d'une infraction ne date pas seulement du Code pénal actuel. En effet, alors que la première incrimination spéciale de l'escroquerie⁶¹ était dépourvue de toute référence à la matière contractuelle⁶², le délit de l'article 405 du Code pénal ancien proposait de sanctionner le dol dans les contrats sous toutes ses formes⁶³. Le législateur exposait d'ailleurs expressément les relations entre les matières civile et pénale en confiant la répression du délit aux tribunaux civils de districts⁶⁴. D'autre part, dès le droit romain, le législateur fait entrer dans le Code pénal des infractions pour lesquelles le fait délictueux ressemble à s'y méprendre à la violation d'un contrat et ce, notamment par l'intermédiaire du concept du *furtum*⁶⁵. Ainsi en était-il du fait du créancier qui détournait la chose remise en gage, de l'emprunteur qui dissipait les fonds reçus, ou encore du dépositaire qui usait de la chose laissée entre ses mains. L'Ancien droit français, en maintenant la pénalisation de l'inexécution contractuelle, proposa une dissociation selon que la méconnaissance du contrat caractérise un vol de possession ou d'usage. Ainsi, le contractant qui se contentait d'utiliser la chose remise en vertu du contrat ne devait que des dommages et intérêts⁶⁶. La formulation spécifique de l'abus de confiance, infraction désormais emblématique du rapport entre les faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale, devait cependant attendre le droit intermédiaire et le Code pénal de 1791⁶⁷. Les premiers contrats figurant dans l'incrimination étaient ceux de dépôt et de travail. Le législateur vint ajouter au fur et à mesure les contrats de louage et de mandat⁶⁸ puis, plus tard⁶⁹, le nantissement et le prêt à usage. La progressive juxtaposition de contrats fut ensuite balayée d'un trait par le législateur au moment de la rédaction de l'article 314-1 du Code

⁶¹ Par la Loi des 19 et 22 juillet 1791 sur la police municipale et correctionnelle, à l'article 35 du titre II.

⁶² L'infraction confondait dans un même texte le vol et l'escroquerie en ne sanctionnant que les comportements frauduleux ayant conduit à une atteinte à la fortune d'autrui.

⁶³ En ce sens, E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. I, 1^{ère} éd., Sirey, 1901-1906, v. art. 405, n° 2.

⁶⁴ La loi du 9 frimaire de l'an II, sans modifier l'étendue de la notion d'escroquerie, défère la répression aux tribunaux répressifs.

⁶⁵ Selon une définition proposée par le Digeste (D. 47, 2, 1 §3), le *furtum* romain constitue la « *contractatio fraudulosa rei alienae lucri faciendi gratia* ». V. pour une présentation détaillée de la notion, J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^{ème} éd., PUF, 2006, n° 190 ; A. Chauveau, F. Hélie, *Théorie du Code pénal*, T. V, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1887, n° 2268.

⁶⁶ D. Jousse, *Traité de justice criminelle*. T. IV, Debure, 1771, p. 280 ; P.-F. Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, Imprimerie Le Breton, 1757, p. 280 et s.

⁶⁷ Partie II, Titre II, Section 2, art. 29.

⁶⁸ Par la Loi du 28 avril 1832.

⁶⁹ Par la Loi du 13 mai 1863 (DP. 1963.4.79).

pénal actuel⁷⁰. Désormais, si un lien demeure entre l'abus de confiance et l'inexécution d'un contrat, il ne s'exprime plus par la recherche d'une opération contractuelle précise, figurant dans la liste proposée par l'ancien article 408. Parallèlement, dès 1863⁷¹, l'inexécution contractuelle fit l'objet d'un autre éclairage que celui de l'abus de confiance puisque le législateur a incriminé le détournement d'un gage constitué conventionnellement entre les parties⁷². L'infraction, en associant la méconnaissance du contrat au fait délictueux refuse cependant cette fois-ci tout lien avec la propriété, l'auteur du détournement étant le propriétaire du bien gagé⁷³. Ainsi, le Code pénal rencontra l'inexécution contractuelle bien avant que le droit pénal ne prenne une trajectoire contemporaine, réglementaire ou technique⁷⁴. Dès le début du 20^{ème} siècle, le Code pénal ne demeure toutefois déjà plus le seul siège des rapport du contrat avec l'infraction.

Le Code de la consommation, le premier, propose l'illustration de ce qu'il semble possible de nommer une inexécution contractuelle pénalement répréhensible⁷⁵, par l'incrimination du délit de tromperie. Désormais incriminé à l'article L. 213-1 du Code de la consommation, le délit de tromperie est originairement issu de la loi du 1^{er} août 1905 relative à la répression des fraudes⁷⁶. Or, l'aspect contractuel de cette infraction fait l'objet d'une présentation détaillée⁷⁷. L'émergence d'infractions dites techniques ou réglementaires au sein de différents autres codes ne vient alors que confirmer, de manière quantitativement remarquable, l'évidence de la présence du contrat au sein des éléments constitutifs d'une infraction. Ce sont en effet des pans entiers de dispositions extra-pénales que le législateur sanctionne pénalement. Or, parmi elles, nombreuses sont celles régissant la période de formation d'un contrat ou encore des comportements d'inexécution contractuelle. Le Code du travail prévoit désormais d'innombrables dispositions consacrées à l'énoncé de sanctions pénales. Originellement

⁷⁰ « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ».

⁷¹ Loi du 13 mai 1863, préc.

⁷² Article 400 : « les peines de l'article 401 seront également applicables à tout débiteur, emprunteur ou tiers donneur de gage qui aura détruit, détourné ou tenté de détruire ou de détourner des objets par lui donnés à titre de gages ».

⁷³ L'incrimination actuelle (C. pén., art. 314-5), légèrement modifiée, maintient cette conception. V. Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd., Litec, 2007, n° 664.

⁷⁴ Il s'agit, par ces appellations, de viser les obligations légales pénalement sanctionnées désormais foisonnantes en dehors du Code pénal.

⁷⁵ La formule constitue d'ailleurs l'intitulé d'une thèse : M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, th. Paris II, 1977.

⁷⁶ JO du 5 août 1905, p. 4813.

⁷⁷ V. notamment, A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 1179 et s.

ponctuels et en défaveur du salarié⁷⁸, la rencontre du droit pénal et du droit du travail s'orienta dès la seconde moitié du 19^{ème} siècle⁷⁹ vers une vision « auxiliaire »⁸⁰ des infractions pénales à l'égard du contrat de travail⁸¹, imputables désormais essentiellement à l'employeur. Ainsi, au stade de sa formation comme en cas de méconnaissance des obligations imposées à l'employeur, le Code du travail réserve de nombreuses dispositions à la présentation des sanctions pénales applicables. Ce schéma peut alors être reproduit pour esquisser l'union du contrat et de l'infraction dans le Code des sociétés par exemple⁸².

Ainsi, le contrat figure aujourd'hui dans d'innombrables infractions pénales, ce qui est loin d'ailleurs d'être une spécificité française.

10. La contractualisation diffusée de l'infraction pénale. Les droits étrangers relayent en effet de manière notable les différentes infractions faisant référence au contrat. Autrement dit, ce dernier n'est pas un élément constitutif des seules infractions prévues par le droit français.

L'abus de confiance, par exemple, trouve un écho plus ou moins précis dans les législations étrangères. C'est ainsi que le Code criminel du Canada prévoit en son article 336 qu' « est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque étant fiduciaire d'une chose quelconque à l'usage ou pour le bénéfice, en totalité ou en partie, d'une autre personne, ou pour un objet public ou de charité, avec l'intention de frauder et en violation de sa fiducie, détourne cette chose, en totalité ou en partie, à son usage non autorisé par la fiducie »⁸³. Le droit allemand exprime encore plus expressément le lien entre la méconnaissance du contrat et le droit pénal puisque l'abus de confiance a pu être défini comme « la violation par un individu de l'obligation résultant de contrats ou de situations quasi contractuelles de prendre soin et de conserver des intérêts

⁷⁸ La qualité de travailleur subordonné aggravait certaines infractions du Code pénal, comme l'abus de confiance ou l'escroquerie. V. notamment, M. Segonds, *Les frontières du droit pénal du travail*, RPD 2011, n° 2, p. 339 et s., spéc. p. 339.

⁷⁹ V. cette évolution, J.-C. Javillier, *Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal : quelques réflexions en guise d'introduction*, Dr. soc. 1975, p. 375 et s.

⁸⁰ A. Coeuret, E. Fortis, *Droit pénal du travail*, 4^{ème} éd., 2008, Litec, n° 4.

⁸¹ Le droit pénal du travail ne s'est rapidement plus limité à la protection du salarié dans son rapport de travail mais a adopté une vision collective de l'entreprise. V. A. Coeuret, E. Fortis, *La place du droit pénal dans le droit du travail*, RSC 2000, p. 25 et s.

⁸² La pertinence du lien entre droit pénal et droit des sociétés au sujet du contrat dépend toutefois d'une qualification contractuelle. Or, la discussion qui anime la doctrine au sujet de cette qualification est double. Ainsi, non seulement la question se pose de savoir si la société elle-même peut être qualifiée de contrat mais l'on s'interroge également sur le fondement juridique des pouvoirs des dirigeants sociaux. V. sur ces questions, *infra*, n° 148.

⁸³ La référence implicite au contrat figure également dans l'incrimination de l'abus de confiance suisse que l'article 138 présente comme « celui qui, sans droit, aura employé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées ».

patrimoniaux à lui confiés »⁸⁴. Moins célèbre en droit français, le détournement de gage connaît pourtant lui aussi une large diffusion en dehors de nos frontières et ce, avec une formulation peu ou prou semblable à l’incrimination française : le Code pénal du Luxembourg, notamment, punit d’un emprisonnement d’un à cinq ans et d’une amende de 500 à 10.000 euros « tout débiteur, emprunteur ou tiers donneur de gage qui aura dégradé, détruit ou détourné les objets par lui donnés à titre de gage »⁸⁵. Le droit pénal brésilien, tout en retenant une formulation quelque peu différente, incrimine également pareil détournement⁸⁶. Ainsi, l’inexécution contractuelle ne semble plus réservée au droit civil et figure parmi les composantes d’infractions connues des législations étrangères.

D’ailleurs, pas plus que le droit français, ces dernières ne limitent la prise en compte du contrat à son inexécution. De nombreuses infractions visent en effet uniquement le fait de conclure une convention dans des circonstances particulières. Parallèlement aux délits d’escroquerie ou d’extorsion que d’autres codes pénaux connaissent⁸⁷, certaines infractions recelant le constat d’un contrat trouvent un écho dans des textes internationaux. Les formes contractuelles prévues pour caractériser le proxénétisme font en effet partie de la Convention de New-York du 2 décembre 1949 : l’article 2, notamment, prévoit que « les Parties à la présente Convention conviennent de punir toute personne qui donne ou prend sciemment en location, en tout ou en partie, un immeuble ou un autre lieu, aux fins de la prostitution d’autrui ». Le contrat dépasse ainsi les frontières du droit pénal français en figurant parmi les composantes d’infractions étrangères et de textes internationaux.

11. Bilan : le constat inévitable d’une vie commune. L’hostilité à l’égard de l’association du contrat au droit pénal est en définitive ignorée par le législateur, ignorance dont la portée spatio-temporelle ne peut qu’être remarquée. Le contrat fait, en France comme ailleurs, aujourd’hui comme hier, indubitablement partie des composantes potentielles d’une

⁸⁴ F. Von Liszt, *Traité de droit pénal allemand*, traduit de la 17^{ème} édition allemande (1908) par R. Lobstein, V. Giard et E. Brière, 1911. L’abus de confiance est incriminé par le § 266 StGB : « Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft ».

⁸⁵ Art. 507.

⁸⁶ Art. 171 § 2 : « Encourt de un à cinq ans de prison celui qui [...] en aliénant le bien donné en gage sans le consentement du créancier, ou par tout autre moyen, détourne ce bien, lorsqu’il est en possession de celui-ci ».

⁸⁷ Code criminel du Canada, art. 346 : « Commet une extorsion quiconque, sans justification ou excuse raisonnable et avec l’intention d’obtenir quelque chose, par menaces, accusations ou violence, induit ou tente d’induire une personne, que ce soit ou non la personne menacée ou accusée, ou celle contre qui la violence est exercée, à accomplir ou à faire accomplir quelque chose ».

infraction. Le droit pénal choisit ainsi de prendre acte du rôle prépondérant du contrat dans la société et de lui donner sa véritable portée de pilier du droit. Ce premier constat n'emporte toutefois pas avec lui celui d'une vision lisible et linéaire de ce à quoi il correspond lorsqu'il constitue l'une des composantes d'une infraction. En effet, est-il transposé à l'identique de sa matière d'origine ou s'imprègne-t-il de spécificités pénales ? Bref, le contrat tel que traditionnellement présenté en droit civil⁸⁸ est-il le même en droit pénal ? L'observation élémentaire du droit positif révèle le rejet de l'identité sans pour autant fournir de prime abord la clé de la différence.

II - La nature incertaine de l'union

12. Le manque général de lisibilité. Même en acceptant que le contrat figure parmi les éléments constitutifs d'une infraction, force est de reconnaître la confusion qui anime le constat de sa présence. Que le droit positif soit observé par le biais des incriminations concernées –que l'on peut nommer les infractions contractuelles– ou par l'appréciation qui en est faite par les juridictions criminelles, la place qu'occupe le contrat en droit pénal apparaît plutôt incertaine. Les travaux régulièrement consacrés aux liens unissant le contrat et le droit pénal abondent d'ailleurs dans le sens de cette incertitude.

13. L'incertitude issue des textes. La référence au contrat dans les textes d'incrimination adopte des formes aussi diverses que variées⁸⁹, à tel point que si une classification est envisageable, elle ne peut se faire sans recourir à un nombre élevé de catégories. Puisque le contrat est présent en droit pénal à toutes les étapes de son existence, la plus simple des classifications consiste à ordonner les différentes infractions concernées en fonction du stade auquel le contrat est visé par le texte d'incrimination⁹⁰.

Pareille approche chronologique commence alors avant même que le contrat ne soit conclu. En effet, non seulement le législateur incrimine le fait de ne pas conclure le contrat mais également des comportements intervenant pendant la période dite précontractuelle. La

⁸⁸ L'expression doit être entendue au sens large qui comprend l'ensemble de la matière applicable au contrat et donc d'autres disciplines, telles que le droit commercial.

⁸⁹ « Le contrat occupe au sein des infractions pénales les places les plus diverses » : J. Mestre, *Contrat et infractions pénales*, RTDciv. 1988, p. 129 et s.

⁹⁰ Pour une classification adoptant cette approche, v. J. Mestre, *Contrat et infractions pénales*, préc., p. 129.

première hypothèse peut être illustrée par l'infraction dite de refus de vente⁹¹ puisque le comportement délictueux de cette infraction réside dans le refus de conclure un contrat. La seconde vise un nombre important d'infractions dont le siège est essentiellement le Code de la consommation et pour lesquelles le contrat est seulement en vue. Les infractions de pratiques commerciales trompeuses⁹², de ventes liées⁹³, jumelées⁹⁴ ou encore de vente dite à la boule de neige⁹⁵ ont toutes en commun de sanctionner des comportements précédant l'éventuelle conclusion d'une vente de biens ou de services.

Le législateur impose parfois de dépasser cette phase précontractuelle en envisageant la conclusion du contrat comme élément constitutif⁹⁶. Ces infractions peuvent alors être présentées selon une division tripartite. D'abord, certaines exigent la conclusion d'un contrat dans des conditions particulières. Cette formation circonstanciée est ainsi requise pour les infractions de démarchage, qu'il soit téléphonique⁹⁷ ou à domicile⁹⁸, ou encore pour le délit de vente ou d'achat sans facture⁹⁹. La conclusion du contrat doit être effectuée en violation des prescriptions pour pouvoir consommer l'infraction. Ensuite, le législateur exige parfois que la formation fasse suite à un comportement particulier de l'auteur. La conclusion du contrat n'a alors pas elle-même à être circonstanciée. Les délits d'escroquerie¹⁰⁰, d'extorsion¹⁰¹ ou encore d'abus de faiblesse¹⁰² illustrent cette catégorie. Pour toutes ces infractions, un contrat doit être

⁹¹ C. conso., art. L. 122-1 : « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime [...] ». La loi du 17 mai 2011 (n° 2011-525) a modifié l'article mais laisse inchangée la définition du refus de vente.

⁹² C. conso., art. L. 121-1. Il faut d'ailleurs remarquer que l'infraction figure dans le Livre 1^{er} de la partie législative du Code de la consommation qui s'intitule : « Information des consommateurs et formation des contrats ».

⁹³ C. conso., art. L. 122-1.

⁹⁴ C. conso., art. L. 122-1.

⁹⁵ C. conso., art. L. 122-6.

⁹⁶ Il faut toutefois relever certaines incriminations du Code de la consommation pour lesquelles le législateur prévoit une alternative entre la mise en vente et la vente effective. La contravention de l'article L. 214-2, al. 2 comme le délit d'usure (C. conso., art. L. 313-5) illustrent cette hypothèse.

⁹⁷ C. conso., art. L. 121-27 et art. L. 121-18.

⁹⁸ C. conso., art. L. 121-23.

⁹⁹ C. com., art. L. 441-4 qui renvoie à l'article L. 441-3.

¹⁰⁰ C. pén., art. 313-1 : « L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manoeuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge ».

¹⁰¹ C. pén., art. 312-1 : « L'extorsion est le fait d'obtenir par violence, menace de violences ou contrainte soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque ».

¹⁰² L'abus de faiblesse donne lieu à deux incriminations, l'une dans le Code pénal (223-15-2), l'autre dans le Code de la consommation (L. 122-8). Si la première paraît viser la conclusion du contrat à titre facultatif (v. en ce sens, V. Malabat, *Droit pénal spécial*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2011, n° 294 : « cette infraction est une infraction formelle qui n'exige donc pas que l'acte ou l'abstention gravement préjudiciables ait été consentis ou réalisée. Il suffit en effet pour constituer le délit que l'auteur ait agi pour *conduire* sa victime à ce résultat ». –*Contra* : R. Ollard, F. Rousseau, *Droit pénal spécial*, Bréal, 2011, p. 314). La seconde exige la souscription d'« engagements au comptant ou à crédit » et figure de ce fait parmi cette catégorie d'infractions.

conclu pour dépasser le stade de la tentative et cette conclusion doit être provoquée par une attitude précisément décrite par les incriminations. Enfin, la formation d'un contrat est dans certains cas requise avec une finalité particulière comme pour le proxénétisme¹⁰³ : la vente ou la location doivent être conclues avec une personne en sachant qu'elle s'y livrera à la prostitution.

En plus du constat de la conclusion du contrat, certaines infractions requièrent sa violation. Le législateur dépasse ainsi le stade de la formation du contrat, et ce dans de nombreuses incriminations parmi lesquelles figurent non seulement dans le Code pénal l'abus de confiance¹⁰⁴ ou le détournement de gage¹⁰⁵ mais aussi dans le Code du travail les infractions sanctionnant la méconnaissance d'obligations imposées à l'employeur dans le Code du travail¹⁰⁶. Ainsi, le droit pénal envisage le contrat à tous les stades prévus par son régime civil : dès avant sa naissance jusqu'à sa méconnaissance.

D'autres distinctions doivent alors être formulées pour compléter cette classification. D'une part, la référence au contrat peut être implicite ou se faire par la référence à un contrat nommé. Il s'agit ainsi de différencier les cas dans lesquels le législateur mentionne le gage, la vente, ou encore le contrat de travail et ceux où il vise une opération potentiellement contractuelle, tel « un engagement »¹⁰⁷. D'autre part, le législateur rend la référence au contrat tantôt nécessaire, tantôt facultative. Certaines infractions laissent ainsi envisager la possibilité d'une consommation en dehors de tout contrat mais formulent toutefois une référence potentielle au contrat. L'escroquerie en est l'exemple type, qui prévoit la remise d'un acte opérant obligation en parallèle de celle de fonds ou de bien quelconque sans lien aucun avec la matière contractuelle¹⁰⁸. Au contraire, les infractions du Code de la consommation par exemple visent un ou plusieurs contrats, indispensables à la consommation de l'infraction¹⁰⁹.

¹⁰³ La version contractuelle de ce délit figure à l'article 225-10, 3° et 4°.

¹⁰⁴ C. pén., art. 314-1.

¹⁰⁵ C. pén., art. 314-5.

¹⁰⁶ V. par exemple les infractions relatives à la durée du travail (R. 261-3 et s.).

¹⁰⁷ V. C. pén., art. 312-1.

¹⁰⁸ C. pén., art. 313-1.

¹⁰⁹ V. les infractions relatives aux crédits à la consommation : C. conso., art. L. 311-1 et s. Plus précisément, c'est l'article L. 311-2 qui énumère les contrats concernés (« Le présent chapitre s'applique à toute opération de crédit mentionnée au 4° de l'article L. 311-1, qu'elle soit conclue à titre onéreux ou à titre gratuit et, le cas échéant, à son cautionnement ». L'opération de crédit est ainsi définie : « une opération ou un contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire, à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture »).

Ainsi, le législateur ne formule aucune volonté d'uniformiser le renvoi à la matière contractuelle et laisse derrière lui l'impression d'une véritable disparité. La jurisprudence paraît de prime abord confirmer ce sentiment.

14. L'incertitude issue de la jurisprudence. Les solutions formulées par les juridictions criminelles n'apportent pas, à leur simple observation, la clarté recherchée pour appréhender la véritable place du contrat en droit pénal. En effet, si elles se positionnent essentiellement en défaveur d'une transposition du régime contractuel, les solutions peuvent parfois laisser perplexe.

Tout d'abord, le juge pénal affirme d'un côté avec vigueur que la nullité du contrat ne peut faire obstacle à la consommation de l'infraction et ce, quelle que soit la place qu'y occupe le contrat mais propose d'un autre côté, l'application d'un régime probatoire faisant appel aux règles de preuve prévues pour le contrat¹¹⁰. Ce régime aboutit donc, pour une même infraction, à imposer les règles de preuve contractuelles et à prononcer l'indifférence à sa nullité ou encore à son inopposabilité. En effet, la jurisprudence indique rester étrangère aux règles participant à l'opposabilité du contrat aux tiers en affirmant avec une remarquable clarté que « l'inscription du contrat de nantissement est une formalité de publicité qui a pour but d'aviser les tiers ; son omission est sans effet »¹¹¹. Pour d'autres infractions, la jurisprudence impose l'indifférence tant à la validité ou à l'opposabilité du contrat qu'au régime probatoire de l'acte juridique et applique le principe de la liberté de la preuve tel que formulé pour l'ensemble des composantes d'une infraction par l'article 427 du Code de procédure pénale¹¹².

Ensuite, si le législateur prévoit dans de nombreuses incriminations de sanctionner un comportement comparable à l'inexécution d'un contrat, la jurisprudence veille à le dissocier du fait générateur de responsabilité contractuelle. D'une part, les juridictions criminelles

¹¹⁰ Le système résulte d'une note jurisprudentielle datant du 5 novembre 1813. Statuant sur « la compétence des tribunaux criminels, correctionnels et de police », le document énonce minutieusement la façon dont le juge pénal devra désormais résoudre les difficultés probatoires liées à la présence d'un contrat dans l'infraction. Plutôt que de choisir entre le système probatoire pénal et celui civil, la note Barris retient comme critère d'application une distinction selon la place du contrat dans l'infraction. Pour cela, la note propose de raisonner à partir de deux exemples d'infractions contractuelles : l'abus de confiance et l'usure. Les schémas infractionnels de ces délits sont considérés comme différents au vu du rôle joué par l'élément contractuel. Au sujet de l'abus de confiance, la note affirme que « le délit n'est pas dans le contrat dont la violation est l'objet de la poursuite ; il n'est que dans cette violation [...] ». L'élément contractuel n'est qu'une première étape dans la constitution de l'infraction. En revanche, « relativement au délit d'habitude d'usure, il ne porte pas sur des faits extrinsèques à des contrats, il ne suppose pas, comme le délit de violation de dépôt, la préexistence d'une convention ; il se forme dans les actes mêmes du prêt ; il est inséparable du prêt et se confond avec lui [...] ». V. *infra*, n° 273 et s.

¹¹¹ Cass. crim., 24 juil. 1963, Bull. crim., n° 263.

¹¹² « hors des cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ».

veillent à rattacher le manquement contractuel pénalement répréhensible à l'atteinte à une valeur sociale digne de la protection du droit pénal, comme la propriété¹¹³. D'autre part, alors que l'infraction correspond d'un point de vue civil à l'inexécution d'un contrat, le juge pénal refuse clairement de transposer entièrement le régime de l'inexécution contractuelle. Certes le droit pénal offre de très nombreuses infractions pour lesquelles le comportement consommant l'infraction pourrait sembler comparable à la violation d'un contrat mais le juge pénal propose de manière remarquable et remarquée¹¹⁴, d'ignorer, au stade de la réparation du préjudice résultant de ces infractions, le régime de la responsabilité contractuelle. C'est ainsi à nouveau avec une clarté manifeste que la jurisprudence pénale indique qu'« un fait dommageable lorsqu'il constitue une infraction pénale caractérisée entraîne une responsabilité d'ordre délictuel, faisant ainsi échec au principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle »¹¹⁵.

Ainsi, la jurisprudence refuse de transposer à l'identique le régime traditionnellement prévu pour le contrat mais ne fournit pas de manière visible de ligne directrice permettant d'appréhender avec précision les contours du contrat en droit pénal, ce que la doctrine constate inlassablement.

15. L'incertitude constatée par la doctrine. L'incontestable présence du contrat au sein du droit pénal explique que plusieurs travaux soient consacrés, à des titres divers, à leur rencontre¹¹⁶. Quelle que soit l'approche retenue, tous démontrent l'incertitude du lien unissant le contrat à l'infraction pénale. Au stade de la formation du contrat d'abord, les auteurs sont nombreux à constater la possible coïncidence des éléments constitutifs de certaines infractions avec les vices du consentement¹¹⁷ et plus généralement, avec les causes de nullité du contrat¹¹⁸. Cependant, l'observation croisée aboutit au constat d'une coïncidence seulement potentielle, loin d'être systématique et ne permet pas dès lors d'affirmer que le législateur

¹¹³ V. *infra*, n° 374.

¹¹⁴ V. notamment : Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n° 1008.

¹¹⁵ Cass. crim., 27 juin 1972, GP 1973. 1. 249. – *Adde* : Cass. crim., 18 oct. 1988, D. 1988, IR. p. 273.

¹¹⁶ A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, LGDJ 2011, préf. Y.-M. Serinet ; R. Haïk, *Droit pénal des contrats*, th. paris XI, 2008 ; R. Ottenhoff, *Le droit pénal et la formation du contrat*, LGDJ 1970, préf. H. Blaise ; A. Valoteau, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, PUAM, 2006, préf. P. Maistre du Chambon.

¹¹⁷ R. Haïk, *Droit pénal des contrats*, préc. ; A. Valoteau, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préc.

¹¹⁸ A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, préc.

sanctionne pénalement la méconnaissance des conditions de validité du contrat¹¹⁹. Lorsque le contrat est pris en compte par le prisme de sa violation, ensuite, la doctrine constate également la possible coïncidence des faits générateurs de responsabilités pénale et contractuelle. Les auteurs relèvent alors le rejet, par le juge pénal, des règles de responsabilité contractuelle puis en principe le condamnent. Ainsi, le constat des incertitudes dans la prise en compte du contrat par le droit pénal constitue l'objet de vastes travaux et résonne plus généralement dans l'esprit de la doctrine comme autant de preuves de l'autonomie du droit pénal.

16. Le recours classique à l'autonomie du droit pénal. En principe, la doctrine explique les positions de divergence du droit pénal à l'égard du contrat par l'affirmation de l'autonomie de la matière¹²⁰.

L'ignorance, la mise à l'écart¹²¹ ou encore l'émancipation¹²² de la notion civile de contrat constitue, sous la plume de la plupart des auteurs, autant de preuves de l'autonomie du droit pénal¹²³. Ce dernier ne demeure d'ailleurs pas, loin s'en faut, la seule branche à recourir à l'idée d'autonomie. La matière fiscale fournit ainsi diverses illustrations de son indépendance à l'égard de concepts juridiques connus d'autres disciplines¹²⁴. L'autonomie est également et surtout affirmée en droit du travail et consiste à rechercher la solution aux problèmes soulevés sans faire appel au droit civil¹²⁵. De manière schématique, le concept d'autonomie peut alors être présenté de deux manières. Tantôt, il renvoie à la mise à l'écart ponctuelle de la définition classique d'une entité. Tantôt, il exprime l'affirmation d'une

¹¹⁹ De proche en proche, la question de l'automaticité de la nullité du contrat en cas d'infraction se pose. Plus précisément, d'aucuns s'interrogent sur le point de savoir si le contrat est entaché d'illicéité chaque fois qu'il figure au sein d'une infraction (A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, préc. ; A. Valoteau, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préc., v. spéc. Partie II). L'interrogation, si intéressante soit-elle, ne concerne toutefois plus le contrat en droit pénal mais l'impact du droit pénal en droit des contrats.

¹²⁰ *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Etudes de Droit criminel sous la direction de G. Stéfani, Dalloz, 1956.

¹²¹ J. Mestre, *Contrat et infractions pénales*, préc., p. 129.

¹²² Ph. Bonfils, *L'autonomie du juge pénal*, in *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 47 et s., spéc., n° 1.

¹²³ A. Campana, *La jurisprudence en droit pénal*, th. Aix-Marseille, 2009, n° 189 ; J.-L. Goutal, *L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose*, RSC 1980, p. 911 et s., spéc., n° 34 ; R. Vouin, *Justice criminelle et autonomie du droit pénal*, D. 1947, p. 81 et s., spéc. p. 83. –Adde : C. Goldie-Génicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, préf. Y. Lequette.

¹²⁴ V. notamment : F. Gény, *Le particularisme du droit fiscal*, RTDciv. 1931, p. 797 et s., spéc., n° 15.

¹²⁵ « En cas de silence ou d'obscurité des textes, le problème de l'interprétation doit être résolu moins par l'appel à un droit civil prétendu commun et aujourd'hui largement dépassé, qu'au droit du travail lui-même, ensemble homogène dont les dispositions indivisibles se complètent et se soutiennent » : G.-H. Camerlynck, *L'autonomie du droit du travail (La prescription abrégée de la créance de salaires)*, D. 1956, p. 23 et s.. –Adde : G. Lyon-Caen, *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail (première approche)*, RTDciv. 1974, p. 231 et s. ; S. Moracchini-Zeindenberg, *Existe-t-il une théorie générale du contrat de travail ?*, RRJ 1999, p. 1985 et s., spéc. p. 2001 et s. –Contra, G. Couturier, *Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues*, D. 1975, p. 151 et s.

indépendance plus générale d'une discipline par rapport à une autre –le droit civil généralement¹²⁶. L'autonomie du droit pénal est par principe associée non pas à son acception générale mais au constat de son indépendance seulement à l'égard de la définition traditionnelle de certains concepts ou catégories juridiques¹²⁷. Elle est ainsi surtout présentée de manière purement technique¹²⁸, comme consistant en une appréciation spécifique de certains concepts extra-pénaux¹²⁹.

Evidemment, la réalité de ce constat ne peut être contestée au regard des nombreuses solutions originales relatives au contrat. Cependant, constater le nombre d'hypothèses dans lesquelles le droit pénal imprime une spécificité à la matière ne peut pleinement satisfaire, à défaut d'une présentation ou d'une explication rationnelle. Ainsi, certains pourront y voir une sorte de « solution de désarroi »¹³⁰ incapable de satisfaire la sécurité juridique¹³¹.

17. Le recours insuffisant à l'autonomie technique du droit pénal. « Considérée comme la position extrême de la spécificité normative, l'autonomie des branches du droit nous paraît devoir être analysée en tant qu'un mythe parce qu'on y retrouve à la fois l'attrait qu'un mythe peut susciter mais aussi l'illusion sur lequel il est bâti »¹³². L'autonomie du droit peut ainsi, à elle seule, ne pas convaincre. L'autonomie technique du droit pénal, si elle peut illustrer ponctuellement les solutions dérogatoires que la matière propose, ne paraît pas pouvoir fournir à elle seule une explication rationnelle. Certes le juge pénal fait preuve d'autonomie lorsqu'il considère qu'un contrat n'a pas à être valable pour caractériser l'infraction mais cela n'explique ni pourquoi il se prononce en ce sens, ni en quoi doit consister le contrat pour être pris en compte en tant qu'élément d'une infraction. Autrement

¹²⁶ F. Grua, *Les divisions du droit*, RTDciv. 1993, p. 59 et s., spéc., n° 20.

¹²⁷ Le droit pénal partage ainsi la première définition de l'autonomie ponctuelle avec le droit fiscal qui s'éloigne également de certaines définitions. V. notamment, F. Génay, *Le particularisme du droit fiscal*, préc., n° 15.

¹²⁸ La formule d'autonomie technique est attribuée à MM. Merle et Vitu, in *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 148.

¹²⁹ V. pour une présentation de la répartition des matières selon les deux types d'autonomie : C. Goldie-Génicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., n° 76 : « en droit pénal, il s'agit essentiellement de permettre au juge pénal de s'écarter du sens traditionnel donné aux concepts extra-pénaux, pour assurer une plus grande efficacité de la sanction pénale [...] La visée est toute autre lorsqu'on plaide l'autonomie du droit commercial, du droit du travail ou du droit de la consommation. L'idée sous-jacente est celle d'un isolement de la branche qualifiée d'autonome par rapports aux autres droits, d'un affranchissement par rapport au tronc commun ».

¹³⁰ P. Roland, *Les contradictions du droit pénal et du droit civil : essai de solution du problème de l'autonomie du droit pénal*, Th. Lyon, 1958 publiée par extraits in *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques*, Lyon II, 1972, II, p. 25.

¹³¹ E. Dreyer, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 90 : « Doctrine et jurisprudence finissent par reconnaître que ses manifestations remettent en cause la crédibilité du droit pénal lui-même ».

¹³² B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, th. Bordeaux, 1986, n° 191.

dit, non seulement l'autonomie ainsi envisagée ne se justifie pas par elle-même¹³³ mais elle ne permet pas non plus de proposer une présentation rationnelle de l'entité extra-pénale. Plus concrètement, le juge pénal proclame l'indifférence à la nullité du contrat pour caractériser une infraction mais se soumet et ce, pour une même infraction, au régime probatoire de l'acte juridique¹³⁴. Comment l'autonomie technique du droit pénal pourrait-elle expliquer ou condamner pareille distorsion ? En s'en tenant à cette acception technique, il est en effet seulement possible de constater que pour la preuve, le juge pénal ne fait pas montre d'autonomie. Ainsi, associer l'autonomie à la simple constatation du particularisme ponctuel de la matière se révèle largement insuffisant¹³⁵ et impose de rechercher une rationalisation de l'union incontestable du contrat et de l'infraction pénale.

III - Une union rationalisable

18. Une rationalisation nécessaire. L'on pourrait, au vu des distinctions et paradoxes mis en lumière, se contenter d'une présentation exhaustive des premières comme des seconds. De manière purement descriptive, il s'agirait ainsi de lister une à une les illustrations de la prise en compte du contrat en tant qu'élément constitutif d'une infraction. Cependant, la présence du contrat en droit pénal est tout sauf anodine : institution du droit civil, ce dernier fait figure d'intrus dans l'infraction, d'intrus régulier certes mais d'intrus tout de même. Sa place doit alors nécessairement être circonscrite de manière précise pour être maîtrisée. Pour cela, une présentation ponctuelle des éléments permettant d'affirmer que le contrat en droit pénal n'est pas le même qu'en droit civil ne peut suffire. Le fait de répertorier les différentes infractions concernées par la référence au contrat ou l'appréciation qui en est faite peut alors n'être qu'un préalable à l'identification du contrat en droit pénal, qui révèle la volonté de la matière criminelle de prendre ses distances vis-à-vis du régime contractuel. Il

¹³³ « Cri de guerre aux allures de vampire, le principe de l'autonomie n'est théoriquement pas explicable et encore moins justifiable » : L. Saenko, *Le temps en droit pénal des affaires*, préc., n° 882.

¹³⁴ La note du Président Barris qui sert, aujourd'hui encore, de guide aux juridictions criminelles prévoit en effet l'application des règles applicables au contrat lorsque l'infraction coïncide avec un schéma particulier. L'abus de confiance est alors cité comme l'exemple topique de cette catégorie d'infraction. Pourtant, parallèlement au choix du régime probatoire civil, la jurisprudence affirme, à propos de cette même infraction, que les règles de validité prévues par le Code civil sont exclues (« Le vice du contrat en vertu duquel sont détenus les biens frauduleusement détournés ne met pas obstacle à la poursuite pour abus de confiance » : Cass. crim., 9 juil. 1857, DP. 1857. 1. 379 ; 25 janv. 1950, Bull. crim., n° 27).

¹³⁵ M. Vasseur, *Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines*, RSC 1951, p. 1 et s., spéc., n° 2.

faut nécessairement ensuite dépasser ce constat analytique pour rechercher, de manière positive, les contours que le contrat doit épouser pour constituer la composante d'une infraction.

19. Le procédé de rationalisation : l'éclairage fonctionnel. Pour déterminer ce qu'est le contrat en droit pénal, le droit positif doit être observé à la lumière de la fonction du droit pénal. Une présentation rationnelle apparaît alors qui repose sur l'essentiel des solutions du droit positif en procédant toutefois à la remise en cause de certaines d'entre elles contestables non seulement intrinsèquement mais également à l'égard de la fonction spécifique du droit pénal. Législateur et jurisprudence fournissent donc les clés d'une appréhension positive du contrat en droit pénal que seule la finalité de ce dernier permet de maîtriser. La référence à la fonction du droit pénal se révèle ainsi incontournable pour déterminer précisément les liens unissant cette matière au contrat.

Si la place du droit pénal au sein des autres disciplines fait l'objet d'un débat semble-t-il insoluble¹³⁶, un consensus semble pouvoir être trouvé sur ce que doit être la fonction du droit pénal¹³⁷. La définition de cette fonction dépasse alors la discussion relative à son rôle accessoire ou normatif¹³⁸ et consiste à déterminer ce pour quoi il intervient. A cette fin, et quelle que soit la formule retenue, la doctrine s'accorde à définir la finalité de la matière par un double critère : le droit pénal a vocation à sanctionner des comportements d'une part, attentatoires à des valeurs collectives d'autre part. Bref, le droit pénal a vocation à « sanctionner un comportement nuisible à la société »¹³⁹. Autrement dit, le droit pénal adopte une vision punitive centrée sur l'auteur du comportement et qui exige une prise en compte des intérêts, non pas de la victime mais de la société¹⁴⁰.

¹³⁶ Sa principale originalité est de ne pas véritablement pouvoir être classé dans la division séparant le droit le droit public du droit privé. V. notamment, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 31 et s. ; R. Gassin, *Problèmes actuels de science criminelle*, PUAM, 1991, p. 52 ; H. Roland, L. Boyer, *Introduction au droit*, Litec, 2003, n° 275. La question n'est d'ailleurs pas posée que pour le droit pénal français, qui interroge également, par exemple, la doctrine Belge : F. Tulkens, M. van de Kerchove, *Introduction au droit pénal*, 8^{ème} éd., Klumer, 2007, p. 130.

¹³⁷ D'aucuns abordent la question par l'expression « autonomie fonctionnelle » : R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 148. —Adde : Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 31 ; Ch. Goldie-Génicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit des contrats*, préc., n° 76.

¹³⁸ Le droit pénal est en effet aujourd'hui incontestablement constitué de ces deux aspects. Tantôt, il formule clairement ses propres normes, tantôt il sanctionne des normes élaborées par d'autres disciplines. Le nombre incalculable d'infractions pour lesquelles le législateur se contente d'apposer la sanction pénale à une disposition décrite par une autre discipline —et souvent pas un autre texte— le prouve.

¹³⁹ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 2-Responsabilité civile et quasi-contrats*, 2^{ème} éd., PUF, 2010, p. 11.

¹⁴⁰ Y. Mayaud, *Ratio legis et incrimination*, RSC 1983 et s., p. 597, spéc., n° 4 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 142 ; X. Pin, *Droit*

Cette dualité de critères permettant de définir la fonction du droit pénal constitue, ou plus exactement constituait, la ligne frontalière le séparant de la matière civile et plus précisément de la matière contractuelle¹⁴¹. Certes, historiquement les délits privés n'étaient pas véritablement distingués des délits publics¹⁴² mais depuis l'époque classique¹⁴³ chaque discipline dispose d'une finalité théoriquement propre¹⁴⁴ aux croisements en principe très isolés¹⁴⁵. L'évolution récente de la matière contractuelle dans ses applications courantes en droit de la consommation ou de la concurrence notamment, impose toutefois de modifier la présentation de la finalité du droit contractuel. Classiquement cantonné à une démarche

pénal général, préc., n° 4 ; J.-C. Saint-Pau, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Inexécution imputable au débiteur*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 115, fasc. 11-20, 2004, n° 42 ; C. Thibierge, *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir*, *D.* 2004, p. 577 et s., spéc., p. 580 ; G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2006, n° 247. Pareille définition dépasse d'ailleurs largement les frontières françaises. V. surtout à propos des théories allemandes : M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préc. ; X. Pin, *La théorie du consentement en droit pénal allemand. Eléments pour une comparaison*, *RSC* 2003, p. 259 et s. et pour le droit des pays arabes : S. Omar, *Le résultat de l'infraction. Etude comparée, droit français, égyptien et musulman*, th. Paris 12, 1990, n° 35.

¹⁴¹ V. de manière générale la présentation des principales sanctions de la règles de droit, J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 13^{ème} éd., Sirey, 2010, n° 21 et s. ; F. Deboissy, *Le droit des sociétés : l'expérimentation de la panoplie des sanctions*, in *Dépénalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires*, sous la direction de B. Saintourens, Litec 2009, coll. Colloques et débats : « La sanction prise dans sa définition la plus large, peut remplir des fonctions variables, ce qui conduit à distinguer : la sanction exécution, dont la fonction est de contraindre le débiteur d'une obligation à s'exécuter ; la sanction réparation, dont la fonction est d'indemniser le créancier de l'obligation inexécutée ; la sanction répression, dont la fonction est de punir celui qui a contrevenu à une règle ; la sanction inhibition dont la fonction est de paralyser l'acte ou l'action affectée d'un vice ».

¹⁴² A Rome, la responsabilité consistait en un concept unitaire entraînant, quelle que soit la qualification des faits, l'application d'une peine. P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} éd., Rousseau, 1929, p. 418 ; P. Maistre du Chambon, *La responsabilité civile sous les fourches caudines du juge pénal*, in *Colloque La responsabilité à l'aube du 21^{ème} siècle, bilan prospectif*, RCA Hors-série juin 2001, p. 25 et s., spéc. n° 2 ; N. Rias, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, th. Lyon III 2006, n° 8 et s. ; G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2008, n° 68.

¹⁴³ Ce n'est qu'à partir de cette époque que deux actions aux finalités distinctes coexistèrent. A côté des actions pénales apparues depuis la Loi des XII Tables de 449 avant J.-C, les actions dites réipersécutoires ont été créées. Or, si les premières adoptèrent une finalité purement punitive, les secondes se concentrèrent sur un aspect exclusivement indemnitaire puisqu'elle était présentée comme « une action en indemnité destinée à réparer un préjudice de caractère patrimonial » (P. Ourliac, J. de Malafosse, *Histoire du droit privé. T. I, Les obligations*, 2^{ème} éd., PUF, 1969, n° 371).

¹⁴⁴ A. Brun, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Economica, 1989, n° 50 : « Aujourd'hui, la distinction des responsabilités civile et pénale ne donne lieu à aucune difficulté pratique ». L'assertion date, il est vrai, de 1989 mais elle conserve une part de sa véracité puisque le droit contractuel demeure en principe lié par des considérations à vocation principalement indemnitaire s'imposant dans le cadre de relations privées.

¹⁴⁵ Dans le régime contractuel dit classique, par opposition à celui proposé par le droit de la consommation ou encore le droit de la concurrence, les mesures ne participant pas à la finalité de la matière sont particulièrement isolées. Ainsi en est-il par exemple de la clause pénale par laquelle les parties évaluent par avance et forfaitairement les dommages et intérêts résultant de l'inexécution d'un engagement ou, plus rarement, qui, en cas d'inexécution du contrat, oblige le débiteur à l'exécution d'une obligation autre que le paiement d'une somme d'argent. Toutefois, si l'aspect punitif ne peut être nié –d'aucuns proposant d'ailleurs de le rendre exclusif en évinçant un quelconque rôle indemnitaire (D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, préf. J. Ghéstin)–, il faut reconnaître son essence purement privée. Il s'agit en effet de prévoir conventionnellement une indemnité en cas d'inexécution : elle est un outil conventionnel de gestion des risques de l'inexécution ou du retard dans l'exécution (D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, n° 308).

essentiellement indemnitaire opérant dans le seul cadre de relations privées contractuelles¹⁴⁶, ce dernier dispose désormais en effet d'une véritable finalité punitive¹⁴⁷, consacrée par des peines privées ou des dommages-intérêts punitifs¹⁴⁸, que la doctrine constate¹⁴⁹ et condamne¹⁵⁰. Mais le trouble constaté en matière contractuelle n'emporte pas avec lui celui du droit pénal. En effet, par ces mesures, le droit pénal se trouve certes concurrencé dans sa fonction¹⁵¹ mais sans que cette concurrence ne la remette en cause¹⁵². Le seul risque de

¹⁴⁶ V. notamment, A. Brun, *La responsabilité civile*, préc., n° 50 ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *La responsabilité civile délictuelle*, PUG 2000, n° 12 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 2-Responsabilité civile et quasi-contrats*, préc., p. 11 ; G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2010, n° 2 et s.

¹⁴⁷ Sont en cause notamment les mesures telles que la déchéance du droit aux intérêts ou plus radicalement, le prononcé d'amendes civiles qui aujourd'hui incarnent ce rôle punitif. V. par exemple, pour la déchéance, l'article L. 314-15 du Code de la consommation, issu de l'Ordonnance du 23 mars 2006, qui prononce la déchéance du droit aux intérêts pour le prêteur qui a « accorder un prêt viager hypothécaire sans saisir l'emprunteur d'une offre préalable conforme à l'article L. 314-5 ou dans des conditions non conformes aux articles L. 314-6 et L. 314-7 ». V. pour un exemple d'amende civile l'article L. 442-6 du Code de commerce qui dispose dans une partie III que « lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministre public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros ».

¹⁴⁸ Les termes figurent même dans le texte de l'avant-projet Catala à l'article 1371 qui prévoit que « l'auteur d'une faute 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 » (pour un commentaire critique de cette proposition, V. Y. Lambert-Faivre, *Les effets de la responsabilité [Les articles 1367 à 1383 nouveaux du code civil]*, in *L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité*, Actes du colloque organisé par l'Université Panthéon-Sorbonne [Paris I] le 12 mai 2006, RDC 2007. 163, spéc. p. 164 et 165).

¹⁴⁹ La doctrine propose en effet de reconnaître de manière officielle et systématisée l'existence de peines privées. V. S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, préf. G. Viney ; A. Jault, *La notion de peine privée*, LGDJ, 2005, préf. F. Chabas ; N. Rias, *Aspects actuels des liens entre les responsables civile et pénale*, préc., n° 738. —Adde : G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, préc., n° 4 et s. L'idée de l'existence d'une peine privée est toutefois moins récente, qui figure dans les travaux d'Hugueney (*L'idée de peine privée en droit contemporain*, th. Dijon, 1904 ; *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du 20^{ème} siècle*, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : Etudes offertes à G. Ripert T. II, La propriété, contrats et obligations, la vie économique*, LGDJ, 1950, p. 249) ainsi que dans la thèse de Starck (*La responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947).

¹⁵⁰ A. Jault, *La notion de peine privée*, préc., n° 416. V. plus généralement, sur la volonté de maintenir la finalité réparatrice de la responsabilité civile : C. Thibierge, *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. Vers un élargissement des fonctions de la responsabilité civile ?*, RTDciv. 1999, p. 561 et s. ; *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir*, D. 2004, p. 577 et s.

¹⁵¹ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 2-Le fait juridique*, Dalloz, 14^{ème} éd., 2011, n° 387 ; Y. Lambert-Faivre, *Les effets de la responsabilité civile*, in *L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité*, préc.

¹⁵² L'aspect repressif du droit pénal n'est pas seulement concurrencé uniquement par l'évolution du droit courant des contrats puisque la sanction administrative présente également de large similitudes avec la sanction pénale. Reconnue par le Conseil constitutionnel (28 juil. 1989, Rec. 71 ; RJC I. 365 ; Pouvoirs 1990, n° 52, p. 189, chron. P. Avril et J. Gicquel ; RFDA 1989, n° 4, p. 671, note B. Genevois), cette dernière est définie par le Conseil d'Etat comme « une décision unilatérale prise par une autorité administrative dans le cadre de prérogatives de puissance publique [qui] inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements » (*Etude du Conseil d'Etat, Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Documentation

dévolement de sa fonction que le droit pénal peut subir réside dans le glissement qu'il opère tantôt vers la régulation¹⁵³ tantôt plus radicalement vers la réparation. La confusion semble d'ailleurs trouver son point d'orgue dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance qui propose en son article 64¹⁵⁴ une mesure dont l'intitulé ne peut que laisser sceptique : « la sanction-réparation »¹⁵⁵.

Quoi qu'il en soit de ces évolutions, seule la fonction traditionnelle du droit pénal permet aujourd'hui d'appréhender le contrat en droit pénal. Plus précisément, malgré l'origine naturellement civile du contrat, le droit positif lui imprime, lorsqu'il figure dans une infraction pénale, un particularisme que seule la finalité classique du droit pénal permet de rationaliser. La rationalisation permise par cet éclairage fonctionnel aboutit alors à une sélection.

20. Le fruit de l'éclairage fonctionnel : une sélection fonctionnelle. Le législateur et la jurisprudence criminelle, en acceptant de prendre en compte l'institution fondamentale qu'est le contrat, refusent toutefois de transposer à l'identique le régime qui lui est applicable en matière civile. En observant le droit positif à l'aune de la fonction classique du droit pénal, il devient alors possible de déceler ce à quoi correspond le contrat lorsqu'il figure au sein d'une infraction pénale. Un double mouvement peut ainsi être constaté.

D'une part, les règles pour lesquelles le droit pénal affirme son indifférence ont pour particularité de servir uniquement la finalité indemnitaire ou satisfactoire du droit contractuel et demeurent étrangères à la fonction criminelle. Le droit positif rejette ainsi les conditions servant par exemple à l'opposabilité du contrat ou encore les comportements d'inexécution contractuelle les moins graves. D'autre part, lorsque le droit pénal semble au contraire

française, 1995, p. 35). V. pour une présentation des similitudes entre la sanction pénale et la sanction administrative : M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992 ; N. Stonestreet, *La notion d'infraction pénale*, th. Bordeaux IV, 2009, n° 40 et s.

¹⁵³ Historiquement relativement rares, les dispositions relatives à la remise des choses en l'état sont désormais foisonnantes en droit pénal (V. notamment, B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, 2007, préf. J.-H. Robert, n° 194 et s. ; N. Rias, *Aspects actuels des liens entre les responsables civile et pénale*, th. Lyon III, 2006, n° 1008 et s). Nombreux sont ainsi les textes visant la confiscation de l'objet de l'infraction, la fermeture d'un établissement (V. par exemple à propos du délit du proxénétisme : C. pén., art. 225-22, 2° et plus généralement, X. Pin, *Fermeture d'établissement*, *J.-Cl. Pén.*, art. 131-33, fasc. 20, 2008) ou encore la suppression des clauses contractuelles en infraction (C. conso., art. L. 421-3 : « La juridiction épressive saisie dans les conditions de l'article L. 421-1 peut, après avoir déclaré le prévenu coupable, ajourner le prononcé de la peine en lui enjoignant, sous astreinte le cas échéant, de se conformer, dans un délai fixé, aux prescriptions qu'elle détermine et qui ont pour objet de faire cesser l'agissement illicite ou de supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite »).

¹⁵⁴ « [...] l'obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixés par la juridiction à l'indemnisation du préjudice de la victime ». L'article figure désormais à l'article 131-8-1, al. 2 du Code de procédure pénale.

¹⁵⁵ Sur laquelle, v. E. Fortis, *Janus et la responsabilité, variations sur la sanction-réparation*, in *Mélanges G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 450 ; M. Giacomelli, *Libres-propos sur la sanction-réparation*, D. 2007, p. 1551 et s.

s'emparer des règles du droit civil, ces dernières participent en principe à la mise en œuvre de la finalité pénale. Tel est le cas notamment des règles permettant de procéder à l'identification d'une opération contractuelle¹⁵⁶ ou encore celles assurant la protection d'une catégorie d'individus plutôt qu'une relation contractuelle strictement privée¹⁵⁷.

Ainsi, par ce double mouvement, le droit positif affirme le principe d'une sélection : toutes les dispositions prévues au titre du régime contractuel ne sont pas transposées au contrat figurant dans un texte d'incrimination. Plus exactement, si le régime contractuel n'est pas écarté en son entier –à défaut de quoi la référence au contrat dans les textes d'incrimination n'aurait plus aucun sens–, une sélection des règles contractuelles doit être proposée. Une approche fonctionnelle de ces dernières permet alors une telle proposition. Les dispositions façonnant le régime du contrat ne disposent pas toutes du même rôle. De manière plus précise, certaines d'entre elles ont pour seule fonction d'assurer la finalité indemnitaire propre au droit des contrats. Le droit pénal ne peut qu'alors refuser de soumettre la consommation de l'infraction au constat de celles-ci pour ne requérir que les règles nécessaires à sa propre finalité. L'identification du contrat en droit pénal est ainsi le résultat d'une sélection fonctionnelle des dispositions du régime contractuel dont l'objet est de retenir celles au service de la finalité du droit pénal et d'exclure celles vouées à assurer la seule vocation indemnitaire du droit contractuel.

L'opération de sélection dissocie ensuite son support selon le stade auquel le contrat est visé par l'infraction. La formulation générale de la sélection fonctionnelle trouve alors une concrétisation dans une distinction connue du droit contractuel.

21. Le support de la sélection : une distinction. « Comme bien d'autres institutions, celle-ci, le contrat, peut être présentée en deux temps : la naissance et la vie, la formation et les effets. L'anatomie précède la physiologie, dira-t-on par une comparaison aussi usuelle qu'approximative »¹⁵⁸. Le droit pénal relaie cette distinction en sanctionnant des comportements pouvant coïncider soit uniquement avec la conclusion d'un contrat, soit avec la violation de ce même contrat. Pareille distinction, parfois contestée en droit civil¹⁵⁹, permet ainsi clairement d'exposer la dualité des liens unissant le contrat au droit pénal sans que les

¹⁵⁶ V. *infra*, n° 101.

¹⁵⁷ V. *infra*, n° 430 et s.

¹⁵⁸ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, PUF/Quadrige, 2004, n° 938.

¹⁵⁹ Il faut reconnaître notamment que le contrat ne produit ses effets que s'il est valablement formé. La théorie romaine des contrats innommés abonde également dans le sens de la fragilité de la distinction. Le contrat synallagmatique ne devenait en effet obligatoire que lorsqu'il avait été exécuté par l'une des parties (V. R. Monier, *Manuel élémentaire et de droit romain*. T. II, 3^{ème} éd., Loviton, 1944, n° 142 et s.).

critiques adressées à cette dichotomie ne puissent trouver d'écho en la matière. En effet, la mention du contrat dans une incrimination s'opère de manière finalement assez schématique : tantôt seule la conclusion du contrat est nécessaire pour que l'infraction soit consommée¹⁶⁰, tantôt le législateur requiert un comportement pouvant consister en la méconnaissance d'une convention¹⁶¹. La difficulté de classement que le droit civil peut rencontrer n'entame alors en rien son caractère essentiel et ce, spécialement pour une étude de droit pénal¹⁶². Au contraire en la matière, pareille distinction permet de donner toute son ampleur à la sélection fonctionnelle nécessaire tant à l'appréhension de la notion de contrat¹⁶³ en droit pénal qu'à celle de son inexécution. En effet, selon le stade contractuel envisagé, la sélection fonctionnelle ne porte pas sur la même partie du régime contractuel : pour appréhender la notion de contrat, la sélection n'a pour objet que les conditions relatives à la formation du contrat alors que pour déterminer ce en quoi consiste l'inexécution du contrat en droit pénal, ce sont les comportements contractuels que le droit pénal va sélectionner afin de ne retenir que ceux permettant d'atteindre sa propre finalité.

Lorsque le législateur requiert la conclusion d'un contrat parmi les éléments constitutifs d'une infraction, c'est donc à la notion de contrat que le droit pénal doit donner sa propre définition. La fonction du droit pénal impose alors d'opérer un tri parmi les conditions relatives à la période de formation du contrat¹⁶⁴ pour ne relever que celles à même de justifier l'intervention du droit pénal. L'esquisse d'une scission parmi ces conditions apparaît en droit positif, législateur et jurisprudence proposant de se concentrer sur l'identification d'une opération contractuelle. L'éclairage de la finalité du droit pénal permet alors de prendre précisément la mesure de cette scission. Toutes les conditions relatives à la formation du contrat n'ont en effet pas toutes la même finalité : certaines permettent à l'opération de recevoir une qualification de contrat, d'autres sont consacrées à lui faire produire ses effets.

¹⁶⁰ Le proxénétisme suppose par exemple la vente d'un local (C. pén., art. 225-10 3°) sans que le stade de la conclusion du contrat n'ait à être dépassé par l'entrée dans les lieux de la prostituée notamment.

¹⁶¹ Le détournement de bien donné en gage, infraction prévue par l'article 314-5 du Code pénal, suppose ainsi par exemple un détournement du bien remis en gage et donc une méconnaissance du contrat de gage.

¹⁶² « Une distinction peut être fondamentalement exacte bien qu'il soit difficile de l'exprimer ou même de la concevoir clairement et bien que ses effets varient d'un pays à l'autre et d'une période à l'autre » : A. Tunc, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Economica, 1989, n° 33.

¹⁶³ La formule « notion de contrat » n'est pas propre au droit pénal. Le Professeur Ghestin lui a en effet consacré une étude magistrale au début des années 1990 (D. 1990, p. 147 et s.) et précise que la notion de contrat permet de déterminer « ce que c'est qu'un contrat ». La transposition au droit pénal est alors des plus opportunes dans l'optique de rechercher ce en quoi consiste le contrat en droit pénal.

¹⁶⁴ La formule « formation du contrat » sera ainsi utilisée dans la présente étude en ce qu'elle renvoie à une phase de la vie du contrat intervenant en amont de son exécution. Cette proposition, il est vrai quelque peu schématique du contrat, convient au droit pénal en ce qu'elle permet une vision claire de l'opération. La doctrine civiliste y souscrit d'ailleurs également v. notamment, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. I- Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 211.

Seules les premières présentent alors un intérêt lorsque le contrat constitue l'élément constitutif d'une infraction puisqu'elles permettent de caractériser la présence d'une opération contractuelle pouvant augurer l'atteinte à une valeur sociale. Les secondes, au contraire, permettent uniquement au contrat de produire ses effets juridiques sans heurts et ne concernent donc plus que la finalité du droit civil et non du droit pénal.

Lorsqu'une incrimination requiert, en plus de la conclusion du contrat son inexécution, le droit positif formule également plus ou moins explicitement, la nécessité d'une sélection fonctionnelle des comportements de violation contractuelle. Plus précisément, le droit pénal refuse de sanctionner le moindre fait de violation et met en œuvre un double critère fonctionnel de sélection. Tantôt, le législateur et la jurisprudence assurent la finalité générale et répressive du droit pénal en façonnant un comportement de violation qui lui est propre. Tantôt, le droit pénal ne propose aucune spécificité du fait de violation puisque l'obligation dont la violation est sanctionnée permet d'assurer la fonction du droit pénal. Cette sélection se révèle alors seule à même d'expliquer la plus controversée des solutions rendues par les juridictions criminelles : la mise à l'écart des règles contractuelles de la réparation du préjudice découlant d'une infraction visant une inexécution contractuelle.

22. Le contrat, fait social. Ainsi, que le contrat soit envisagé au stade de sa conclusion ou par le biais de son inexécution, le droit pénal refuse de transposer l'ensemble du régime contractuel. En effet, le droit positif pénal une véritable sélection des règles applicables en matière contractuelle qu'une approche fonctionnelle permet de précisément appréhender. Le contrat apparaît ainsi en droit pénal détaché des considérations propres à la vocation indemnitaire du droit des contrats¹⁶⁵. Autrement dit, là où le droit pénal aurait pu se perdre dans le dévoiement de sa finalité, ce que la présence du contrat rendait propice, il affirme avec vigueur le maintien nécessaire de sa fonction. Le contrat, lorsqu'il figure parmi les éléments constitutifs d'une infraction, se dégage donc de ses dimensions purement juridique et individuelle pour constituer le vecteur d'atteintes potentielles à des valeurs sociales. Le contrat est ainsi pris en compte en tant que fait social¹⁶⁶ « destiné à traduire des

¹⁶⁵ La formule ne revient pas à nier les autres finalités que le droit contractuel endosse désormais (sur lesquelles v. *supra*, n° 19 et *infra* n° 473).

¹⁶⁶ L'expression est généralement employée pour exprimer la portée du contrat à l'égard des tiers par la règle de son opposabilité (J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, LGDJ, 1987, n° 33 ; J. Limpens, *De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers*, Mélanges Roubier, T. II., p. 89). Cependant, la doctrine l'envisage parfois de manière plus générale : Y. Guenzoui, *Entente et contrat, le trouble notionnel*, RTDCom. 2006, p. 273 et s.

réalités économiques et sociales s'élevant du plan individuel au plan collectif »¹⁶⁷. Il s'agit ainsi moins de prendre en compte une relation juridique qu'un « lien derrière le contrat »¹⁶⁸ pouvant augurer l'atteinte à des valeurs justifiant l'intervention du droit pénal. La présence du contrat en droit pénal s'impose alors logiquement si l'on considère que les relations contractuelles sont bien de l'essence des relations humaines¹⁶⁹ mais commande une vision proprement pénale.

23. Plan. En définitive, que le contrat soit envisagé par le prisme de sa notion ou par celui de son inexécution, le droit pénal lui imprime une spécificité sans le défigurer. Toutes les règles prévues par la matière contractuelle ne peuvent ainsi être transposées mais doivent subir une sélection à l'aune de la fonction du droit pénal. Législateur et jurisprudence opèrent donc une véritable sélection fonctionnelle qui, transposée à chacune des phases du contrat concernées par les infractions contractuelles, permet l'identification d'une notion pénale de contrat ainsi que d'une d'inexécution pénale du contrat.

Première partie : La notion de contrat en droit pénal

Seconde partie : L'inexécution du contrat en droit pénal

¹⁶⁷ M. Vasseur, *Considérations sur le régime juridique des contrats et accords traduisant dans les faits l'économie contractuelle*, RTDciv. 1964, p. 6 et s., spéc., n° 4.

¹⁶⁸ M.-A. Frison-Roche, *Contrat, concurrence, régulation*, RTDciv. 2004, p. 451 et s., spéc. p. 464.

¹⁶⁹ N. Rouland, *Anthropologie juridique*, PUF, 1988, n° 158.

1^{ère} PARTIE - LA NOTION DE CONTRAT EN DROIT PENAL

24. Un particularisme manifeste. La présence d'une mention relative à un contrat dans un texte d'incrimination invite nécessairement l'observateur à une comparaison : le contrat en droit pénal est-il le même qu'en droit civil ? Si un constat peut être certain, il est celui de l'absence d'une identité absolue. La façon dont est prise en compte le contrat, intégré dans une infraction, révèle incontestablement certaines spécificités au regard des règles traditionnellement applicables : le droit pénal ne transpose pas de manière générale et absolue les prescriptions issues du droit contractuel. Ainsi, dès le stade de sa formation, le modèle civil du contrat ne peut être transposé à la composante contractuelle d'une infraction. Si ce constat ne peut être contesté, il n'emporte pas avec lui celui d'une présentation cohérente et organisée du modèle contractuel pénal. Une chose est en effet de dire que le contrat, élément constitutif d'une infraction, diffère du schéma traditionnellement imposé, une autre est de proposer une approche rationnelle du schéma différent.

25. Une conception uniforme envisageable. Une sélection est manifestement opérée en droit positif parmi les conditions relatives à la formation du contrat pour n'en retenir que certaines. Le recours à la finalité du droit pénal se révèle alors déterminant dans l'appréhension de la notion de contrat en droit pénal. Pareil recours permet en effet d'indiquer les conditions nécessaires et les conditions inutiles à la caractérisation du contrat lorsqu'il est l'élément constitutif d'une infraction, par le biais d'un critère fonctionnel. Une scission apparaît alors parmi les conditions relevant de la phase de formation du contrat qui, toutes, ne participent pas à la mise en œuvre de la finalité du droit pénal.

26. La reconnaissance d'une dualité des conditions de formation du contrat. La phase de formation recouvre « tout ce qui ne concerne pas l'exécution du contrat »¹⁷⁰. Or, plusieurs conditions peuvent être associées à cette phase de formation, sans que toutes ne

¹⁷⁰ M. Fabre-Magnan, *Les obligations. I-Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 211.

disposent d'un rôle identique. Dans un premier temps, certaines participent à l'identification de l'opération contractuelle. Elles permettent alors d'abord d'établir que l'acte juridique est un contrat –l'échange de consentements par exemple– puis de déterminer de quel contrat il s'agit –une vente ou un contrat innommé par exemple–. Dans un second temps, d'autres conditions associées à la phase de formation semblent avoir pour seul but de faire produire au contrat ses effets juridiques sans heurts¹⁷¹ –une cause licite par exemple. Cette seconde étape se focalise donc sur l'efficacité du contrat.

Le droit civil n'ignore pas cette distinction. Le terme « efficacité » sert alors à viser plusieurs aspects de la formation du contrat. Ce dernier doit, en effet, respecter le cadre imposé tant dans ses rapports entre les parties que dans son rayonnement à l'égard des tiers¹⁷². Pour être efficace entre les contractants, le contrat doit ainsi respecter l'ensemble de ses conditions de validité¹⁷³. De plus, pour que le contrat « rayonne »¹⁷⁴ efficacement en dehors du cercle de contractants, il devra être soumis aux formalités de publicité permettant de le rendre opposable aux tiers¹⁷⁵. Enfin, conformément à l'adage *Idem est non esse et non probari*¹⁷⁶, la preuve du contrat permet à ce dernier de produire ses effets¹⁷⁷. Les règles d'opposabilité comme de preuve participent ainsi également à faire produire au contrat son efficacité.

27. La sélection fonctionnelle des conditions. L'observation du droit positif par l'éclairage de la fonction classique du droit pénal apporte alors la pertinence de cette

¹⁷¹ « La formation d'un acte juridique n'est qu'un prélude à sa prise d'effets. En d'autres termes, la question de la conclusion du contrat doit être examinée au regard de son efficacité » : V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, 2007, préf. G. Pignarre, n° 178.

¹⁷² Nombre d'auteurs préfèrent au terme efficacité celui de force mais l'appliquent invariablement à ces deux axes relationnels. V. notamment, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 11^{ème} éd., Litec, 2010., n° 398 et s.

¹⁷³ Ce n'est qu'en présence d'un litige entre les parties que l'efficacité de leur contrat pourra être mesurée au regard de sa validité. Rien n'empêche en effet aux contractants d'exécuter un acte non valable. Cependant, la précarité de ce contrat pourra s'exprimer par l'action en nullité ou encore l'exception de nullité (sur laquelle, v. J.-L. Aubert, *Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 19 et s. ; M. Storck, *L'exception de nullité en droit privé*, D. 1987, p. 67 et s.).

¹⁷⁴ J. Duclos, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, LGDJ, 1984, préf. D. Martin, n° 2-1 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 482.

¹⁷⁵ L'inopposabilité est définie par Bastian comme « l'inefficacité au regard des tiers d'un droit né par suite de la passation ou par suite de la nullité d'un acte juridique » in *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, th. Paris, 1929, p. 3.

¹⁷⁶ « pas de preuve, pas de droit ». V. H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999, n° 152.

¹⁷⁷ L'association de la preuve du contrat à la phase de sa formation doit être bien comprise. Il ne s'agit en effet nullement d'affirmer que le contrat a besoin d'être prouvé pour être formé. La formation du contrat est évoquée, dans cette étude, en tant que phase schématique de la vie du contrat. Or, de ce point de vue, la preuve du contrat relève incontestablement de cette phase.

dichotomie entre identification et efficacité à l'égard de la notion pénale de contrat. En effet, parmi les conditions associées à la formation du contrat en droit civil, celles relevant de son efficacité ont pour seul but de lui faire produire ses effets juridiques¹⁷⁸. Ainsi, indispensables au prononcé de dommages et intérêts contractuels notamment, ces conditions n'ont pour finalité que la mise en œuvre de la fonction indemnitaire du droit contractuel et non celle du droit pénal. La confusion des solutions du droit positif doit alors trouver un éclairage par cette distinction : indifférent à la réalisation des effets juridiques du contrat, le droit pénal doit s'en tenir à la première étape de formation du contrat, celle de son identification.

28. Plan. La particularité de la notion de contrat en droit pénal réside ainsi dans le choix opéré parmi les différentes conditions de sa formation. Pour être reconnu par le droit pénal, le contrat suppose uniquement le constat de ses conditions de son identification (Titre 1), à l'exclusion des conditions permettant l'efficacité du contrat (Titre 2).

¹⁷⁸ V. à propos de l'opposabilité : J. Duclos, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, préc., n° 2-1 : « Il s'agit par conséquent d'une technique, dont la finalité consiste à connecter l'élément opposé au milieu juridique ». Certains auteurs semblent proposer une distinction parmi les conditions de formation du contrat en détachant sa validité des conditions d'efficacité du contrat (V. Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, 1969, préf. A. Weill, n° 13). Cela s'explique uniquement par la vision restrictive de la notion d'efficacité : l'efficacité serait uniquement perçue comme le rayonnement du contrat à l'égard des tiers. Or, rien ne permet de rejeter de l'efficacité du contrat, les règles sanctionnées par la nullité qui empêchent l'efficacité du contrat entre les parties. En ce sens v. R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle*, th. Dijon, 1909, p. 33 : « L'inopposabilité, quand on va au fond des choses, apparaît [...] comme une simple variété de nullité [...]. La différence affecte simplement l'étendue de l'inefficacité, plutôt que sa nature ».

Titre I - La nécessité pénale des conditions d'identification du contrat

29. Une démarche en deux temps. En mentionnant le contrat parmi les éléments constitutifs d'une infraction, le législateur n'impose pas nécessairement la transposition intégrale du régime contractuel mais suppose toutefois que le juge constate une opération contractuelle. La dissociation fonctionnelle des conditions de formation du contrat précise cette proposition en commandant l'application des règles civiles vouées à l'identification du contrat visé par l'infraction. Par conséquent, le juge pénal n'a d'autre choix que de souscrire à la dualité de cette opération d'identification.

L'identification du contrat suppose en effet de raisonner en deux temps. Le premier est relatif à la caractérisation d'une situation contractuelle, c'est-à-dire aux éléments constitutifs de tout contrat, quelle que soit par ailleurs sa qualification juridique spéciale. Il s'agit, en somme, de vérifier que les conditions de l'acte juridique contractuel sont réunies. Mais, si tout contrat possède des éléments communs, chaque contrat suppose ensuite la réunion d'éléments qui en font la spécificité et qui permettent de le distinguer des autres. Par exemple, si la vente comme la donation sont soumises aux conditions générales du contrat, le paiement d'un prix est spécifique au premier et permet de le distinguer du second.

C'est alors logiquement que le juge pénal choisit de s'en remettre au régime contractuel pour caractériser non seulement la présence d'une opération contractuelle mais également celle de l'opération précisément visée. Ainsi, l'identification des conditions générales du contrat n'est qu'un préalable nécessaire à celle de ses conditions particulières. Le juge pénal se soumet à cette double étape en procédant d'abord à l'identification *d'une* situation contractuelle, donc à l'identification générale du contrat (Chap. 1), pour ensuite effectuer l'identification *de la* situation contractuelle précisément visée, c'est-à-dire, l'identification spéciale du contrat (Chap. 2).

Chapitre I - L'identification générale d'une opération contractuelle

30. Des éléments d'identification nécessaires. Une infraction pour laquelle le législateur prévoit une référence au contrat impose au juge pénal d'établir la présence d'une relation contractuelle. Confinant à l'évidence, une telle affirmation, loin de résoudre la difficulté, en pose finalement les fondations : à partir de quel moment un contrat permettra de caractériser ce qu'il convient d'appeler l'élément contractuel d'une infraction¹⁷⁹ ? Le nombre d'infractions proposant un lien avec le contrat atteste de l'importance d'une telle interrogation, que celles-ci prévoient d'ailleurs le contrat comme référence potentielle ou indispensable à la constitution de l'infraction. En effet, si les incriminations visant un cadre exclusivement contractuel¹⁸⁰ commandent forcément de caractériser ladite situation contractuelle, la question des contours nécessaires à l'élément contractuel se posera également lorsque l'infraction prévoit seulement la possibilité d'un tel cadre¹⁸¹. Certes, l'identification d'un contrat ne sera alors pas une composante systématiquement indispensable pour entrer en voie de condamnation mais elle le deviendra si l'espèce propose une opération contractuelle.

31. Les éléments d'identification suffisants. Selon une doctrine désormais consensuelle, l'attitude jurisprudentielle trouve à s'expliquer par le recours à la théorie de l'apparence. Ainsi transposée au contrat, ladite théorie permettrait d'expliquer la spécificité pénale présentée en posant que le droit pénal se contenterait, pour intervenir, d'une apparence de contrat. Pourtant, cette proposition classique ne semble pas suffisante, malgré son intérêt certain dans de nombreux domaines, pour appréhender exactement le contrat en droit pénal. La distinction fonctionnelle des conditions relevant de la formation du contrat permet alors de rechercher ailleurs une solution plus adéquate pour exprimer les contours exacts de l'élément

¹⁷⁹ Cette appellation vise ainsi la conclusion du contrat lorsqu'elle est l'élément constitutif d'une infraction.

¹⁸⁰ Le délit de tromperie fournit l'un des exemples topiques de cette catégorie en exigeant, à l'article L. 213-1 du Code de la consommation, que l'auteur trompe ou tente « de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers ». La constitution requiert nécessairement le constat d'un contrat : « l'existence d'un contrat paraît une évidence » (W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2005, n° 427).

¹⁸¹ V. par exemple, l'escroquerie (C. pén., 313-1) qui vise non seulement la remise d'un acte opérant obligation mais aussi la remise d'un bien quelconque ou encore d'un service.

contractuel d'une infraction. Le recours aux règles contractuelles, indispensable pour identifier le contrat en droit pénal, conduit en effet à déterminer positivement les conditions nécessaires à l'identification d'une opération contractuelle et ce, par une notion connue du droit civil : l'existence du contrat. Dans le silence de la doctrine, cette notion figure pourtant dans les décisions des juridictions pénales comme dans les textes incriminations.

Par conséquent, à l'apparence du contrat (Section 1) doit être substituée l'affirmation de son existence (Section 2) pour exprimer la première étape de l'identification du contrat en droit pénal.

Section 1- L'insuffisance de l'apparence de contrat

32. Le recours classique à l'apparence du contrat. Au constat de l'indifférence jurisprudentielle à la validité du contrat en matière pénale succède presque systématiquement celui de l'application de la théorie¹⁸² de l'apparence : c'est parce que l'opération en cause arborerait l'apparence d'un contrat que le juge pénal pourrait entrer en voie de condamnation¹⁸³. Un contrat apparent suffirait ainsi à considérer l'infraction contractuelle comme constituée. Lorsque l'apparence est utilisée dans d'autres matières, elle est envisagée par le biais de son caractère trompeur¹⁸⁴. En matière pénale, certaines études relèvent que le droit pénal impose de spécialiser le recours à cette théorie afin de la rendre purement objective. Autrement dit, traditionnellement nécessairement trompeuse, l'apparence pourrait également être utilisée, en matière criminelle, indépendamment de cette idée de tromperie. Il existerait donc non pas une, mais deux types d'apparence potentiellement explicatifs de l'indifférence pénale à l'irrégularité du contrat, composante de l'infraction.

Pourtant, si l'apparence trompeuse se révèle effectivement rapidement inadaptée au schéma infractionnel, l'apparence objective présente des limites imposant également son exclusion de l'appréhension de l'élément contractuel. Les théories de l'apparence trompeuse (§1), comme objective (§2) ne peuvent ainsi suffire à concevoir une notion pénale de contrat.

¹⁸² L'emploi du terme « théorie » est parfois condamné en doctrine sur le fondement de l'incompatibilité de sa portée avec la définition de la théorie. V. A. Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004, préf. G. Viney. L'auteur préfère lui substituer l'appellation de mécanisme.

¹⁸³ V. notamment, M. Puech, obs. sous Cass. crim., 23 mars 1977, S. 1977. IR. p. 239 ; B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010, préf. A. Varinard, n° 806 et s. ; M. Vasseur, *Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines*, RSC 1951, p. 1 et s., spéc. n° 14 ; V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, th. Paris I, 1999, n° 192 et s.

¹⁸⁴ V. *infra*, n° 34.

§1- Le rejet de la théorie de l'apparence trompeuse

33. L'inadaptation de l'apparence trompeuse à l'élément contractuel. La jurisprudence pénale refuse par principe de faire dépendre certaines infractions contractuelles de la régularité du contrat visé par le texte d'incrimination. Cela signifie donc qu'elle n'associe pas le contrat mentionné dans une infraction à un contrat parfaitement régulier. Cependant, le législateur, en visant expressément un contrat dans les composantes de l'infraction¹⁸⁵, impose aux juges un cadre contractuel impératif, qui doit donc être constaté. L'apparence trompeuse pourrait fournir le seuil à partir duquel le contrat, sans être régulier, emporterait la caractérisation de l'élément contractuel : une opération contractuelle ayant l'apparence trompeuse d'un contrat suffirait ainsi à son constat. Le mécanisme de l'apparence a d'ailleurs pour origine la volonté de prendre en compte des actes irréguliers¹⁸⁶.

Pourtant, si cette théorie se révèle susceptible d'éclairer l'appréciation de l'élément contractuel d'une infraction (A), son application doit être rejetée car incompatible avec le droit pénal (B).

¹⁸⁵ Il est à noter que les infractions à l'occasion desquelles le juge s'est en premier prononcé sur l'indifférence à l'irrégularité du contrat prévoient la référence à un élément contractuel nommé. Les premiers arrêts ont en effet été rendus à propos de l'ancien délit d'abus de confiance dont le texte mentionnait une liste de contrats nommés (C. pén., ancien art. 408) et du détournement de gage pour lequel le texte requiert explicitement que l'objet détourné ait été « constitué en gage » (C. pén., art. 314-5). V. *infra*, n° 184 et s.

¹⁸⁶ La théorie de l'apparence trouve ses origines jurisprudentielles dans la première partie du XIX^{ème} siècle. Toutefois, les historiens du droit rapportent le récit par Ulpien (Loi III, Digeste, livre 1, titre 14, *De officio praetorum*, cité par E. Valabregue, *De la maxime error communis facit jus*, Rev. crit. 1890, p. 30 et s. spéc. n° 1) de l'épopée d'un esclave –Barbarius Philippus– devenu prêteur en ayant caché sa condition. Les actes passés par ce dernier ne furent pas annulés sur le fondement de l'équité. (v. A. Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, préc., n° 16 ; J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, 1959, p. 15 ; H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, préc., V^o *Error communis facit jus*, n° 123, p. 224) Justinien réitéra cette solution en considérant que la sentence rendue par un arbitre esclave devait conserver son autorité (C.J. 2. 7. 45) mais la formule *Error communis facit jus* est attribuée à Accurse (v. notamment : H. Mazeaud, *La maxime error communis facit jus*, RTDciv. 1924 p. 929 et s.). Les rédacteurs du Code civil n'optèrent pas pour l'inscription de ce principe, mais le Conseil d'Etat rendit en 1807 un avis dans lequel il valida des extraits d'état civil délivrés sans pouvoir par des secrétaires de mairie aux motifs que « l'erreur commune et la bonne foi » suffissent « pour couvrir dans les actes et même dans les jugements des irrégularités que les parties n'avaient pu ni prévoir, ni empêcher » (J.-B. Duvergier, *Lois et décrets*, T. XVI, 2^{ème} éd., 1836, p. 132 et s.). Le juge judiciaire appliqua dès 1815 ces fondements de la théorie de l'apparence en ratifiant les contrats passés par un héritier apparent en se référant à l'adage *error communis facit jus*.

A- Les composantes de l'apparence trompeuse

34. L'impérialisme¹⁸⁷ actuel de l'apparence trompeuse. « Il n'est guère de secteur du droit où elle n'ait été invoquée »¹⁸⁸. Aujourd'hui, en effet, très peu de disciplines échappent à l'application de l'apparence. Or, lorsqu'elle joue un rôle dans les matières extra-pénales, l'apparence suppose la prise en compte de la croyance de l'individu : « La réalité juridique qui a été caractérisée, ou qui pourrait l'être, est écartée par les tribunaux au profit de ce que le demandeur a pris à tort pour la réalité »¹⁸⁹. Ainsi, en décidant que l'apparence de mandat ne devait pas préjudicier aux intérêts des tiers, la jurisprudence a créé une règle spéciale dérogeant à l'article 1998 du code civil : « En fait de mandat, croyance légitime vaut titre »¹⁹⁰. Le droit fiscal fournit lui aussi des illustrations de son utilisation, particulièrement à travers le problème du contribuable apparent¹⁹¹. Le droit commercial¹⁹², le droit international privé¹⁹³ et même le droit administratif¹⁹⁴ envisagent également la prise en compte d'une apparence afin d'« associer des effets de droit à une situation ostensible malgré son caractère trompeur »¹⁹⁵. D'origine essentiellement prétorienne, l'apparence trompeuse figure d'ailleurs désormais dans certaines dispositions écrites¹⁹⁶.

¹⁸⁷ La formule est empruntée à M. Boudot, *Apparence, Rép. civ. Dalloz*, 2003, mise à jour 2011, n° 16.

¹⁸⁸ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1994, n° 860.

¹⁸⁹ M. de Gaudemaris, *Théorie de l'apparence et sociétés*, Rev. sociétés 1991, p. 465, n° 2.

¹⁹⁰ J. Leauté, *Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence*, RTDciv. 1947, p. 288 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Contrats spéciaux*, Defrénois 2011, 5^e éd., n° 580. La jurisprudence a d'abord considéré que « le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ce pouvoir » (Cass. ass. plén., 13 déc. 1962, D. 1963, p. 277, note J. Calais-Auloy, JCP 1963. II. 13105, note P. Esmein, RTDciv. 1963, p. 372 et s., obs. G. Cornu, GAJC, t. 2, n° 281, p. 778). Ensuite le tiers fut dispensé de « vérifier lesdits pouvoirs » (Cass. civ. 1, 29 avr. 1969, JCP 1969. II. 15792, RTDciv. 1969, p. 804, obs. G. Cornu).

¹⁹¹ V. pour une analyse générale : F. Durand, *L'apparence en droit fiscal*, LGDJ, 2009, préf. T. Schmitt, avant-propos de F. Deboissy. L'auteur explique que seule l'apparence trompeuse permet d'identifier une véritable notion d'apparence. Au contraire, lorsque l'apparence est détachée de son aspect « d'illusion », elle se confond avec d'autres concepts juridiques (v. n° 18). –Adde : F. Deboissy, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ, 1997, préf. M. Cozian, n° 1042 et s.

¹⁹² J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, préc.

¹⁹³ M.-N. Jobard-Bachelier, *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, LGDJ, 1984, préf. P. Lagarde. L'auteur défend l'idée d'une exception d'ignorance excusable du droit applicable.

¹⁹⁴ E. Jouve, *Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français*, RDP 1968, n° 2, p. 283.

¹⁹⁵ F. Durand, *L'apparence en droit fiscal*, préc., n° 10.

¹⁹⁶ L'article 20, al. 3 du Code civil dispose ainsi que « l'établissement de la qualité de Français postérieurement à la naissance ne porte pas atteinte à la validité des actes antérieurement passés par l'intéressé ni aux droits antérieurement acquis à des tiers sur le fondement de la nationalité apparente de l'enfant ». Le projet de réforme du droit des obligations, tel que rédigé par la Chancellerie (V. A. Ghozi, Y. Lequette, *La réforme du droit des contrats*, D. 2008, p. 2609 et s. ; Ph. Malinvaud, *Le « contenu certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le « stoemp » bruxellois aux légumes*, D. 2008, p. 2551 et s.) apporte en son article 39 une ratification des procédés correctifs applicables en matière d'apparence de pouvoirs :

35. Des éléments constitutifs communs. Si certains auteurs insistent sur le caractère protéiforme de la notion d'apparence¹⁹⁷, la doctrine relève néanmoins la présence de certains traits communs, indépendants du domaine dans lequel elle intervient. Ainsi est-il possible de considérer que ce mécanisme suppose la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral¹⁹⁸.

D'une part, l'apparence correspond toujours à quelque chose de visible, d'ostensible. En d'autres termes, l'apparence revêt d'abord une coloration matérielle¹⁹⁹; elle repose nécessairement sur une situation extérieure objective. D'autre part, l'individu qui se prévaut de l'apparence trompeuse doit avoir commis une erreur et donc ignorer la situation véritable. Trompeuse, l'apparence suppose ainsi une croyance erronée. Cependant, l'erreur commise par le tiers doit comporter certains caractères, dépassant la bonne foi strictement entendue²⁰⁰. La jurisprudence exige selon les cas une erreur légitime, commune voire invincible²⁰¹.

En définitive, l'apparence trompeuse suppose que soient constatées « une situation de fait visible, provoquant une croyance erronée »²⁰². Cette proposition générale peut-elle convenir au droit pénal ?

36. La transposition au droit pénal. L'apparence trompeuse est couramment utilisée en matière pénale. L'erreur de fait²⁰³ en fournit l'illustration par le biais du consentement apparent : « le consentement apparent est celui dont l'existence n'est pas rapportée mais

« L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, en raison notamment du comportement ou des déclarations du représenté. Lorsqu'il ne savait pas que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité. L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié ».

¹⁹⁷ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1994, n° 861 ; Y. Loussouarn, obs. sous Cass. civ. 1, 29 avr. 1969, RTDciv. 1969, p. 767 et s., spéc., p. 767.

¹⁹⁸ F. Deboissy, *La simulation en droit fiscal*, préc., n° 1053 et s. ; J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, T. I (Introduction générale)*, préc., n° 862 et s. ; L.-A. Vincent, *La théorie de l'apparence*, Mélanges R. Mart, Université libre de Bruxelles, Ed. Larcier, 1957, p. 156 et s., spéc. n° 1. –*Contra* : A. Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, préc., n° 902. L'auteur conteste la répartition des composantes de l'apparence. « En effet, ce qui est décrit comme l'élément matériel de la théorie de l'apparence n'est autre que l'ensemble des circonstances qui rendent légitime l'erreur du tiers. Un seul critère devrait être dégagé qui réside dans la notion de croyance légitime de la personne trompée » (*ibid.*, n° 881). Cependant, les deux présentations ne semblent pas incompatibles en admettant que l'élément matériel soit la source de détermination de l'élément moral. Ce schéma n'est pas rare en droit pénal puisque les éléments constitutifs de l'infraction, également répartis en deux catégories –élément matériel et élément moral–, interagissent inévitablement. Les infractions de détournement en sont d'ailleurs l'illustration flagrante.

¹⁹⁹ P. Voirin, note sous CA Bordeaux 10 déc. 1928, DP. 1929. 2. 81.

²⁰⁰ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, préc., n° 864.

²⁰¹ Le droit fiscal propose toutefois une vision plus souple de cette condition à l'égard du fisc en se contentant de la simple ignorance de la situation occulte. V. F. Deboissy, *La simulation en droit fiscal*, préc., n° 1077.

²⁰² J. Ghestin et G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, n° 793.

²⁰³ Sur laquelle, v. notamment, E. Dreyer, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 825.

auquel l'auteur a raisonnablement pu croire »²⁰⁴. Ici encore, l'apparence suppose la réunion de deux composantes, l'une matérielle –« l'ostensible, contraire à la réalité »²⁰⁵– l'autre psychologique –« l'erreur commise par celui ou par ceux qui ont été confrontés à cet ostensible et qui, à sa vue, ont cru à l'existence de la réalité »²⁰⁶.

Cette même notion est parfois plutôt utilisée dans un sens répressif, afin de remédier à l'absence d'une condition de l'infraction. L'idée a, il est vrai de prime abord, de quoi convaincre. Le délinquant qui croit toutes les composantes d'une infraction réunies et qui malgré tout, passe à l'acte, semble tout autant mériter la sanction que si l'infraction était effectivement constituée. Plus spécifiquement, il pourrait être concevable d'envisager le contrat, élément constitutif d'une infraction, par la seule considération de ces deux composantes matérielle et morale, indépendamment de son existence véritable. Pourtant, cette explication doit rapidement être rejetée.

B- Les limites de l'apparence trompeuse

37. Une incompatibilité avec les directives du droit pénal. De manière générale, la doctrine s'accorde à définir l'infraction comme tout fait interdit par la loi pénale sous la menace d'une peine²⁰⁷. Or, toute infraction requiert, pour être constituée, la présence concomitante d'un élément matériel et d'un élément moral²⁰⁸. L'appréciation de ces éléments implique d'organiser leur examen l'un par rapport à l'autre. Schématiquement, le premier décrit la matérialité de l'incrimination²⁰⁹, le second indique la faute commise en visant l'état d'esprit de l'agent. Plus précisément, l'élément matériel exige, pour que l'infraction soit consommée, la réunion d'un fait matériel, d'un résultat²¹⁰ et d'un lien de causalité entre les

²⁰⁴ X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, préc., n° 188.

²⁰⁵ Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, th. Grenoble, 1984, n° 80.

²⁰⁶ *Ibidem*

²⁰⁷ R. Bernardini, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, n° 401 et 458 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz 2011, 22^{ème} éd., n° 369 ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., A. Colin, 2004, n° 215 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas 1997, 7^{ème} éd., p. 772 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, 18^{ème} éd., Cujas, 2010, n° 461.

²⁰⁸ Pour une présentation des différentes approches –subjectives et objectives– de l'infraction, v. F. Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz NBT, 2009, préf., J.-Ch. Saint-Pau.

²⁰⁹ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 3^{ème} éd. mise à jour, PUF, 2010, n° 151 ; X. Pin, *Droit pénal général*, préc., n° 143.

²¹⁰ Pour une présentation des différentes propositions de l'intégration du résultat parmi les composantes de l'infraction, v. J.-Y. Maréchal, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan 2003, préf., A. Prothais, n° 130 et s.

deux²¹¹. En vertu du principe de concordance entre l'élément matériel et l'élément moral de l'infraction²¹², la faute intentionnelle suppose une tension de la volonté vers l'acte et le résultat décrits par l'incrimination²¹³. Cela suppose nécessairement une « conscience matérielle »²¹⁴ de l'agent, c'est-à-dire une exacte représentation de la réalité²¹⁵. Concordants, ces deux éléments constitutifs de l'infraction doivent pour autant ne pas être confondus. Or, l'apparence trompeuse risquerait d'aboutir, si on l'admettait à propos du contrat, à nier cette distinction en cas d'erreur du délinquant. En effet, « n'est-ce pas la croyance du délinquant en l'existence d'une composante matérielle de l'infraction qui permet d'affirmer que l'élément matériel exigé par le texte d'incrimination est caractérisé ? »²¹⁶. Par conséquent, l'existence de l'élément matériel serait établie à partir de la croyance erronée de l'auteur et non pas par un constat objectif de la réalité. Cette croyance permettrait ainsi de constituer à la fois l'élément matériel et l'élément moral d'une infraction contractuelle intentionnelle. Cette confusion ne peut satisfaire, qui permettrait d'admettre l'infraction putative²¹⁷, par principe exclue du droit pénal²¹⁸.

De plus, et de manière plus pragmatique, l'admission de l'apparence trompeuse de contrat interroge sur la précision de la répression. Un seul exemple suffira à se convaincre de l'excessif aléa inextricablement lié à une telle méthode. Ainsi, la qualification du contrat –à supposer même que son existence soit établie– ne peut dépendre que de la croyance de l'individu trompé. Par conséquent, une situation laissant augurer une hésitation entre un contrat d'entreprise et un contrat de travail sera qualifiée uniquement en fonction de l'élément moral de l'apparence. Il est alors impossible d'ignorer les répercussions d'un tel procédé. La plupart des infractions du droit pénal du travail dépendent, en effet, de la qualification de

²¹¹ L'importance de ces composantes varie nécessairement selon la nature de l'infraction. V. pour la variation du rôle du lien causal : Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 344.

²¹² V. pour une illustration concrète de la portée de ce principe, M. Culioli, P. Gioanni, *Empoisonnement, Rép. pén. Dalloz*, 2005, n° 108 ; V. Malabat, J.-Ch. Saint-Pau, *Le droit pénal malade du sang contaminé*, Dr. pén. 2003, chron. n° 2.

²¹³ Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., p. 204. V. également X. Pin, *Droit pénal général*, préc., n° 171 : « L'intention consiste dans la volonté de commettre l'infraction telle qu'elle est déterminée par la loi ».

²¹⁴ F. Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, préc., n° 389 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, préc., n° 201.

²¹⁵ A défaut de laquelle, une erreur de fait pourra être constatée, privant ainsi l'infraction d'élément moral V. notamment, Y. Mayaud, *Droit pénal général*, préc., n° 201 : « Autant la conscience relève de l'imputabilité, autant la connaissance participe de l'élément moral et rentre dans la culpabilité ».

²¹⁶ Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 92.

²¹⁷ En ce sens, Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 92.

²¹⁸ V. F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Economica, 2009, n° 456. Le droit pénal répugne, par principe, également à admettre un fait justificatif s'il n'existe que dans l'imagination de l'auteur de l'infraction. V. par exemple pour la légitime défense putative, R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 455.

contrat de travail²¹⁹. Admettre l'apparence trompeuse telle qu'ainsi présentée reviendrait à soumettre la répression à la seule croyance d'un individu.

38. Une inadéquation avec les affirmations jurisprudentielles. La Cour de cassation, en se prononçant en faveur de l'indifférence à l'irrégularité du contrat visé par l'infraction²²⁰, s'est attirée les foudres de la doctrine non pénaliste. Symbole de l'autonomie inacceptable du droit pénal, cette prise de position devait trouver un fondement rationnel. C'est pourquoi des auteurs proposèrent de lire, dans les premiers arrêts rendus en la matière, des références à la théorie de l'apparence trompeuse. Ainsi, le délit de détournement de gage, qui suppose un gage²²¹, serait constitué dès lors que « l'inculpé n'en ait pu douter, même si au regard de la loi civile, ce gage était nul »²²². Ces arrêts témoigneraient implicitement d'un « souci de caractériser d'une part, l'élément matériel et d'autre part, l'élément psychologique de l'apparence trompeuse : il y a eu, dans les faits, conclusion d'un contrat entre les parties, et ces circonstances qui caractérisent l'élément matériel de l'apparence ont été telles que le débiteur a cru à la régularité de ce gage, s'est cru lié par une convention de ce type, ce qui caractérise l'élément psychologique de l'apparence trompeuse »²²³.

Pourtant, à bien relire les arrêts relatifs à la régularité du contrat de gage, et plus généralement ceux se prononçant sur les autres infractions contractuelles, il paraît impossible d'affirmer que la jurisprudence entende faire de l'erreur du délinquant une condition de la prise en compte d'un contrat irrégulier. Les juges se contentent en effet de rappeler, par des formules devenues de style, que les conditions de régularité du contrat sont sans conséquence sur la répression du délit²²⁴. L'incompatibilité de l'apparence trompeuse avec certains principes du droit pénal se conjugue ainsi avec l'absence de sa consécration jurisprudentielle à propos de la composante contractuelle des infractions. Cette inadéquation manifeste finit de convaincre sur la nécessité de rechercher à adapter l'apparence trompeuse aux consignes du

²¹⁹ V. *infra*, n° 134 et s.

²²⁰ Pour le prononcé de l'indifférence à l'irrégularité du contrat, v. Cass. crim., 9 juil. 1857, DP. 1857. 1. 379 ; 12 nov. 1909, Bull. crim., n° 519 ; 18 févr. 1937, DP. 1937. 1. 56, RSC 1937, p. 492, obs. H. Donnedieu de Vabres ; 25 janv. 1950, Bull. crim., n° 27 (abus de confiance). T. corr. Seine, 5 juil. 1934, DH. 1934. 567 ; 30 avr. 1958, GP 1958. 2. 35 ; Cass. crim., 24 juil. 1963, Bull. crim., n° 263 ; 26 févr. 1970, *ibid.*, n° 79, D. 1970, somm. p. 124, JCP 1970. II. 16446 ; 10 mars 1976, Bull. crim., n° 89, GP 1976. 2. 460 ; CA Bordeaux, 10 oct. 2000, BICC. 2001. 323 (détournement de gage). Cass. crim., 7 avr. 1859, D. 1863, 5, p. 168 (escroquerie). Cass. crim., 12 janv. 2000, Bull. crim., n° 15, D. 2001, p. 813, note J.-Y. Maréchal, Dr. pén. 2000, comm. 69, note M. Véron, RSC 2000, p. 614, obs. R. Ottenhof (abus frauduleux de l'état d'ignorance et de faiblesse).

²²¹ V. sur la qualification de cet élément contractuel, *infra*, n° 131 et s.

²²² P.-A. Pageaud, note sous Trib. corr. Seine, 12 oct. 1955, D. 1956, p. 260.

²²³ Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 44, p.62.

²²⁴ « La validité du gage dans ses conséquences civiles ou commerciales n'est pas une condition nécessaire à l'application de la loi pénale » : CA Douai, 6 janv. 1989, D. 1991. somm. p. 64, obs. G. Azibert ; T. Corr. Seine, 5 juil. 1934, préc. ; 27 janv. 1966, préc.

droit pénal, en modulant les exigences relatives à son élément psychologique. Pour autant, cet aménagement peut ne pas convaincre non plus.

39. Un aménagement inutile de la théorie classique. L'adaptation de l'apparence trompeuse aux particularités de la matière consiste à remplacer la condition de l'erreur effective par l'erreur potentielle. Ainsi, une présentation nouvelle de l'apparence trompeuse peut être proposée, qui la considère constituée « lorsqu'un observateur même au courant de la réalité pourra en conclure qu'elle est capable d'engendrer l'erreur d'un autre individu qui, lui, n'en aurait pas la pré-connaissance »²²⁵. C'est alors la capacité de l'apparence à provoquer une erreur qui doit être prise en compte et non l'erreur effectivement commise par un individu²²⁶. Cette proposition n'est pas sans rappeler les évolutions jurisprudentielles et doctrinales manifestées dans les autres disciplines²²⁷ et présente l'avantage de mettre fin à la confusion entre les éléments constitutifs d'une infraction²²⁸. En effet, une telle approche permet de faire totalement fi de la perception du délinquant ; seule l'erreur qu'aurait pu commettre un modèle abstrait de référence dans les mêmes circonstances doit compter²²⁹. Par conséquent, l'élément moral peut se dissocier de l'élément matériel de l'infraction sans empêcher pour autant de caractériser l'apparence de contrat.

Cependant, pas plus que la version originelle de l'apparence trompeuse, l'approche nouvelle ne fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle. En effet, la Chambre criminelle n'offre aucune illustration de la prise en compte, pour apprécier l'élément contractuel, de l'aptitude de la situation à provoquer une erreur²³⁰. Ainsi, le juge pénal semble, plus radicalement, faire

²²⁵ Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 124. « Ce qui compte c'est que l'erreur soit trompeuse et non, comme dans la théorie classique, qu'elle ait trompé » (*ibid.*, n° 124).

²²⁶ « Il suffit [...] que l'acte présente extérieurement un caractère suffisant de régularité, de telle sorte qu'un individu d'intelligence moyenne [...] puisse raisonnablement s'y tromper » : J. Piedelièvre, *Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble*, th. Paris, 1911, p. 490.

²²⁷ Très rapidement mais de manière irrégulière, la jurisprudence civile a fait appel à la notion d'erreur commune (V. l'historique présenté par L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1990, préf. M. Gobert, n° 81 et s.). Abordée de manière subjective, ladite erreur commune renvoie à celle « qui ait pu être commise par un homme raisonnable » (H. Mazeaud, *La maxime 'error communis facit jus'*, RTDciv. 1924, p. 929 et s., spéc., p. 936). Pour être caractérisée, elle suppose la présence « d'un faisceau de circonstances » (J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, préc., n° 862) à même de tromper l'être le plus méfiant. L'évolution du droit pénal n'est ainsi pas marginale, qui correspond à une tendance plus générale de l'apparence trompeuse. Néanmoins, le recours à l'erreur commune ne fait l'unanimité ni en doctrine ni en jurisprudence. V. A. Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, préc., n° 880 et s.

²²⁸ V. *supra*, n° 37.

²²⁹ V. Malabat, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, th. Bordeaux IV, 1999, spéc. n° 5 et s. pour une présentation du prototype de référence.

²³⁰ La plupart des décisions se contentent en effet d'affirmer le principe de l'indifférence à l'irrégularité du contrat sans se soucier de la capacité de la situation à engendrer une erreur. V. par ex. Cass. crim. 9 juil. 1857, préc. : « Le vice du contrat en vertu duquel sont détenus les biens frauduleusement détournés ne met pas obstacle à la poursuite pour abus de confiance ».

complètement abstraction de l'idée d'erreur, que celle-ci soit effective ou seulement potentielle.

40. La suppression nécessaire du caractère trompeur. En définitive, l'ensemble de la critique de l'apparence trompeuse se cristallise autour de sa composante subjective. Il semble en effet impossible de faire fi de l'ignorance jurisprudentielle du mécanisme et de son inadaptation aux spécificités de la matière. En revanche, toute référence à cet élément supprimée, le droit pénal devrait pouvoir envisager une réception de la théorie de l'apparence. Cela suppose alors d'adhérer au mécanisme de l'apparence dite objective.

§2- Le rejet de la théorie de l'apparence objective

41. Les spécificités de l'apparence objective. L'apparence objective est aujourd'hui connue sous une formule qui la postule acquise dès lors que « tout s'est passé comme si l'entité juridique envisagée avait été juridiquement réelle »²³¹. Cela suppose, par conséquent, la comparaison de l'entité non parvenue à la vie juridique à celle qui réunit toutes les composantes juridiques²³². Autrement dit, il faut d'une part, que soient constatées une entité matérielle –une apparition²³³ ou encore une réalité sensible²³⁴– et une irréalité juridique. D'autre part, l'apparence suppose un certain seuil de ressemblance avec l'entité juridique. Exiger que tout se soit matériellement passé comme si l'entité juridique avait réellement existé revient, pour le contrat, à requérir l'extériorisation de ses éléments de constitution sans se soucier des éléments de sa régularité. Plus concrètement, le fait qu'un contrat ait une cause ou un objet illicite et soit donc nul ne doit avoir aucune incidence sur la qualification de l'apparence de contrat dès lors que « des faits de passation²³⁵ reflétant matériellement

²³¹ V. notamment, B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 805. La formule initiale doit être attribuée au Professeur Conte pour qui « il y aura apparence objective lorsque tout se sera extérieurement passé, dans l'univers matériel, comme cela se serait passé si l'entité juridique dont on entend établir l'apparence, avait été juridiquement réelle », (*L'apparence en matière pénale*, préc., n° 609).

²³² Certains auteurs emploient la formule d'apparence objective pour évoquer la condition de l'erreur commune dans l'apparence trompeuse. En faisant référence à l'erreur commise par le plus grand nombre, l'apparence accentuerait son aspect objectif. V. J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, préc., n° 851 : « C'est l'erreur commise par la masse. Ainsi conçue, la notion est objective ». –Adde : J.-P. Arrighi, *Apparence et réalité en droit privé*, th. Nice, 1974, n° 208 : « Mais au fond que prouve-t-on ainsi, sinon la matérialité de l'apparence ? ».

²³³ Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, th. préc., n° 124 et 593 et s.

²³⁴ R. Vouin, *La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé*, Th. Bordeaux, 1939, n° 241.

²³⁵ L'expression est empruntée à J. Piedelièvre, *Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble*, Th. Paris, 1911, pp. 302, 307, 412.

l'échange des consentements n'en seront pas affectés »²³⁶. Ainsi, l'appréciation de la ressemblance entre l'apparition et le réel s'effectue sans référence à l'état d'esprit d'un individu. Dénuée de toute subjectivité, cette forme d'apparence paraît alors être compatible avec le droit pénal et pouvoir recevoir l'aval du raisonnement jurisprudentiel.

42. Le recours à la position jurisprudentielle. Les partisans d'une telle conception l'estiment ratifiée par la Chambre criminelle²³⁷. En se prononçant clairement en faveur de l'indifférence à la nullité du contrat, le juge pénal opérerait pour l'apparence objective de contrat. L'on s'accorde alors à citer les premiers arrêts se prononçant en ce sens, plus diserts que les suivants. Dans l'hypothèse d'un contrat de mandat nul pour cause illicite, la Cour de cassation est ainsi entrée en voie de condamnation pour abus de confiance observant que s'« il est constant que le contrat de mandat [est] intervenu [...] [et s'il] ne saurait produire ses effets civils, parce qu'il avait pour cause une exploitation de jeux, il n'en est pas moins certain que C. a reçu, pour le compte de S., des sommes d'argent qu'il avait charge de lui remettre et qu'il a détournées »²³⁸. La même solution est appliquée au délit de détournement de gage pour lequel les juges considèrent que « la poursuite exercée en vertu de l'article 400, alinéa 5, prend sa source, non dans le contrat lui-même, mais dans le délit de détournement frauduleux de la chose, qui, en exécution de ce contrat, qu'elle qu'en soit la valeur, a été confiée à titre précaire au prévenu »²³⁹. Une directive d'interprétation de ces arrêts est alors proposée, qui réside dans l'indifférence à l'irrégularité du contrat dès lors que tout s'est matériellement passé comme si le contrat avait été valable. Ainsi, la jurisprudence soumettrait la répression des infractions contractuelles au constat d'une apparence objective de contrat.

²³⁶ Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 613. « Par entité matérielle, il faut entendre plus précisément ici les « faits de passation » qui auront reflété dans le monde matériel l'effort des parties pour constituer cette entité juridique ; ces faits de passation consisteront plus exactement, compte tenu du principe du consensualisme, en l'échange dans les faits, des consentements –mais l'on conçoit ainsi que, dans un système juridique soumettant la constitution d'un contrat à des conditions différentes, les faits de passation seraient du même coup d'une nature elle-même différente » (*ibid.*, n° 577).

²³⁷ En ce sens, Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 761 et s. ; Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 551 ; B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 805 et s. ; V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 192 et s.

²³⁸ Cass. crim., 12 nov. 1909, S. 1913.1.285.

²³⁹ V. Cass. crim., 25 juil. 1912, S. 1914, 1 p. 116 ; 25 juil. 1927, S. 1929.1.153 ; 26 fév. 1970, Bull. crim., n° 79. V. dans le même sens, Cass. crim., 24 juil. 1963, Bull. crim., n° 263 ; 10 mars 1976, *ibid.*, n° 89, GP 1976.2.460 : « l'inscription du contrat de nantissement est une formalité de publicité qui a pour but d'aviser les tiers ; son omission est sans effet, malgré la sanction de nullité qui est attachée par la loi, dans les rapports du débiteur donneur de gage et du créancier, ce débiteur étant tenu par la seule existence du contrat des obligations qui lui incombent ».

43. Appréciation de la proposition. Une telle proposition a , de prime abord, de quoiséduire puisqu'elle paraît pouvoir expliquer la prise de position jurisprudentielle en dépassant le simple constat d'une autonomie du droit pénal. Certes propre à la matière pénale, cette solution reposerait toutefois sur une approche rationnelle et systématisée²⁴⁰ de l'indifférence à l'irrégularité du contrat. L'application de la théorie de l'apparence objective à l'élément contractuel révèle cependant des écueils qui doivent, malgré le consensus apparemment trouvé, conduire à son exclusion de l'appréciation des infractions contractuelles. Deux raisons militent en faveur de son rejet, qui résident dans la définition même de contrat apparent (A) et dans le rôle qui lui est assigné (B).

A- Les carences de la définition du contrat objectivement apparent

44. Une double imprécision. D'une part, si le principe de la comparaison entre entité matérielle et entité juridique peut convaincre, cela suppose d'identifier de manière précise le seuil de ressemblance emportant la qualification de contrat apparent. Or, mise à l'épreuve, la définition de l'apparence de contrat révèle ses incertitudes. En effet, d'une part, comment parvenir à distinguer un contrat d'autres types d'accords en se référant à de simples faits de passation ? D'autre part, le simple renvoi à l'échange des consentements peut-il permettre d'identifier précisément le contrat visé par l'infraction ?

45. La délicate identification d'un contrat apparent. En présence d'une infraction contractuelle, la première mission du juge pénal consiste à identifier la composante contractuelle. Pour cela, il devra nécessairement identifier un accord entre plusieurs individus. *A priori*, la définition du contrat apparent prend acte de cette exigence en considérant l'échange de consentements comme indispensable²⁴¹. Indispensable, cette composante de l'apparence constitue d'ailleurs l'unique élément permettant de reconnaître l'apparence d'un contrat²⁴². Or, de nombreuses infractions contractuelles affichent clairement dans l'incrimination la référence à un contrat précis. D'ailleurs, même celles ne mentionnant pas de

²⁴⁰ L'atout majeur de l'apparence objective réside dans la généralité du système qu'elle met en place, qui dépasse la simple sphère contractuelle. Le mécanisme comparatif permet ainsi de déceler le seuil de répression des infractions visant un fonctionnaire, un chèque ou encore un péril.

²⁴¹ V. *supra*, n° 41.

²⁴² Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 577.

contrats nommés²⁴³ dépassent le stade du simple échange de consentements, en exigeant un engagement des parties²⁴⁴. Un obstacle semble ainsi barrer la route à la constatation d'un contrat apparent : comment identifier par le simple constat d'un échange de consentements que les parties se sont engagées ? Cela revient à s'interroger sur la distinction entre le contrat et les accords de volontés qui n'engendrent aucune obligation à l'égard des parties ayant pourtant échangé leurs consentements²⁴⁵. Faut-il admettre que tous ces accords tombent sous le coup des infractions contractuelles dès lors que des faits de passation ont pu être identifiés ? La largesse d'une telle vision du champ pénal supposerait davantage de justification pour être admise²⁴⁶. D'ailleurs, la Chambre criminelle, pourtant associée à l'apparence objective par les défenseurs de cette théorie, semble dépasser le simple stade des faits de passation pour comparer le contrat irrégulier soumis et la composante contractuelle de l'infraction. En constatant que le prévenu avait « reçu pour le compte d' [autrui] des sommes d'argent qu'il avait charge de lui remettre »²⁴⁷, les juges veillent ainsi à rechercher l'engagement des parties en plus de leur accord. Il faudrait dès lors considérer le contrat apparent comme dépassant les simples faits de passation ou admettre que cette formule englobe non seulement l'échange de consentements mais également l'objet de cet accord²⁴⁸. Ceci permettrait ainsi de déterminer non seulement que l'on est en présence d'un contrat, et non d'un simple accord de volonté non créateur d'obligation, mais aussi le type de contrat concerné. Autrement dit, cela permet l'identification *du* contrat.

46. La délicate identification du contrat apparent. Si les infractions contractuelles innommées autorisent une certaine souplesse dans l'appréciation de la nature du contrat, celles mentionnant expressément un contrat nommé parmi les éléments constitutifs imposent davantage de rigueur²⁴⁹. Cela suppose naturellement de dépasser le simple constat de l'échange des consentements afin de déterminer précisément la qualification adéquate. L'opération de qualification contractuelle, transposée à la matière pénale, conserve en effet un

²⁴³ Le degré de précision de la composante matérielle permet ainsi de distinguer les infractions contractuelles visant un contrat nommé –les infractions contractuelles nommées– et celles que l'on peut qualifier d'innommées, en ce qu'aucun contrat précis et connu des autres disciplines n'est précisément requis dans l'incrimination. V. pour l'impact de cette distinction sur la qualification de l'élément contractuel, *infra*, n° 125 et s.

²⁴⁴ L'escroquerie, envisagée dans son acception contractuelle, fournit probablement l'un des exemples les plus significatifs d'une telle exigence, en soumettant la consommation de l'infraction à la remise d'un consentement à un acte opérant obligation (C. pén., art. 313-1).

²⁴⁵ Cette catégorie d'accords de volonté vise traditionnellement les actes de courtoisie, de complaisance ou encore les engagements d'honneur, sur lesquels v. *infra*, n° 98.

²⁴⁶ V. *infra*, n° 94 et s.

²⁴⁷ Cass. crim., 12 nov. 1909, S. 1913.1.285.

²⁴⁸ Sur cette notion d'objet, v. *infra*, n° 92.

²⁴⁹ Pour une présentation de l'incidence de cette dichotomie sur la qualification du contrat, v. *infra*, n° 125 et s.

enjeu décisif : la répression des infractions contractuelles nommées dépend de l'identification précise du contrat en cause. Ainsi, les infractions visant comme composante la vente, le gage ou encore le contrat de travail commandent la recherche des éléments d'identification de ces contrats précis²⁵⁰. Le juge pénal s'impose nettement une telle rigueur en refusant par exemple de considérer le délit de détournement de gage²⁵¹ comme constitué en présence notamment d'un privilège²⁵². D'ailleurs, même en présence d'un contrat nul, la jurisprudence affirme explicitement la nécessité d'une qualification de l'élément contractuel nommé requis²⁵³.

Ainsi, l'explication de la jurisprudence par l'apparence objective implique d'entendre la formule « faits de passation » comme dépassant le simple échange des consentements afin d'englober l'ensemble des éléments permettant d'identifier à la fois que l'opération est contractuelle mais également le contrat requis. Cependant, même ainsi remaniée, la notion de contrat apparent opposerait des limites à l'appréciation satisfaisante de la composante contractuelle d'une infraction, et ce, de par le rôle qui lui est attribué.

B- Les insuffisances du rôle du contrat objectivement apparent

47. Un rôle palliatif et facultatif. Même si la définition de l'apparence objective, ainsi précisée, pouvait satisfaire, le rôle qui lui est attribué en droit pénal reste timidement « curatif ». Les défenseurs de la théorie considèrent en effet pour plusieurs raisons que cette vision de la composante infractionnelle, et pour ce qui nous intéresse de l'entité contractuelle, doit rester un palliatif éventuel de l'entité irrégulière. L'apparence objective repose ainsi sur deux caractéristiques : elle est un palliatif et ce palliatif est facultatif. Or, l'une (1) comme l'autre (2) de ces particularités emportent la critique concernant le contrat apparent.

²⁵⁰ V. pour l'opération de qualification de ce type d'infractions contractuelles, *infra*, n° 125 et s.

²⁵¹ C. pén., art. 314-5 : « Le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende ».

²⁵² CA Orléans, 8 nov. 1957, JCP 1958. I. 10383.

²⁵³ Dans le même arrêt que celui cité en témoin de l'application de l'apparence objective (Cass. crim., 12 nov. 1909, préc.), la Cour de cassation énonce que « le contrat de mandat [est] intervenu ».

1) La condamnation du rôle palliatif²⁵⁴ de l'apparence objective

48. Les atouts revendiqués du rôle palliatif de l'apparence objective. La vocation de la théorie de l'apparence, même dans sa conception objective, n'est en aucun cas de proposer une définition positive et générale de la composante contractuelle d'une infraction. Refusant de reconnaître l'élément contractuel comme spécifique, les défenseurs de l'apparence objective considèrent que son usage doit être circonscrit. Ainsi, l'entité apparente n'est pas l'élément requis par le législateur mais seulement un remède proposé en cas de défaillance de l'entité juridique. Autrement dit, l'infraction contractuelle est perçue comme supposant un véritable contrat mais pourra toutefois être caractérisée si l'entité irrégulière présente l'apparence de l'entité juridique visée. En somme, « il ne s'agit donc pas de l'apparence objective considérée en tant qu'élément de légalité, mais de l'apparence d'un élément de la légalité »²⁵⁵. Ce postulat aurait alors pour principal avantage de ne pas distinguer, par principe, le contrat de l'élément contractuel. Autrement dit, en présence d'une infraction contractuelle, le juge pénal doit par principe rechercher un contrat conformément aux règles contractuelles. Ce n'est que si ce dernier révèle une irrégularité qu'il pourra se contenter d'une apparence.

Certes dépendante du modèle extra-pénal, cette théorie est toutefois présentée comme « à l'évidence réaliste »²⁵⁶ par le mécanisme d'assimilation mis en place. En effet, en cas d'irrégularité du contrat, l'apparence de ce dernier sera assimilée à la réalité juridique correspondante, c'est-à-dire à un contrat pleinement efficace²⁵⁷. L'inexécution contractuelle pénalement répréhensible²⁵⁸ reposera donc toujours sur une remise faite en vertu d'un contrat tel qu'il est défini par le droit civil²⁵⁹.

Ainsi, les atouts manifestes de la théorie de l'apparence objective résideraient dans l'équilibre trouvé entre le respect du principe de légalité et le nécessaire réalisme du droit pénal. Pourtant, certaines limites empêchent ce mécanisme de pleinement satisfaire.

²⁵⁴ Le terme est d'ailleurs employé par les défenseurs de la théorie de l'apparence, telle qu'appliquée à la matière contractuelle : A. Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, préc., n° 879.

²⁵⁵ Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 659.

²⁵⁶ Ph. Conte, *ibid.*, n° 665.

²⁵⁷ Ph. Conte, *ibid.*, n° 663.

²⁵⁸ Sur laquelle, v. *infra*, n° 331 et s.

²⁵⁹ Entendu *lato sensu*, c'est-à-dire dans le sens de « matière contractuelle » qui peut englober des considérations commerciales ou sociales selon la nature du contrat en cause.

49. Les limites manifestes du rôle palliatif de l'apparence objective. Sans nier l'ingéniosité des rectificatifs apportés à la très discutée théorie de l'apparence trompeuse²⁶⁰, il semble falloir reconnaître l'insuffisance de l'apparence objective dans l'appréciation du contrat en droit pénal. Deux raisons militent en faveur de ce constat, qui résident dans ses caractères artificiel et réducteur.

50. Le caractère artificiel du rôle palliatif. La présentation du rôle palliatif et de ses atouts manifeste l'artifice qui l'habite. En effet, les défenseurs de cette théorie affirment qu'elle participe au réalisme du droit pénal²⁶¹, ce dont il est permis de douter. En considérant l'entité apparente –et donc par définition irrégulière– comme assimilée à l'entité juridique correspondante, l'apparence objective aboutit à faire comme si l'entité apparente avait réellement existé. Ce processus conduit alors nécessairement à nier la réalité –l'irrégularité du contrat– pour tenir compte d'une entité faussement caractérisée –le contrat requis par l'incrimination. L'auteur même de cette théorie en matière pénale concède d'ailleurs la qualification de fiction²⁶². Toutefois, cette dernière serait, selon lui, admissible dans la mesure de son utilité²⁶³ et de son harmonie avec les impératifs de la matière. Comment alors défendre le réalisme d'un tel procédé ? Nécessairement artificiel, le processus de l'assimilation du contrat apparent au contrat efficace pourrait éventuellement être admis, à défaut d'une autre proposition –il serait donc utile– d'une part, et sans autre défaut d'autre part. Pourtant, il semble impossible de nier le caractère réducteur du rôle palliatif de l'apparence objective.

51. Le caractère réducteur du rôle palliatif. L'un des postulats de cette version de l'apparence consiste à considérer que le contrat requis par le texte d'incrimination ne recèle aucune particularité. En d'autres termes, le droit pénal se soumettrait, en visant un contrat dans une infraction, aux règles contractuelles classiquement applicables. Par conséquent, l'élément contractuel consisterait en un contrat pleinement efficace et donc pleinement valable²⁶⁴. Cette directive suppose, pour être admise, de pouvoir englober l'ensemble des infractions concernées par l'immixtion d'une composante contractuelle. Or, nombre d'entre

²⁶⁰ Au moins en ce qui concerne son application en matière pénale puisqu'on l'a vu (*supra*, n° 37), les principales critiques formulées à son encontre résident dans des principes propres à cette matière.

²⁶¹ Sur lequel v. *infra*, n° 162.

²⁶² Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 666.

²⁶³ Le droit fiscal propose une illustration semblable de la contradiction entre le réalisme et la prise en compte de l'apparence. Certains auteurs proposent de la résoudre en considérant que le principe du réalisme doit souffrir d'exceptions dès lors que ces dernières sont commandées par des « exigences de logique et d'équité » : F. Deboissy, *La simulation en droit fiscal*, préc., n° 697.

²⁶⁴ Pour une présentation des conditions d'efficacité du contrat, v. *supra*, n° 26 et *infra*, n° 183.

elles aboutissent à la reconnaissance potentielle d'un vice, cause de nullité. L'extorsion, par exemple, en coïncidant avec l'un des vices du consentement –la violence²⁶⁵– laisse nécessairement présager la nullité du contrat constitutif de la remise²⁶⁶. La théorie de l'apparence objective ne semble donc pas adaptée à cet ensemble d'infractions. Seules seraient prises en compte celles dont les éléments d'incrimination épargnent l'efficacité du contrat requis. Il faudrait alors admettre son application uniquement pour les infractions dépassant la phase de formation du contrat, dont le fait délictueux coïncide avec l'inexécution de l'élément contractuel²⁶⁷. D'ailleurs, la doctrine associe systématiquement l'apparence de contrat aux infractions d'abus de confiance ou de détournement de gage²⁶⁸, exemples topiques de cette catégorie.

Pourtant, la jurisprudence ne procède pas à une telle dissociation, puisqu'elle proclame, à propos d'infractions ne dépassant pas la phase de formation du contrat, l'indifférence à l'irrégularité du contrat²⁶⁹. Comment, dès lors, concevoir l'explication de cette indifférence ? L'apparence, telle qu'envisagée de manière objective, ne permet pas de répondre aux attentes relatives à ce type d'infractions. A ce constat s'ajoutent les critiques imputables à son rôle facultatif.

2) La condamnation du rôle facultatif de l'apparence objective

52. Une souplesse revendiquée. Méthode palliative en ce qu'elle n'intervient qu'en cas d'irrégularité du contrat, l'apparence objective ne s'impose pas, de plus, au juge pénal. Ce dernier demeure libre de refuser la constatation de l'infraction en cas d'entité irrégulière dont l'apparence de l'entité juridique est pourtant avérée. Il peut ainsi choisir d'écarter l'infraction alors même que tout s'est passé comme si le contrat visé avait été valablement conclu. Tel serait d'ailleurs le principal atout de cette théorie puisque, grâce à cette faculté, les juridictions criminelles pourraient éviter la condamnation si l'apparence de l'entité juridique

²⁶⁵ V. pour la démonstration de cette coïncidence : A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, préc., n° 34 ; R. Haïk, *Droit pénal des contrats*, préc., n° 60 et s. ; R. Ottenhoff, *Le droit pénal et la formation du contrat*, préc., n° 60 et s. ; A. Valoteau, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préc., n° 152 et s.

²⁶⁶ Pour une présentation plus complète de la concordance entre les infractions pénales et les causes de nullité du contrat, A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, préc., spéc. la première partie

²⁶⁷ Sur laquelle, v. *infra*, n° 331 et s.

²⁶⁸ V. B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 805. V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 193.

²⁶⁹ Cass. crim. 7 avr. 1859, D. 1863, 5, p. 168 (escroquerie) ; Cass. crim., 12 janv. 2000, Bull. crim., n° 15, D. 2001, p. 813, note J.-Y. Maréchal, Dr. pén. 2000, comm. 69, note M. Véron, RSC 2000, p. 614, obs. R. Ottenhoff (abus frauduleux de l'état d'ignorance et de faiblesse).

en cause aboutissait à l'absence d'atteinte effective à la valeur protégée par l'infraction. L'abus de confiance pourrait ainsi être constaté dès lors que le détournement porte atteinte à la valeur qui lui est classiquement associée alors même que le contrat sur lequel il repose est nul.

La recherche de souplesse ne demeure pas propre au droit pénal, certains auteurs appelant même à protéger le mécanisme de l'apparence des éventuelles ratifications textuelles qui risqueraient de supprimer la souplesse recherchée²⁷⁰. Pourtant, en matière pénale, peut être plus qu'ailleurs, la portée de cette flexibilité est déterminante.

53. La portée décisive de la flexibilité. Si l'apparence objective d'un contrat permet, selon cette théorie, d'assimiler le contrat défaillant au contrat requis par le texte, cela suppose qu'à défaut de son application, l'une des composantes de l'infraction contractuelle ne pourra être caractérisée. Il s'agit ainsi de reconnaître au juge pénal la faculté d'entrer ou non en voie de condamnation. A s'en tenir à un tel constat, rien ne permet de réprover catégoriquement une telle flexibilité puisque le juge dispose classiquement d'une certaine marge de manœuvre dans la caractérisation des éléments constitutifs. Cependant, si la souplesse est en principe gage d'efficacité, c'est à la condition de véritablement parler de souplesse et non d'arbitraire. Or, le juge reste seul maître pour déterminer si une entité ayant l'apparence de l'entité juridique suffira ou non à caractériser l'infraction. L'on est alors en droit de s'interroger sur la sécurité juridique résultant d'une telle situation. La frontière entre arbitraire et souplesse est ténue, qui tient uniquement à la fiabilité du critère sur lequel repose la décision. Or, celui retenu est indubitablement éloigné d'une telle rectitude²⁷¹.

54. Le fondement incertain de la flexibilité. La rigueur du critère de l'utilisation de l'apparence est en effet sujette au doute. La mesure de l'apparence réside dans le résultat sociologique de l'infraction²⁷² : l'apparence permet de remédier à l'irrégularité de l'entité matérielle seulement si ladite entité permet l'atteinte à la valeur protégée. Dans le cas contraire, le juge dispose de la faculté de considérer l'infraction comme non constituée. Le mécanisme consiste ainsi à affirmer que chaque infraction repose sur une volonté législative

²⁷⁰ C. Pagnon, *L'apparence face à la réalité économique et sociale*, D. 1992, p. 285 et s., spéc., p. 290.

²⁷¹ V. Ph. Conte, *L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur*, JCP 1988. I. 3343.

²⁷² La formule est employée pour faire référence à la valeur sociale que le législateur entend protéger en rédigeant les incriminations. V. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 314 ; A. Decocq, *Droit pénal général*, A. Colin 1971, p. 171 ; Y. Mayaud, *Le mensonge en droit pénal*, L'Hermès 1979, n° 359.

d'assurer la protection d'une valeur sociale particulière²⁷³. Autrement dit, admettre l'assimilation d'un contrat apparent à un contrat efficace présuppose dans un premier temps, pour le juge pénal, d'identifier la valeur sociale que le législateur entend protéger par l'édiction de l'infraction contractuelle en cause. Or, si la valeur protégée ne manque pas d'utilisations en droit pénal²⁷⁴, les pénalistes sont de plus en plus nombreux à s'accorder à dire que son utilisation doit être minimisée car trop imprécise²⁷⁵. Pourtant, la théorie de l'apparence objective repose toute entière sur elle : une entité revêtant l'apparence de l'entité juridique correspondante n'est à même de provoquer la constitution de l'infraction que si, malgré cette seule apparence, la valeur sociale visée par l'infraction peut être effectivement atteinte.

Concrètement, le juge pénal devra, en application de cette logique, déterminer dans un premier temps la valeur que l'infraction en cause entend protéger. Sera ensuite vérifiée la survenance d'une atteinte à la valeur identifiée pour enfin accepter ou non le rôle de l'apparence d'une entité. Par conséquent, les débats sur le résultat sociologique des délits d'abus de confiance, d'extorsion ou encore des infractions du droit de la consommation, des sociétés et du travail devront, entre autres, être définitivement clôturés²⁷⁶. La tâche est loin d'être aisée malgré les indications du législateur²⁷⁷. Les exemples sont nombreux pour illustrer la difficulté de fonder un critère décisif sur le choix de la valeur protégée.

²⁷³ Ce postulat ratifie ainsi la doctrine pénale finaliste qui considère qu'« à toute infraction correspond donc une cause particulière d'incrimination, une *ratio* spécifique, un mobile précis d'existence au nom d'un bien collectif à défendre » : Y. Mayaud, *Ratio legis et incrimination*, RSC 1983, p. 597 et s., spéc., n° 4. –Adde : A.-C. Dana, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 475 : « toute incrimination est conçue en fonction d'une valeur sociale jugée digne d'être protégée ».

²⁷⁴ V. les illustrations données par M. Lacaze, in : *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préc., n° 258 et s.

²⁷⁵ Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 315 : la notion de résultat sociologique « n'a d'intérêt véritable qu'au regard de la politique criminelle, pour aider le législateur dans l'opération d'incrimination » ; A. Dekeuwer, *La classification des concours de qualifications*, RSC 1974, p. 511, spéc., pp. 520 et 521 : Le critère est « trop incertain » et « risque de conduire à des discussions infinies sur le nombre de celles qui ont été atteintes par l'action délictueuse » ; J.-Y. Maréchal, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, préc. n° 67 : « La notion d'atteinte à une valeur sociale synonyme, chez certains auteurs, de résultat, pose en réalité de sérieux problèmes dès que l'on cherche à en cerner avec précision le contenu » ; J.-H. Robert, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., PUF, 2005, p. 280 qui admet l'emploi du critère des valeurs sociales mais concède que « la désignation des intérêts protégés est hasardeuse, imprécise, parfois arbitraire ».

²⁷⁶ Sauf à admettre une possibilité de modification du choix de la valeur protégée par une même infraction entre les jugements. Cela ne semble bien sûr pas souhaitable qui renforcerait l'incertitude déjà condamnable du critère de la valeur protégée. L'on serait de plus en droit de s'interroger sur la mesure dans laquelle un jugement statuant sur le rôle de l'apparence d'une entité contractuelle pourrait être opposable aux suivants.

²⁷⁷ Le plan du Code pénal, en effet, se veut éclairant sur cette question puisqu'il repose, s'agissant de sa partie spéciale, sur des catégories de valeurs protégées. Les travaux parlementaires pour la rédaction du Code pénal de 1992 révèlent cette volonté de créer un Code « expressif des valeurs » (V. P. Lascoumes, P. Poncela, *Réformer le Code pénal : où est passé l'architecte ?*, PUF, 1998, p. 172 et s.)

L'observateur sera de prime abord bien sûr tenté de se référer au plan du Code pénal²⁷⁸. L'abus de confiance étant classé dans les « appropriations frauduleuses », il semble logique de considérer l'infraction comme la sanction d'atteintes au droit de propriété. La solution a d'ailleurs longtemps été défendue. Pourtant, au sein du même titre du Code pénal, figure le délit de détournement de gage. La logique voudrait que le droit de propriété soit alors la valeur protégée par cette infraction ce qui n'est pas envisageable pour la simple et bonne raison que l'auteur du détournement incriminé est toujours le propriétaire du bien détourné. D'autres incriminations viennent semer le trouble dans la classification du législateur qui, malgré leur place dans les appropriations frauduleuses, sanctionnent incontestablement des cas où aucune atteinte au patrimoine de la victime n'est constatable. L'extorsion comme le chantage permettent ainsi des sanctions pénales en cas d'atteinte au seul consentement de la victime²⁷⁹.

Ces quelques exemples attestent de l'éminente friabilité du critère de la valeur protégée : chaque infraction peut avoir vocation à protéger une ou plusieurs valeurs²⁸⁰ sans qu'aucun guide ne soit déterminant et surtout irréfutable²⁸¹. Le juge pénal n'est tenu par aucune indication doctrinale et peut dès lors opter pour la valeur de son choix²⁸². Ledit choix est pourtant décisif selon la théorie de l'apparence objective puisque si le juge pénal estime que la valeur qu'il juge protégée par une infraction ne peut être atteinte que par une entité juridique, et non simplement apparente, il pourra rejeter la qualification pénale²⁸³.

²⁷⁸ V. sur la question de la logique de l'organisation du plan du Code pénal, E. Baron, C. Claverie et M.-A. Raymond, *Propositions pour un nouveau plan du Code pénal*, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 17, spéc., n° 7 et s.

²⁷⁹ V. R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz « NBT », 2009, n° 42 et s.

²⁸⁰ On parle alors parfois de délits « pluri-offensifs ». V. X. Pin, *Droit pénal général*, préc., n° 236.

²⁸¹ La doctrine ayant exploré la notion même de bien juridique reconnaît d'ailleurs explicitement ce constat. V. M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préc., n° 313 : « Classer les incriminations du droit positif à l'aide du critère du bien juridique protégé suppose qu'à chaque incrimination corresponde un bien juridique unique ; or, il ne fait aucun doute qu'il n'en est rien ».

²⁸² L'auteur même de la théorie en matière pénale conteste la solution jurisprudentielle reconnue en cas de nullité du gage dans le détournement de gage. La jurisprudence, on l'a vu, considère de manière constante, que l'infraction doit être constatée si le contrat de gage irrégulier existe et permet le détournement. Reconnaître que cette solution consacre la théorie de l'apparence objective revient implicitement à admettre que le juge pénal admet ici une atteinte effective à la valeur protégée par le délit de détournement de gage. Or, l'auteur de ce constat relève pourtant qu'en cas de nullité du gage, le résultat de l'infraction ne peut pas être atteint. (Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 853). Il affirme pour cela que ce que protège l'infraction, le droit réel du créancier gagiste, suppose un gage valable. A défaut, et même si le gage en question revêt l'apparence d'un gage valablement formé, le juge pénal devrait refuser l'infraction. Le raisonnement serait pourtant tout autre si l'on admettait que le détournement de gage peut viser à protéger la confiance du créancier gagiste, confiance indubitablement atteinte dès lors que le détournement est constaté (V. *infra*, n° 408). Or, rien ne semble permettre de retenir l'une des valeurs plus que l'autre et par conséquent de déterminer précisément dans quelle mesure le rôle de l'apparence doit être enserré.

²⁸³ Le même risque d'arbitraire est relevé en matière de concours d'infractions. Utilisée par la jurisprudence comme critère du cumul d'infractions (Cass. crim., 3 mars 1960, Bull. crim., n° 138, RSC 1961, p. 105, obs. A. Légal), la notion de valeur protégée « soumet l'individu poursuivi au bon vouloir du juge, qui peut toujours

55. Le dépassement jurisprudentiel des théories avancées. La théorie de l'apparence, fondamentale en de nombreuses matières, paraît donc devoir être exclue de la recherche de la notion de contrat en droit pénal. Ces conditions, comme son rôle, se révèlent en effet plutôt inadéquats. Classiquement certes, les formules jurisprudentielles sont associées à la théorie de l'apparence selon laquelle le juge pénal se contenterait d'un contrat défaillant dès lors que ce dernier atteint un seuil de ressemblance suffisant avec l'entité juridique correspondante. Pourtant, les arrêts énonçant l'indifférence à la nullité du contrat ne plaident pas de manière absolument limpide en faveur de cette théorie. Plus exactement, il est possible d'y déceler la formulation d'un autre principe, inspiré tant par la finalité du droit pénal que par le schéma de certaines infractions contractuelles. Il s'agit alors de considérer que l'élément contractuel d'une infraction suppose, non pas de ressembler au contrat tel qu'entendu en matière civile, mais de remplir les conditions permettant de caractériser son existence. C'est alors à la distinction parmi les conditions de formation du contrat que le droit pénal paraît pouvoir faire appel.

Section 2- La nécessité de l'existence du contrat

56. Le guide de politique juridique. Malgré les critiques qui peuvent lui être imputées, la théorie de l'apparence propose d'explorer une piste nécessaire à l'appréhension du contrat en droit pénal : pour constituer la composante d'une infraction, le contrat doit pouvoir être identifié. A cette fin, la référence aux « faits de passation »²⁸⁴ se révèle toutefois insuffisante à déterminer de manière précise ce en quoi doit consister le contrat pour caractériser l'élément contractuel d'une infraction. Ce n'est qu'en donnant un rôle à la divergence des fonctions du droit pénal et du droit des contrats qu'une proposition s'éclaire. Pareille divergence fonctionnelle commande une scission parmi les conditions traditionnellement associées à la formation de ce dernier. Si le droit des contrats centre son attention sur l'efficacité de ce dernier, le droit pénal doit rester, par principe étranger à

considérer que l'action criminelle est constitutive de plusieurs faits infractionnels [...] son imprécision est dangereuse pour les libertés individuelles dans la mesure où elle autorise un véritable opportunisme répressif : il est *a priori* impossible de dire avec certitude qu'un comportement ne viole qu'une valeur sociale » (O. Décima, *L'identité des faits en matière pénale*, Dalloz « NBT », 2008, préf. Ph. Conte, n° 164. – Adde, X. Pin, *Droit pénal général*, préc., n° 236).

²⁸⁴ V. *supra*, n° 41.

l'aspect indemnitaire ou satisfaisant de cette discipline. Or, certaines conditions associées à la formation du contrat semblent avoir pour unique but d'assurer pareil effet juridique et doivent ainsi demeurer exclues des exigences du droit pénal car étrangères à sa vocation répressive. L'observation de la jurisprudence ainsi que des infractions contractuelles inconnues, offre la concrétisation technique de cette directive politique.

57. Le guide de technique juridique. Contrairement à la présentation doctrinale classique, les solutions affirmant l'indifférence du droit pénal à la régularité du contrat ne se contentent pas d'une conception palliative du contrat. Les juridictions criminelles abondent, en effet, finalement dans le sens d'une distinction des conditions liées à la formation du contrat et affirment la nécessité de caractériser positivement un certain seuil contractuel : un contrat existant. Les infractions pour lesquelles le législateur précise les composantes de l'élément contractuel confirment cette conception positive. Ainsi, la dichotomie des conditions de formation du contrat, telle qu'elle résulte de la divergence des finalités des matières, trouve un écho technique dans le schéma infractionnel des incriminations contractuelles. Plus précisément, l'affirmation de l'indifférence à la régularité du contrat emporte celle de la nécessité de l'existence de ce dernier.

La jurisprudence l'exprime finalement avec une clarté remarquable : « si l'existence du contrat est nécessaire, les critiques soulevées contre sa validité sont sans influence sur les poursuites »²⁸⁵. Pareille présentation doit alors être vérifiée, avant d'être précisée. Le choix de la notion d'existence (§1) doit ainsi précéder la détermination des conditions de cette existence (§2).

§1- Le choix de la notion d'existence

58. La légitimité du choix. Identifier la notion d'existence du contrat suppose au préalable de déterminer en quoi cette notion s'impose en matière pénale pour définir l'élément contractuel d'une infraction. Ainsi, ce n'est qu'après avoir établi que le droit pénal affirme, tantôt expressément, tantôt implicitement, que le contrat peut se passer des conditions d'efficacité pour constituer une infraction contractuelle (A), qu'il sera possible de procéder à l'identification de la notion même d'existence (B).

²⁸⁵ Cass. crim., 24 juil. 1963, Bull. crim., n° 263 ; 26 févr. 1970, *ibid.*, n° 79, D. 1970. somm. p. 124, JCP 1970. II. 16446.

A- L'appel à la notion d'existence

59. Le renvoi combiné aux conditions d'existence du contrat. Lorsque le législateur prévoit l'élément contractuel par la mention d'un contrat nommé, il ne fournit que très rarement de précisions sur les exigences pénales relatives à son constat. En se contentant de requérir un prêt conventionnel, l'incrimination d'usure²⁸⁶ ne livre par exemple aucune indication sur l'éventuelle particularité de ce contrat en tant que composante d'une infraction. Il est seulement indiqué que l'infraction suppose une situation contractuelle d'un type particulier. En revanche, les infractions pour lesquelles le texte d'incrimination envisage une situation potentiellement contractuelle apparaissent à même d'appréhender plus visiblement la conception pénale de contrat. L'observateur ne se retrouve pas dès lors sans piste d'analyse à la lecture des textes : l'abus de confiance²⁸⁷ requiert, par exemple, une remise grevée d'une charge particulière, l'escroquerie²⁸⁸ la remise d'un consentement à un acte opérant obligation. Ainsi, le contrat compris dans ces indications textuelles s'identifie autrement que par le renvoi à une appellation contractuelle connue. Une généralisation des indications fournies par les infractions contractuelles innommées doit alors être formulée, qui seule permet à la fois de proposer une conception cohérente du contrat en droit pénal conforme à la fonction répressive de la matière et de comprendre les solutions jurisprudentielles.

Ainsi, à la lumière combinée de la vision du législateur (1) et de la jurisprudence (2), une vision uniforme du contrat en droit pénal se dessine : un tri parmi les conditions de formation doit être opéré.

1) L'appel législatif à l'existence du contrat

60. Un double filtre. Les infractions ne visant pas de contrats nommés mais une situation potentiellement contractuelle fournissent de précieux renseignements sur les contours du contrat en droit pénal. Le législateur impose ainsi, par ce type d'infractions, le moule dans lequel doit se fondre le contrat pour caractériser l'élément contractuel. Au contraire, les incriminations visant un contrat nommé sans plus de précisions restent

²⁸⁶ C. conso., art. L. 313-3.

²⁸⁷ C. pén., art. 314-1.

²⁸⁸ C. pén., art. 313-1.

silencieuses quant aux conditions de reconnaissance du contrat en droit pénal. Il est toutefois possible de prôner l'uniformité de la conception de l'élément contractuel des infractions. Il devient alors possible de reconnaître qu'il existe une notion de contrat en droit pénal dont les contours figurent déjà dans la présentation législative de certaines infractions, celles visant le contrat par une définition et non une qualification. Les infractions contractuelles nommées, quant à elles, ne caractériseraient qu'un raccourci législatif dont la précision ne prendrait son sens qu'au stade de la qualification particulière de l'élément contractuel²⁸⁹. Une vision uniforme du contrat est donc possible dont les contours sont esquissés dans les infractions pour lesquelles le législateur propose davantage que le nom d'un contrat.

Par ailleurs, certaines infractions contractuelles –nommées comme innommées– imposent d'exclure certaines conditions prévues par le droit civil pour la formation du contrat. Le schéma infractionnel implique, dans ce cas, une vision de ce que ne peut pas être le contrat en droit pénal.

Ainsi, les infractions contractuelles fixent de manière négative, puis positive, le cadre dans lequel doit s'insérer le contrat pour correspondre à l'élément contractuel de l'infraction.

61. La mesure négative de l'élément contractuel. La confrontation du schéma de certaines infractions contractuelles avec les conditions de validité du contrat révèle l'incompatibilité de certaines d'entre elles avec le droit pénal. Plus précisément, de nombreuses infractions postulent la nullité du contrat visé par l'infraction²⁹⁰.

Tout d'abord, la catégorie des infractions contractuelles innommées abonde d'illustrations de la coïncidence entre l'incrimination et une cause de nullité du contrat. En effet, plusieurs d'entre elles imposent une analogie avec les différents vices du consentement²⁹¹. D'autres laissent envisager de nier la validité du contrat sur le fondement de l'incapacité²⁹². Ensuite, les

²⁸⁹ V. pour cette seconde étape de l'identification de l'élément contractuel, *infra*, n° 101 et s.

²⁹⁰ Ce constat fait d'ailleurs l'objet d'une thèse : A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, préc.

²⁹¹ Le Code pénal fournit diverses illustrations de cette possible coïncidence entre incriminations et vices du consentement. Les infractions d'escroquerie (art. 313-1), d'extorsion (art. 312-1), ou de chantage (art. 312-10) permettent d'envisager tant le dol que la violence. Les incriminations figurant hors du Code pénal, à travers les délits de tromperie (C. conso, art. L. 213-1) ou d'abus de faiblesse (C. conso, L. 122-8), envisagent elles-aussi la concordance entre les éléments constitutifs d'une infraction et ceux des vices du consentement. Sur cette question, v. *infra*, n° 81.

²⁹² Les délits d'abus de faiblesse du Code pénal (art. 223-15-2) et du Code de la consommation requièrent notamment que la victime de l'infraction soit une personne vulnérable. L'infraction du Code pénal précise que la victime peut-être soit un mineur, soit une personne dont la particulière vulnérabilité est notamment due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique. Par ailleurs, le délit de prise illégale d'intérêts (C. pén., art. 432-12), en interdisant une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public de conclure certains actes en raison de leur qualité, permet d'envisager la nullité du contrat pour incapacité de jouissance. Sur l'incapacité, v. *infra*, n° 80.

infractions pour lesquelles le législateur se réfère à un contrat nommé autorisent une comparaison avec l'illicéité de la cause²⁹³ ou avec la nullité pour violation de l'article 6 du Code civil²⁹⁴.

En somme, la logique commande d'exclure des composantes de l'élément contractuel, les conditions de validité du contrat²⁹⁵. En effet, une telle requête reviendrait à exiger l'impossible : le schéma de nombreuses infractions contractuelles emporte le constat d'un contrat vicié. Plus radicalement, certaines dispositions prévoient expressément l'exclusion des conditions de validité du contrat des composantes de l'infraction. C'est ainsi que par une lecture combinée des articles R. 3246-2 et L. 8252-1 du Code du travail, l'on découvre que l'infraction de non-remise d'un bulletin de paie par exemple, impose l'indifférence à « la forme ou à la validité du contrat ». Le législateur, lorsqu'il prend le soin de préciser les contours de cet élément, ne fait donc que ratifier ce constat d'indifférence à l'efficacité du contrat.

62. La mesure positive de l'élément contractuel. L'observation du schéma infractionnel des incriminations ne mentionnant pas expressément de contrat nommé dans les éléments constitutifs se révèle riche d'enseignements. En effet, le cadre contractuel qui permet de réunir ces infractions autour de l'appellation d'infractions contractuelles s'identifie toujours de la même manière. L'escroquerie, par exemple, vise le fait de « consentir à un acte opérant obligation », l'extorsion²⁹⁶ et le chantage²⁹⁷ exigent la remise d' « un engagement ». Les infractions se concentrant sur la phase d'inexécution du contrat proposent, elles aussi, l'illustration de la conception de l'entité contractuelle exposée par le législateur. L'abus de confiance²⁹⁸ suppose par exemple l'acceptation de la remise d'un bien dans un certain but. Ainsi, avant de déterminer la charge grevant la remise du bien, le juge devra s'assurer qu'une acceptation a été formulée pour constater l'abus de confiance. Par conséquent, le législateur

²⁹³ L'exemple topique de ce cas de figure réside dans l'acceptation contractuelle du proxénétisme (C. pén., art. 225-10, 3° et 4°), qui incrimine la vente de locaux ou emplacements non utilisés par le public et la vente ou la location de véhicules de toute nature à des personnes en sachant qu'elles s'y livreront à la prostitution. V. *infra*, n° 94 et s.

²⁹⁴ L'emploi des étrangers en situation irrégulière fait l'objet d'interdiction tant civile (C. trav., art. L.8251-1) que pénale (C. trav., art. L.8256-2). L'étranger qui travaille sans carte, travaille dans le cadre d'un contrat nul. Dès lors, l'infraction sanctionnant pénalement le fait d'embaucher un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France présuppose la nullité de l'élément contractuel. D'aucuns avancent qu'ici la nullité du contrat « découle de la violation d'une règle d'ordre public général, et non de la simple méconnaissance d'une formalité » (J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, 26^{ème} éd., Dalloz, 2012, n° 168).

²⁹⁵ Pour une présentation plus précise de ces incompatibilités, v. *infra*, n° 184 et s.

²⁹⁶ C. pén., art. 312-1.

²⁹⁷ C. pén., art. 312-10.

²⁹⁸ C. pén., art. 314-1.

en exprimant de manière expresse le seuil à partir duquel l'élément contractuel peut être caractérisé, signifie clairement les composantes contractuelles nécessaires et suffisantes.

Il est vrai que les infractions visées au titre de celles prévoyant explicitement une simple situation contractuellement qualifiable ne prévoient pas toujours pour seul cadre le contrat. Même les formules, pourtant identifiées comme révélant une situation contractuelle, peuvent d'ailleurs ne pas l'être exclusivement. Il faut, en effet, admettre que le terme même d'« engagement », s'il semble incarner le rapport contractuel peut, à titre résiduel, viser certaines hypothèses d'engagements unilatéraux de volonté²⁹⁹. Les termes employés ne seraient donc pas propres au contrat. Toutefois, l'importance du vocable ne doit pas être minimisée pour cette raison. Le législateur prévoit des hypothèses qui peuvent certes dépasser le cadre contractuel mais fixe pour l'ensemble le seuil indispensable à la caractérisation de l'infraction. Or, en se plaçant dans une optique contractuelle, les formules utilisées rappellent des notions connues du droit civil. En effet, en exigeant la remise d'un engagement, d'un consentement à un acte ou encore d'une acceptation, ces incriminations paraissent renvoyer à la distinction, déjà prégnante de manière négative, entre les conditions d'existence et de validité pour n'exiger que les premières. Ce constat prend toute son ampleur dès lors qu'est mise en lumière la position de la jurisprudence à l'égard de l'élément contractuel.

2) L'appel jurisprudentiel à l'existence du contrat

63. Un double filtre. A l'instar des indications légales, la source jurisprudentielle fournit le cadre de l'élément contractuel par les composantes ne pouvant y figurer. Analysée comme procédant par exclusion, la Chambre criminelle ratifie, de manière générale, le rejet des conditions de validité du contrat. L'on apprend dès lors nécessairement, par un raisonnement *a contrario*, sur les composantes de l'élément contractuel. Toutefois, plus radicalement, et dans le silence de la doctrine, la jurisprudence a également exposé, de manière positive, le contenu de cet élément.

64. La mesure négative de l'élément contractuel. La jurisprudence, en plus de fournir le socle nécessaire à la reconnaissance de l'élément contractuel, propose de

²⁹⁹ En ce sens, mais avec une certaine réserve : R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 73. L'auteur envisage également l'inclusion potentielle de ces mêmes engagements unilatéraux de volonté au sujet de l'escroquerie par la qualification d'« acte opérant obligation » (*ibid.*, n° 48 et s.).

nombreuses illustrations de conditions jugées surabondantes. Il faut, en effet, constater la portée générale de la solution proposée par la Chambre criminelle eu égard aux conditions de validité du contrat en matière pénale. Comme le législateur ne fournit pas, pour toutes les infractions, les composantes requises pour caractériser l'élément contractuel, il pourrait être tentant de considérer que la vision restrictive du contrat proposée par ces textes ne trouve à s'appliquer que pour les infractions contractuelles nommées. Autrement dit, seul ce type d'infractions recèleraient une vision spéciale du contrat. La jurisprudence ne semble pas vouloir, à raison, s'engager dans cette voie. En effet, l'indifférence aux conditions de régularité pour constater l'élément contractuel est proclamée quel que soit le modèle de l'infraction. Certes prononcée au sujet du délit d'escroquerie³⁰⁰, la jurisprudence n'a pour autant pas réservé cette solution aux infractions contractuelles innommées. Doit-on rappeler la multitude d'arrêts rendus au sujet de l'ancien délit d'abus de confiance³⁰¹ qui prévoyait à l'époque une liste de contrats nommés ? De même le détournement de gage fournit également l'occasion régulière d'une réitération de l'indifférence du droit pénal à la nullité du contrat³⁰². En aucun cas les spécificités de la vision pénale du contrat ne doivent ainsi être réservées aux infractions pour lesquelles le contrat n'est pas nommément visé. L'exigence des seules conditions d'existence du contrat apparaît transposable à l'ensemble des infractions. Une telle conception restrictive du contrat en droit pénal ne résulte pas uniquement d'une lecture en creux des arrêts. La jurisprudence ratifie ainsi explicitement, dans le silence de la doctrine, la distinction entre les conditions d'existence et de validité.

65. La mesure positive de l'élément contractuel. La position de la Chambre criminelle est quasi-systématiquement associée à la théorie de l'apparence objective³⁰³. En faisant fi du défaut de validité du contrat, le juge pénal ratifierait ainsi le rôle palliatif d'une apparence de contrat. Pourtant, les arrêts rendus à l'occasion de contrats nuls proposent indubitablement une autre interprétation. Plus radicalement, sans même parler d'interprétation, certaines solutions exposent sans détour le contenu nécessaire de l'élément contractuel. La Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme notamment à l'occasion

³⁰⁰ Cass. crim., 9 juil. 1969, Bull. crim., n° 22.

³⁰¹ V. par ex. : Cass. crim., 9 juil. 1857, DP. 1857. 1. 379 ; 12 mai 1964, Bull. crim., n° 161 ; 10 mai 1990, *ibid.*, n° 179, GP 1990. 2. Somm. 634.

³⁰² V. par ex. : Cass. crim., 24 juil. 1963, Bull. crim., n° 263 ; 26 févr. 1970, *ibid.*, n° 79, D. 1970. somm. p. 124, JCP 1970. II. 16446 ; T. Corr. Bordeaux, 10 oct. 2000, BICC. 2001. 323. V. pour une application récente, Cass. crim., 21 oct. 2009, n° 09-81.007. La Cour d'appel affirme sans équivoque que le prévenu « ne saurait contester la validité des gages pour s'exonérer de sa responsabilité, le délit de détournement de gage n'exigeant nullement l'obligation d'un contrat valide pour fonder les poursuites ».

³⁰³ V. *supra*, n° 42.

d'une condamnation pour abus de confiance commis dans le cadre d'un contrat nul, que « l'existence de fait d'un contrat de louage [...] (n'a) pas été contestée »³⁰⁴. Cette formule fit ainsi dire à la doctrine qu' « il y avait matériellement contrat à l'époque des faits »³⁰⁵. Aucune référence n'est faite à l'idée de ressemblance avec le contrat valable ; les juges se contentent d'un contrat dont la formation matérielle est acquise. Il y aurait donc deux temps dans la phase de formation du contrat : la satisfaction des conditions d'existence puis, ensuite, la satisfaction des conditions d'efficacité³⁰⁶.

La jurisprudence l'exprime finalement sans ambiguïté : « Si l'existence du contrat est nécessaire, les critiques soulevées contre sa validité sont sans influence sur les poursuites »³⁰⁷. Rien dans cet arrêt ne fait appel à la notion ni au rôle de l'apparence de contrat. Ce n'est pas le fait que tout se soit matériellement passé comme si le contrat était valable qui est recherché mais bien, plus précisément, la présence des conditions d'existence du contrat. Les juges ne cherchent donc en aucun cas à remédier au défaut du contrat mais expriment, au contraire, de manière positive et générale ce qu'il doit être en droit pénal. Un seuil minimum se révèle alors nécessaire, celui de l'existence du contrat.

66. Bilan. Le croisement des précisions législatives et de la position jurisprudentielle permet le constat d'une vision commune de la notion de contrat en droit pénal. Par le biais des infractions contractuelles innommées, le législateur indique les conditions nécessaires et suffisantes pour caractériser l'élément contractuel de l'infraction. La transposition à l'ensemble des infractions contractuelles apparaît tentante. Tentation à laquelle la jurisprudence accepte à bon droit de céder en considérant exclues, pour tous les types d'infractions contractuelles, les conditions de validité du contrat. Une dernière étape est alors franchie à cette occasion : le juge pénal affirme que la seule existence du contrat suffit à emporter le constat de la composante contractuelle et ce, dans le cadre d'une infraction contractuelle nommée. Ainsi, la notion de contrat en droit pénal apparaît : le contrat en droit pénal reposerait sur une dichotomie connue du droit des contrats, celle distinguant les

³⁰⁴ Cass. crim., 29 nov. 1902, S. 1904.1.301.

³⁰⁵ J.-P. Doucet, *Précis de droit pénal général*, Marcinelle, 1976, p. 112.

³⁰⁶ Le droit pénal du travail fournit également l'occasion à la Chambre criminelle d'affirmer la distinction parmi les conditions de formation du contrat. Certaines dispositions soumises à la sanction répressive prévoient expressément l'indifférence à la validité du contrat (v. *supra*, n° 61). Or, la jurisprudence veille à circonscrire le champ d'application de ces textes au contrat de travail. La qualification même de contrat commande alors de considérer qu'un contrat peut exister sans être valable. V. Cass. crim., 22 nov. 1956, Bull. crim., n° 775 ; 22 oct. 2002, *ibid.*, n° 192, JCP É. 2004. 330, note C. Pomart.

³⁰⁷ Cass. crim., 24 juil. 1963, Bull. crim., n° 263 ; 26 févr. 1970, *ibid.*, n° 79, D. 1970. somm. p. 124, JCP 1970. II. 16446.

conditions d'existence des conditions de validité. Pour autant, si la direction à suivre paraît s'imposer, l'hésitation entourant cette distinction commande d'identifier plus précisément son contenu.

B- L'identification de la notion d'existence

67. Des précisions nécessaires. Si une distinction parmi les conditions de formation du contrat s'impose à l'examen des positions légales et jurisprudentielles relatives à l'élément contractuel, ce choix emporte, de prime abord, nombre d'incertitudes. En effet, même si cette dissociation peut être rapprochée de celle proposée dans d'autres matières entre les conditions d'existence et de validité, l'hostilité manifestée à son endroit suscite l'hésitation. Pourtant, la recherche de la notion d'existence (1) peut aboutir à une solution idoine si l'on accepte de lui réserver une portée pénale (2).

1) La recherche de la notion d'existence

68. Le constat d'une notion initialement confuse. Le tri parmi les conditions de formation d'un contrat ne force pas *a priori* l'adhésion lorsque l'on tourne les pages des manuels de droit civil. Classiquement, le contrat ne demeure considéré comme formé que s'il respecte les quatre conditions mentionnées à l'article 1108 du Code civil. Or, faut-il rappeler que cet article prévoit clairement que lesdites conditions « sont essentielles pour la validité d'une convention ». L'on semble alors, par un abus de langage, confondre conditions de formation et conditions de validité³⁰⁸ : un contrat ne serait formé que s'il est valable et valable que s'il est formé. C'est d'ailleurs dans le sens de cette confusion que la majorité de la doctrine se place en présentant la phase de formation du contrat³⁰⁹. Pourtant, il semble

³⁰⁸ En ce sens, V. Peltier, *Contribution à la notion d'inexistence en droit privé*, RRJ 2000/3, p. 937 et s., spéc. n° 22 : « il semble qu'il ne faille pas se reporter à l'article 1108 pour trouver les éléments constitutifs [du contrat] et, *a contrario*, le domaine de l'inexistence. Cette solution ressort de la rédaction même de ce texte, affirmant *in limine* que « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention ». Ainsi, consentement, cause, objet et capacité ne seraient pas des éléments de constitution, mais de régularité du contrat ».

³⁰⁹ V. notamment, J. Flour, J.-Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1-L'acte juridique*, 14^{ème} éd., par E. Savaux, Dalloz, 2010, n° 121 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 83 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 79.

possible, et sans doute souhaitable³¹⁰, de distinguer les conditions qui permettent à une opération de correspondre au schéma d'un contrat et celles qui lui permettent d'intégrer la sphère juridique. Une telle distinction n'est pas sans rappeler la notion plus connue de situation de fait.

69. Le recours incertain à la notion de situation de fait. Traditionnellement, la situation de fait se définit comme révélant « une sorte d'opposition : la situation est une sorte d'ersatz, une sorte de doublet d'une situation juridique bien connue et bien réglementée par la loi. A cette situation de fait il manque l'une des conditions légales pour accéder, en principe, à la vie du droit »³¹¹. Autrement dit, « premièrement il faut que le fait existe ; deuxièmement il faut qu'il manque un élément légal »³¹². Malgré l'intérêt de l'idée de situation de fait, aucune étude n'a été consacrée à son application au contrat, ce qui peut de prime abord étonner au vu du nombre de situations de fait aujourd'hui recensées. En effet, la théorie de la situation de fait offre ses solutions notamment aux ménages et aux sociétés de fait³¹³ ou encore à la tutelle de fait³¹⁴. Le néant réservé au contrat ne saurait à lui seul empêcher toute tentative de proposition, laquelle devrait seulement pouvoir reposer sur une transposition des schémas existants.

La situation de fait suppose un fait identique à celui constaté pour l'entité juridique correspondante mais auquel il manque l'une des conditions légales pour accéder à la vie du droit. Pour qu'il puisse y avoir tuteur de fait par exemple, il faut qu'un individu assure « une gestion constante et générale du patrimoine »³¹⁵. L'idée sous-jacente consiste à imposer l'identification des conditions essentielles de la notion juridique inatteignable ; il faut la réunion des « conditions fondamentales »³¹⁶. L'on pourrait ainsi, en identifiant les conditions

³¹⁰ Au moins pour ce qui nous concerne, pour des considérations pénales afin de cerner la notion de contrat en droit pénal. Toutefois, les défenseurs de la théorie de l'inexistence retiennent des intérêts à la consécration de la théorie de l'inexistence en matière civile. Le premier intérêt présenté réside dans la possibilité de retenir l'imprescriptibilité de l'action. Tous les arrêts consacrant la théorie de l'inexistence pour défaut d'échange de consentements y ont recours pour écarter la prescription. V. par ex. : Cass. civ., 26 oct. 1915, D. 1921, 1, p. 39. Pour une démonstration de l'utilité de la théorie de l'inexistence, v. G. Cohendy, *Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public*, RTDciv. 1914, p. 33 et s. ; V. Peltier, *Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé*, préc., p. 937, spéc., n° 37 et s.

³¹¹ R. Houin, *Les situations de fait. Rapport général*, Travaux de l'Association H. Capitant, T. XI, Les Situations de fait, les sociétés de fait, le gouvernement de fait, Dalloz, 1960, p. 322. Définition reprise par L. Leveneur, *Les situations de fait*, LGDJ, 1990, préf. M. Gobert.

³¹² R. Houin, *Les situations de fait. Rapport général*, préc., p. 323.

³¹³ Ces deux notions étant alors abordées en tant qu'institution et non par l'aspect potentiellement contractuel tant du mariage que de la société.

³¹⁴ L. Leveneur, *situations de fait*, préc., n° 8 et s.

³¹⁵ Trib. civ. Thonon-les-bains, 10 fév. 1933, DP. 1934.2.116.

³¹⁶ R. Houin, *Les situations de fait. Rapport général*, préc., p.324 : « Lorsque l'on a pas observé ces conditions légales un peu extérieures au fond, la situation juridique n'est pas reconnue par la loi. Mais comme, tout de

essentielles du contrat, parvenir à identifier un contrat de fait. Il s'agirait dès lors de reconnaître qu'une dissociation est possible parmi les conditions de formation du contrat, en permettant ainsi de dépasser l'idée véhiculée par les théories de l'apparence³¹⁷. Le contrat de fait serait ainsi celui dépourvu seulement d'une ou plusieurs conditions permettant d'atteindre le stade d'une situation juridique³¹⁸.

Cependant, le recours à l'appellation de « contrat de fait » doit être rejetée pour plusieurs raisons. D'une part, si en droit français, la notion de situation de fait n'a pas fait l'objet d'une véritable transposition au contrat³¹⁹, son utilisation par le droit étranger augure un risque de confusion. En effet, le droit allemand consacre une telle notion mais dans des cas de figure parfois très éloignés d'une démarche de sélection des conditions de formation³²⁰. D'autre part et surtout, c'est le régime de la situation de fait qui empêche la qualification de l'élément contractuel de contrat de fait. Ainsi, la conséquence essentielle d'une telle qualification réside dans la possibilité d'appliquer à la situation de fait les effets de la situation de droit correspondante³²¹ : « la jurisprudence va faire produire à cette situation de fait illicite certains des effets que la loi attache d'habitude à la situation régulière »³²². Or, la démarche s'oppose inévitablement à celle animant la détermination du contrat en droit pénal. Il ne s'agit en effet pas de rechercher une quelconque assimilation de la situation irrégulière à la situation régulière afin de lui donner une vie juridique réelle. Au contraire, le juge pénal ignore l'entité

même, les conditions fondamentales sont réunies, la jurisprudence permettra quelque fois de faire produire des effets à ces situations de fait ».

³¹⁷ Pour une distinction entre l'apparence objective et la situation de fait, v. Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 682 et s.

³¹⁸ L'affirmation permet ainsi de ratifier la proposition de Roubier relative aux caractères généraux des situations juridiques. Pour recevoir une telle qualification, la situation doit revêtir une légitimité reposant sur un titre régulier, une opposabilité et enfin permettre d'être sanctionnée par les autorités judiciaires. V. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, préf. D. Deroussin, p. 223 et s.

³¹⁹ Les auteurs associent seulement le contrat à une situation de fait pour exposer les conséquences d'une annulation du contrat effectivement prononcée par le juge. L'hypothèse est donc restreinte –qui n'envisage pas la simple nullité du contrat non sanctionnée– et ne peut être confondue avec les situations de fait telles que désormais consacrées en doctrine et en jurisprudence, puisqu'il ne s'agit en aucun cas d'appliquer les effets juridiques d'un contrat régulier. V. notamment : G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1996, préf. J. Amiel-Donat, n° 296.

³²⁰ Le contrat de fait peut avoir plusieurs conséquences en droit allemand. Il peut ainsi permettre d'expliquer la qualification contractuelle alors que les conditions habituelles de validité ne sont pas remplies (v. P. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, *Droit comparé des contrats*, RDC 2004, p. 1087) et ainsi dans cette hypothèse, manifester le besoin de faire un tri parmi les conditions de formation du contrat. Cependant, la même appellation est utilisée par le BGH afin d'appliquer certains effets contractuels malgré l'absence d'un quelconque échange des consentements. V. par exemple, BGH, 30 avril 2003 (VIII ZR 279/02). Ainsi, la démarche se révèle purement fonctionnelle et occulte la recherche des composantes permettant, de manière générale, l'identification d'un contrat. Comment en effet considérer qu'un contrat puisse se passer du constat d'un échange de consentements ? Certains auteurs qualifient d'ailleurs cette hypothèse de fiction juridique qui « suppose que le concept soit appliqué à une situation qui ne réunit pas l'ensemble des éléments compris dans sa définition » : G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n° 2-2.

³²¹ L. Leveneur, *Les situations de fait*, préc., p. 4, n° 3.

³²² R. Houin, *Les situations de fait. Rapport général*, préc., p. 325.

juridique parfaite et se concentre uniquement sur les éléments permettant d'identifier une situation contractuelle, quelle que soit sa potentialité juridique. Bref, le droit pénal cherche à rester indifférent à l'efficacité du contrat et, par conséquent, aux conditions relevant uniquement de cette sphère.

Aussi, l'expression « contrat de fait » pourrait satisfaire si et seulement si l'on acceptait de s'en tenir à une vision simpliste de la notion consistant à l'opposer à une situation juridique parfaite. Toutefois, la consécration générale d'une notion de situation de fait empêche une telle ratification au vu de sa conséquence caractéristique : la production des effets de la situation de droit régulière. A cela s'ajoute le fait qu'une distinction contractuelle potentiellement adéquate préexiste et limite ainsi l'intérêt d'une transposition approximative de la notion de situation de fait au contrat. En effet, loin d'être ignorée par le droit, la distinction entre les conditions d'existence et de régularité du contrat peut être discernée si l'on accepte de la rechercher.

70. La préexistence de la notion d'existence. L'observation de la matière juridique impose de constater que la scission imposée par le droit pénal au sujet de l'élément contractuel d'une infraction trouve un écho finalement important dans les différentes branches du droit. C'est d'abord en dehors de la sphère contractuelle³²³ qu'il faut remarquer le dépassement de l'hostilité à l'égard d'une telle distinction par son pendant négatif, l'inexistence. Le droit administratif³²⁴, comme la procédure civile³²⁵, permettent en effet à l'inexistence de fournir de précieuses solutions. Cependant, le droit des contrats offre également l'illustration d'une telle prise en compte. Ainsi, certains auteurs, certes largement minoritaires, défendent une présentation duelle de la phase de formation du contrat en proposant de distinguer les conditions d'existence –ou de formation³²⁶– et les conditions de

³²³ « Bien implantée en procédure civile et en droit administratif sans y être contestée, elle est présente de manière plus hésitante et controversée en droit des contrats » : *Actualité de l'inexistence des actes juridiques*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2004, n° 97, p. 13.

³²⁴ J. Boulouis, *L'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français*, in Travaux de l'Association H. Capitant, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 771 ; P. Weil, *Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif*, D. 1958, p. 49. Pour une application récente de la distinction par le Conseil d'État, v. CE 2 Juin 2010, Commune de Loos, n° 309446.

³²⁵ H. Adida-Canac, *Actualité de l'inexistence des actes juridiques*, in Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, La documentation française 2005, p. 119 et s., spéc., p. 122 et s. et p. 130 et s. ; R. Perrot, *Les nullités de procédure en matière civile en droit français*, in Travaux de l'Association H. Capitant, T. XIV, Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques, Dalloz, 1965, p. 740.

³²⁶ L'emploi de cette formule est courante qui porte pourtant en elle une véritable ambiguïté. Comment appréhender les conditions de validité, si la formation renvoie aux conditions d'existence ? Il semble préférable de considérer que le contrat, dans sa phase de formation comporte deux étapes : son existence d'une part, son efficacité d'autre part. La formule correspond, dans cette acception, à la première phase du contrat précédant celle de son exécution, sans prendre partie sur son contenu.

validité du contrat³²⁷. Le Code civil de 1804 serait lui-même le siège d'une telle distinction³²⁸. D'ailleurs, la jurisprudence, à de nombreuses reprises, choisit de faire entrer la question de l'existence sur la scène contractuelle. Plus ou moins explicitement³²⁹, les juges adoptent la notion ou le régime de l'inexistence d'un contrat. Cette dichotomie trouve également un écho dans le projet de réforme de la Chancellerie. Ce dernier propose un chapitre consacré exclusivement à la formation du contrat³³⁰ qui débute en énonçant que « La formation du contrat requiert la rencontre de la volonté de chacune des parties de s'engager ». Les articles relatifs à la validité du contrat n'interviennent que plus loin dans le projet³³¹, mettant ainsi en exergue la distinction de deux phases dans l'élaboration du contrat. Le même chemin est emprunté par les principes du droit européen des contrats³³² ainsi que par certains codes³³³ ou

³²⁷ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. I-Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 211 et s. ; V. Peltier, *Contribution à la notion d'inexistence en droit privé*, préc., n° 12. Le projet portant réforme du droit des contrats retient une telle distinction puisque sont envisagées séparément les rubriques « la formation du contrat » et « la validité ». Plus généralement, il est possible de considérer que « toutes les situations juridiques obéissent à certaines conditions d'existence et de validité » : P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc., p. 229. Le droit du travail propose une vision dynamique de cette dichotomie sans ratifier l'appellation d'existence par le concept de « relation de travail ». V. sur ce point, *infra*, n° 478.

³²⁸ Certains auteurs tentent de démontrer la présence implicite d'une distinction entre le défaut de validité et l'inexistence dans l'article 1117 du Code civil qui précise que les conventions entachées d'un vice du consentement ne sont pas nulles « de plein droit ». D'aucuns estiment qu'une opposition entre les contrats nuls de plein droit et les contrats annulables correspondant à la distinction entre défaut de validité et inexistence se fait jour dans une telle disposition. V. Ch. Demolombe, *Cours de code Napoléon, XIX, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général. T. I*, Lahure, 1877, n° 27 et s. Il paraît par ailleurs possible de défendre la présence de l'ébauche d'une telle distinction à travers les articles 1101 et 1108 du Code civil, le premier mentionnant les éléments de définition du contrat et le second, les composantes ne concernant que sa validité. Il faut toutefois reconnaître que si le principe de la scission peut convaincre, la répartition des conditions reste sujette à nombre de discussions. V. *infra*, n° 73 et s.

³²⁹ D'aucuns proposent une classification des manifestations de la notion d'inexistence, en fonction de la fermeté de sa reconnaissance V. F. Hage-Chahine, *Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques*, in *Le monde du droit : écrits rédigés en l'honneur de J. Foyer*, Economica, 2007, p. 529, spéc., p. 531.

³³⁰ Chapitre III.

³³¹ Chapitre VI.

³³² *Principles of European contract law, part. I and II*, by O. Lando et H. Beale, Kluwer law International 2000. Cette édition contient le texte français. Ces principes prévoient qu'« un contrat est conclu dès lors que (a) les parties entendaient être liées juridiquement (b) et sont parvenues à un accord suffisant, sans qu'aucune autre condition soit requise » (art. 2 : 101, 1). V. sur ce point D. Houtciefte, *Les sanctions de la formation du contrat*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, n° 9. L'avant-projet de Code européen des contrats comporte des dispositions distinguant de manière expresse les causes d'inexistence de celles de nullité.

³³³ Le droit Belge propose une telle distinction entre éléments constitutifs et éléments de validité. V. H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les incapables. Les obligations*, 3^{ème} éd., Bruylant, 1964, n° 495. Le Code Libanais des obligations et des contrats prévoit cette dissociation parmi les conditions de formation du contrat puisque certaines d'entre d'elles sont sanctionnées par la nullité (art. 191 et 192 qui retiennent la nullité absolue en cas d'impossibilité, d'illicéité et d'immoralité de l'objet). En revanche, les articles 188, 196 et 216 al. 1 optent pour l'inexistence du contrat en cas d'absence d'objet, de cause illicite ou immorale et d'absence de discernement.

projets de codes étrangers³³⁴. La piste de la notion d'existence se révèle donc identifiable. Il convient désormais de déterminer quel rôle elle peut jouer.

2) Le rôle de la notion d'existence

71. Une réticence civile mesurable. Si l'idée d'une scission parmi les conditions de formation du contrat existe, elle revient en grande partie à solliciter de manière positive la notion d'inexistence. Or, l'accueil doctrinal de celle-ci est pour le moins mitigé³³⁵ : « l'inexistence est mal aimée par les auteurs »³³⁶. Créée pour remédier aux insuffisances prétendues des nullités textuelles du mariage³³⁷, elle n'emporta pas l'adhésion³³⁸. Depuis lors, la critique se cristallise essentiellement sur les effets produits par le constat d'un contrat inexistant³³⁹. La principale différence entre la nullité et l'inexistence réside en effet dans la dispense de déclaration en justice de l'inexistence³⁴⁰. Or, la doctrine fait remarquer la fragilité d'une telle implication en cas de commencement d'exécution : « il faudra bien recourir au

³³⁴ Le projet franco-italien des obligations et des contrats de 1927 dispose dans son article 10 que « les conditions requises pour l'existence du contrat sont le consentement des parties, un objet qui puisse être matière d'un contrat, une cause licite ». Dans son article 11, il dispose que « le contrat peut être annulé pour incapacité légale des parties ou de l'une d'elles et pour vices du consentement » (Cités par : P. Viforeanu, *Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé*, th. Paris, 1932, n° 76, p. 190). Il en est déduit que ce projet « s'est approprié la distinction entre les conditions d'existence et les conditions de validité » (P.-L. Rivière, *Le projet de code franco-italien des obligations et des contrats*, Bull. trim. de la sté de législation comparée, 1934, n° 7, p. 441).

³³⁵ Dès le début du XXème siècle, l'hostilité apparaît : v. notamment F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités*, Th. Aix, 1902 ; R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Th. Dijon, 1909, pour lequel néanmoins l'inexistence peut être considérée dans « des cas extrêmes où, en raison, il est impossible de dire qu'il y a un acte » (*Ibid.*, p.669). L'accueil n'est pas plus chaleureux aujourd'hui, la doctrine rejetant l'inexistence pour des raisons diverses tenant tantôt à son incertitude, tantôt à son inutilité. V. notamment, Ch. Larroumet, *Droit civil. T. III, Les obligations. Le contrat, 1^{ère} partie, Conditions de formation*, 6^{ème} éd, Economica, 2007, n° 531 bis et 532 : « En fin de compte, la notion d'inexistence est une complication inutile et illogique ». –Adde : A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2010, n° 202 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 326.

³³⁶ L. Collet, note sous Cass. civ. 1, 5 mars 1991, D. 1993, p. 509.

³³⁷ La matière était ainsi perçue comme ne permettant de recourir qu'aux nullités prévues par les textes à l'exclusion donc des nullités virtuelles. L'adage « pas de nullité sans texte » était ainsi considéré comme devant s'imposer au mariage en vertu du caractère dérogoire de ce contrat (J. Hauser, D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil. La famille*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1993, n° 308). Or, une telle restriction aboutit à maintenir des contrats sans consentement, sans célébration ou entre individus de même sexe. C'est pourquoi la doctrine proposa de recourir à l'idée d'inexistence.

³³⁸ V. Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2011, n° 254 ; J. Hauser, D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil. La famille*, préc. n° 310.

³³⁹ « En raison de son caractère radical, il est clair que ce mécanisme ne peut être appelé à jouer qu'un rôle marginal » : V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, 2007, préf. G. Pignarre, n° 163.

³⁴⁰ Une telle particularité fait office de caractéristique de l'inexistence qui dépasse la théorie française. Le droit belge propose en effet d'associer à l'acte inexistant la dispense du recours au juge. V. C. Renard, E. Vieujean, *La nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge*, in Travaux de l'Association H. Capitant, Journées de Turin : « Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 523.

juge pour se soustraire à son emprise, soit en l'attaquant par voie d'action, soit en repoussant la demande en exécution de l'adversaire par voie d'exception »³⁴¹. Ensuite, si l'action en nullité doit intervenir dans un certain délai, l'inexistence ne pourrait se prescrire puisqu'elle ne suppose pas d'action en justice³⁴². Les auteurs opposent alors à cette affirmation la généralité de la formule employée par l'ancien article 2262 du Code civil³⁴³. Enfin, contrairement à la nullité relative, un acte inexistant ne peut faire l'objet d'une confirmation³⁴⁴. Cependant, aucune spécificité ne peut être attribuée à une telle conséquence puisque ladite confirmation se trouve également, par principe, exclue pour un acte nul de nullité absolue³⁴⁵. Ainsi, l'ensemble des conséquences attribuées à l'inexistence du contrat atteste d'une fragilité manifeste et semble pouvoir justifier la réticence à l'égard de l'utilité d'une telle notion, et partant de la distinction entre existence et validité.

Pourtant, l'inexistence trouble par le consensus autour de sa définition. Les auteurs rejettent une notion qu'ils définissent unanimement³⁴⁶ comme l'état d'un acte dont un élément essentiel fait défaut. C'est également à ce critère d'essence du contrat que la jurisprudence fait

³⁴¹ S. Sana-Chaillé de Néré, *Contrats et obligations. Nullité ou rescision des conventions. Généralités : inexistence et rescision*, J.- Cl. Civil Code, art. 1304 à 1314, fasc. 20, n° 9. V. toutefois sur la proposition du maintien d'une utilisation mesurée de cet effet, M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préc., n° 1033 : « Une telle sanction devrait-elle s'imposer dès lors que l'intégrité physique d'un individu est en question ? Cette application minimaliste de l'inexistence serait une solution modérée et de compromis ».

³⁴² G. Cohendy, *Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public*, RTDciv. 1914, p. 33 et s., spéc. p. 51 et s. : « quels que soient les événements qui se produisent, l'acte, n'ayant même pas pu se former, n'a point de date : quel serait donc le point de départ de la prescription ? ». La distinction entre la nullité absolue et l'inexistence se trouve renforcée par la réforme du 17 juin 2008 venue mettre un terme à la dualité des délais de prescription. L'article 2224 du Code civil dispose désormais que « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».

³⁴³ « Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par 30 ans ».

³⁴⁴ « Car on conçoit qu'on valide un acte irrégulier, alors qu'on ne conçoit pas la validation du néant » : S. Sana-Chaillé de Néré, *Contrats et obligations. Nullité ou rescision des conventions. Généralités : inexistence et rescision*, préc., n° 5.

³⁴⁵ V. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations. I-L'acte juridique*, préc., n° 347 et s.

³⁴⁶ V. par ex. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, t II, Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, 8^{ème} éd., LGDJ, 1921, n° 345 : l'acte est inexistant « lorsqu'il lui manque un élément essentiel à sa formation et tel qu'on ne puisse pas concevoir l'acte en l'absence de cet élément ». Les auteurs plus anciens assimilaient nullité et inexistence mais derrière les formules employées, la notion d'inexistence était identifiable. Demolombe présentait ainsi cette conception : « Une convention, théoriquement considérée, peut être nulle ou annulable. Elle est nulle quand elle manque absolument de l'une des conditions essentielles à sa formation et à son existence. [...] La convention que nous appelons nulle n'est pas, en réalité une convention. En l'absence totale de l'une des conditions, sans lesquelles elle ne pourrait se former, elle ne s'est pas en effet formée ; elle n'existe pas légalement ; elle n'est qu'un fait ! » in *Cours de code Napoléon. XXIX. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, T. VI*, Durand, 1879, n° 21 et s. – Adde : V. F. Hage-Chahine, *Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques*, préc., p. 536, n° 19 : « Il y a inexistence lorsqu'un élément nécessaire à la structure du contrat fait défaut ».

appel en proposant de retenir pour inexistant un acte auquel il manque un élément essentiel³⁴⁷. Ainsi, la réticence doctrinale paraît pouvoir céder dès lors que seule la notion d'inexistence est envisagée, à l'exclusion de ses effets. Or, la recherche de la spécificité du contrat en droit pénal a pour unique ambition de procéder à une délimitation au sein des conditions de formation, et ainsi de déterminer le seuil à partir duquel les conditions de formation participent, non plus à l'identification du contrat, mais à son efficacité. Loin des méandres relatifs aux effets de l'inexistence, le rôle exclusivement pénal de l'appel au contrat existant permet ainsi de rendre facilement acceptable le recours à la distinction civile.

72. La recherche d'un apport exclusivement pénal. Si le recours à la notion d'existence suscite légitimement la critique en matière civile, cela ne peut empêcher le constat de son utilité en matière pénale. En effet, la finalité répressive du droit pénal impose une sélection parmi les conditions relatives à la formation du contrat pour exclure des composantes de l'élément contractuel d'une infraction celles permettant au contrat de produire ses effets juridiques. Les infractions contractuelles, telles que conçues par le législateur et interprétées par la jurisprudence, corroborent cette directive en l'affinant, c'est-à-dire en indiquant le seuil nécessaire et suffisant. Ainsi, le contrat en droit pénal se différencie du contrat tel qu'entendu en matière civile, en ce qu'il ne requiert que la réunion de ses conditions d'existence. Seule cette notion permet alors de raisonner de manière positive en présentant la particularité de l'élément contractuel de l'infraction indépendamment de sa potentielle assimilation au contrat efficace selon les règles civiles. Cela implique toutefois de préciser la frontière entre les conditions nécessaires et surabondantes du contrat afin de déterminer les conditions d'existence.

§2- La détermination des conditions d'existence

73. Mise à l'épreuve des conditions classiques. Appréhender le contrat dans son existence suppose d'abord d'en maîtriser la définition, ce qui n'est pas chose évidente malgré les innombrables propositions doctrinales³⁴⁸. Il faut alors lire l'article 1101 du Code civil pour connaître la définition qu'en donne le législateur : « le contrat est une convention par laquelle

³⁴⁷ V. par ex. Cass. civ. 1, 20 oct. 1981, Bull. civ. I, n° 301, D. 1983, p. 73 ; RTDciv. 1983, p. 171 ; 10 juin 1986, Bull. civ. I, n° 159.

³⁴⁸ D'aucuns relèvent d'ailleurs que le fait que la notion soit l'une des plus étudiées du droit civil atteste son manque de clarté : G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, p. 3.

une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou ne pas faire quelque chose ». Ce texte met ainsi en valeur les composantes qui permettent d'identifier un rapport contractuel et donc de l'isoler parmi les différents actes juridiques³⁴⁹. Le premier élément clé de la définition du contrat résiderait alors dans ce qu'il est commun d'appeler l'accord des volontés. Plusieurs auteurs considèrent d'ailleurs qu'il s'agit là de l'unique condition d'existence du contrat³⁵⁰. Pourtant, l'importance de cette donnée ne doit pas cacher que les parties s'obligent à quelque chose³⁵¹. Autrement dit, le moindre accord de volontés ne saurait suffire à qualifier l'opération de contrat. En effet, nombre d'hypothèses révèlent un accord entre plusieurs personnes sans que l'on puisse y voir un contrat. Plus techniquement, l'article 1101 du Code civil fait référence au fait que les parties « s'obligent à donner, à faire, ou ne pas faire quelque chose ». Le texte choisit d'imposer, dans la définition, le comportement que les parties s'accordent à effectuer. Il convient ainsi d'ajouter à l'accord des volontés, l'exigence de l'objet de cet accord³⁵². Ainsi identifiées, les composantes classiques du contrat doivent être ensuite envisagées à l'aune de l'élément contractuel afin de déterminer précisément les conditions du contrat en droit pénal. La recherche de l'échange de consentements constitutif de l'élément contractuel (A) précèdera alors celle de l'objet de l'accord (B).

³⁴⁹ Pour une présentation historique de la notion de contrat, v. J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2010, n° 441 et s. ; J.-L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992, p. 117 et s.

³⁵⁰ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 213 : « Le droit positif français actuel reconnaît le principe du consensualisme, dont il découle que le seul échange de consentements suffit à caractériser l'existence d'un contrat. » ; V. Peltier, *Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé*, préc., n° 23 : « L'inexistence du contrat semble donc uniquement dépendre de l'absence d'un véritable accord des volontés ». Par ailleurs, le droit suisse prévoit à l'article 1 du Code des obligations que « le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté ». Cette seule manifestation de volontés semble suffire à considérer le contrat formé.

³⁵¹ Le Code civil espagnol prévoit explicitement cette exigence supplémentaire. L'article 1254 du Código civil prévoit ainsi que « el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio ». Ainsi, le droit espagnol considère que le contrat existe à partir du moment où une ou plusieurs personnes consentent à s'engager l'une par rapport à l'autre, à donner quelque chose ou à fournir un service.

³⁵² En ce sens, Ch. Demolombe, *Cours de code Napoléon, XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, I. A. Lahure, 1878, n° 42, p. 45 : « Le consentement des parties et un objet, voilà deux conditions sans lesquelles aucun contrat ne saurait jamais se former, et dont la nécessité est, en effet, toujours et partout la même. » ; E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préc., n° 38 et s. ; G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n° 110 : « Cet acte spécifique se caractérise ainsi par sa source, l'accord des volontés, et son effet, la production d'une obligation ».

A- L'échange de consentements constitutif de l'élément contractuel

74. Une condition consensuelle. La formule « échange de consentements »³⁵³ fait office de figure incontournable de la définition contractuelle. Chaque auteur veille ainsi à débiter la présentation du contrat par cette première caractéristique³⁵⁴. Il s'agit d'ailleurs, du critère du contrat apparent qui suppose, selon les défenseurs de la théorie de l'apparence objective, « des faits de passation qui auront reflété dans le monde matériel l'effort des parties pour constituer cette entité juridique »³⁵⁵. L'échange des consentements des parties formerait ainsi la première condition naturelle de l'existence d'un contrat. Le schéma des infractions contractuelles abonde en ce sens. Cependant, derrière l'évidence d'une telle condition se cache une certaine complexité. Le droit pénal doit en effet dresser la frontière entre existence et efficacité du contrat à propos tant de l'existence des consentements (1) que de leur rencontre (2).

1) La nécessaire existence des consentements

75. L'identification de la spécificité pénale. Evoquer le contrat implique traditionnellement l'identification de consentements. Toutefois, cela ne permet pas d'aborder avec précision les contours nécessaires à la constitution de l'élément contractuel de l'infraction. En effet, le droit pénal impose un certain particularisme, tant en ce qui concerne l'exigence d'une pluralité de consentements (a), que leurs caractères (b).

³⁵³ La terminologie employée fait l'objet de discussions pour déterminer si l'accord de volontés peut être synonyme d'échange des consentements. D'aucuns considèrent que « volonté et consentement ne peuvent se réduire l'un à l'autre, qu'échange et rencontre ne doivent pas s'assimiler » (M.-A. Frison-Roche, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, RTDciv. 1995, p. 573). Pour autant, l'on doit pouvoir parvenir en technique juridique à considérer que si un échange des consentements –perçus comme objets de la volonté– a lieu cela suppose en amont une rencontre des volontés. « Il faut bien que les volontés se rencontrent pour que les consentements s'échangent (*ibidem*). V. aussi : Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, th. LGDJ 209, préf. C. Hannoun, n° 131. D'autres auteurs utilisent une dissociation entre la volonté interne et la volonté déclarée. (J.-J. Bienvenu, *De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française*, Droits, n° 28, 1999, p. 3 et s.).

³⁵⁴ V. à titre d'exemple, J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 79.

³⁵⁵ « Ces faits de passation consisteront plus exactement, compte tenu du principe du consensualisme, en l'échange, dans les faits, des consentements ». Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 577, p. 721.

a- L'exigence d'une pluralité de consentements.

76. Une requête pénale logique. Tout contrat exige le concours du consentement de l'ensemble des parties. Cette particularité permet de faire de lui un acte juridique spécial, différencié de l'acte juridique unilatéral³⁵⁶. Ainsi est-il logique que les infractions contractuelles ratifient cette caractéristique essentielle du contrat pour qualifier l'élément contractuel. Le juge pénal doit ainsi établir, par exemple, qu'employeur et salarié ont consenti à la conclusion d'un contrat de travail afin de pouvoir envisager les infractions y afférant³⁵⁷. Evidente pour les infractions contractuelles nommées, cette condition apparaît également naturelle pour celles ne se référant pas à un contrat nommé. Ainsi, le délit d'abus de confiance³⁵⁸ vise désormais, comme préalable au détournement, le fait d'accepter la remise proposée, imposant ainsi l'émission de plusieurs consentements. Cependant, si en principe auteur et victime de l'infraction endossent la qualité de parties par la remise de leur consentement, certaines incriminations permettent au droit pénal d'envisager l'élément contractuel par le biais de l'intervention d'un tiers à l'infraction.

77. Une requête pénale particularisée. Le droit civil exige en principe en matière de dol que le contrat vicié unisse l'auteur de ce dol à sa victime³⁵⁹. Ce n'est que par exception que le dol peut être retenu s'il émane d'un mandataire³⁶⁰, d'un représentant³⁶¹, ou encore d'un complice³⁶². Au contraire, le droit pénal autorise la reconnaissance de l'élément contractuel par la conclusion d'un contrat entre la victime du procédé trompeur et un tiers à l'infraction. Cette solution résulte d'une part de la jurisprudence qui reconnaît que l'escroquerie peut être constituée dès que l'auteur de l'infraction a déterminé sa victime à conclure un contrat, alors

³⁵⁶ « Par opposition au contrat et, plus généralement, à la convention –qui se forment par la rencontre de deux volontés au moins– l'acte juridique unilatéral est une manifestation de volonté par laquelle une personne, agissant seule, détermine des effets de droit » : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. I-L'acte juridique*, préc., n° 489.

³⁵⁷ V. pour l'opération de qualification de ce contrat, *infra*, n° 134 et s.

³⁵⁸ C. pén., art. 314-1.

³⁵⁹ V. à titre d'exemple d'une jurisprudence constante : Cass. com., 27 nov. 2001, n° 99-17568, CCC 2002, n° 45, obs. L. Leveneur : « le dol n'est une cause de nullité que s'il émane de la partie envers laquelle l'obligation est contractée, la Cour d'appel a violé l'article 1116 du Code civil ».

³⁶⁰ Cass. civ. 1, 2 nov. 1954, GP 1955. 1. 74 ; 23 mai 1977, Bull. civ. I, n° 244.

³⁶¹ Cass. civ. 15 janv. 1872, S. 1872. 1. 9 ; Cass. com. 27 nov. 1972, Bull. civ. IV, n° 308, GP 1973. 1. 259, note Delaisi.

³⁶² J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, préc., n° 957 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. I-L'acte juridique*, préc., n° 215 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993, n° 573 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 235. La jurisprudence recherche alors une véritable collusion frauduleuse : Cass. civ. 1, 20 mars 1994, Bull. civ. I, n° 127.

qu'il n'en est pas le cocontractant³⁶³. D'autre part, c'est parfois le législateur lui-même qui, en rédigeant l'incrimination, prévoit que le contrat constitutif de l'élément contractuel n'aura pas nécessairement à unir l'auteur du dol et sa victime. En effet, l'article L. 213-1 du Code de la consommation sanctionne « quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant [...] ». Ainsi, tandis que le droit des contrats focalise son attention sur le comportement des contractants, la finalité du droit pénal lui impose de dépasser la rigidité du cadre fixé par les règles relatives à la nullité du contrat³⁶⁴ et d'accepter l'élément contractuel conclu avec un tiers à l'infraction.

78. Bilan. C'est donc naturellement que le droit pénal fait sienne la première condition imposée par l'exigence d'un échange de consentements tout en adaptant son application à ses directives : l'élément contractuel doit reposer sur l'émission de plusieurs consentements mais ceux-ci n'unissent pas nécessairement l'auteur à la victime de l'infraction. Le particularisme du droit pénal impose également de faire un tri parmi les conditions relatives aux caractères des consentements.

b- L'indifférence aux caractères du consentement.

79. Le dépassement de l'ambiguïté. « Le contrat est formé par le seul effet du consentement. Mais le consentement n'oblige que si la volonté de ceux qui l'ont donné est saine »³⁶⁵. Toute l'ambiguïté de la condition du consentement est résumée dans une telle présentation. Le consentement figurerait à la fois parmi les conditions d'existence et de validité du contrat. Le Code civil lui-même participe de la confusion en exigeant, au titre de la validité du contrat³⁶⁶, « le consentement de la partie qui s'oblige ». Certains auteurs relayent cette confusion en considérant que le terme consentement impose nécessairement certains

³⁶³ Cass. crim., 8 juil. 1832, Bull. crim., n° 175, DH. 1832. 558 ; 6 oct. 1977, Bull. crim., n° 293 ; 26 oct. 1995, *ibid.*, n° 326.

³⁶⁴ Il faut alors relever que le droit civil lui-même accepte de dépasser ce cadre en matière de vice de violence puisque l'article 1111 du Code civil autorise la nullité du contrat alors même que la violence a « été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite ». Dans une telle hypothèse, le droit civil considère que la protection de la victime justifie la nullité alors même que le contractant est de bonne foi. L'optique retenue est alors proche du rôle sanctionnateur du droit pénal et explique le rapprochement des solutions. V. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 246 : « elle se justifie d'un point de vue social, le trouble causé par la violence étant en soi plus dangereux ».

³⁶⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 494.

³⁶⁶ Art. 1108.

caractères³⁶⁷. Faut-il dès lors considérer que le contrat, pour exister, suppose d'être donné par une volonté libre et éclairée ?

La doctrine en doute à juste titre³⁶⁸. Une chose est en effet d'exiger la remise d'un consentement, une autre est d'en déterminer la qualité. Or, droit civil et droit pénal concordent dans le rejet du caractère libre et éclairé du consentement des conditions d'existence du contrat. En effet, le schéma des infractions contractuelles milite dans le sens d'une indifférence nécessaire aux règles relatives aux incapacités comme aux vices du consentement. Indifférence par ailleurs commandée par les classifications civiles : nul besoin pour distinguer le contrat d'un acte juridique unilatéral d'exiger que le consentement ne soit pas vicié ou émis par un incapable.

80. L'indifférence à l'incapacité et à l'insanité d'esprit. « Contracter, c'est d'abord, et en principe, vouloir »³⁶⁹. Si le contrat repose sur un acte volontaire, cela pose inévitablement la question de savoir si un contrat conclu par un incapable ou une personne affectée d'un trouble mental est nul ou inexistant³⁷⁰ et plus précisément, si l'élément contractuel d'une infraction peut ou non, en ce cas, être caractérisé. Quoi qu'il en soit, l'interrogation semble ne se poser qu'en matière d'incapacité d'exercice³⁷¹, l'incapacité de jouissance n'ayant pas pour objet de protéger les personnes atteintes dans leur capacité à consentir³⁷². Autrement dit, l'incapacité d'exercice ou l'insanité d'esprit d'une partie au

³⁶⁷ « Pour mériter le terme de « consentement », la volonté doit émaner d'un esprit sain, s'extérioriser et se proposer un objet juridique. » : P. Chauvel, *Consentement, Rép. civ. Dalloz*, 2007, n° 7.

³⁶⁸ En ce sens : J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, préc., n° 956 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 301.

³⁶⁹ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 129.

³⁷⁰ Formellement, la capacité est une condition distincte du consentement puisque l'article 1108 du Code civil distingue « le consentement de la partie qui s'oblige » de « sa capacité de contracter ». Pourtant, le rapprochement entre capacité et consentement paraît inévitable : « Les individus ne pouvant émettre –ou émettre seuls- un véritable consentement sont traités comme des incapables [...] » (F. Terré, D. Fenouillet, *Les personnes. La famille. Les incapacités*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2005, n° 349). L'assimilation devient totale lorsque sont envisagés les cas dans lesquels l'individu ne bénéficie d'aucun régime de protection légal malgré son insanité d'esprit (v. J. Klein, *Le traitement jurisprudentiel de la nullité pour trouble mental*, Defrénois 2006, 1, p. 695).

³⁷¹ « Les incapacités d'exercice sont la réponse du droit à une inaptitude naturelle, passagère ou durable, légère ou profonde, à accomplir, sinon les actes de la vie courante, du moins ceux de la vie juridique et spécialement de passer des contrats » : Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 90.

³⁷² La portée de ce type d'incapacité sur l'existence ne soulève pas de véritables difficultés puisque n'est pas en cause ici l'aptitude d'une personne à consentir mais plutôt l'idée de défiance à l'égard de certains rapports juridiques. En témoignent ainsi l'interdiction faite au mandant de vendre son bien au mandataire chargé de le vendre (C. civ., art. 1596) ou encore l'interdiction faite aux personnes morales d'accomplir des actes ou de conclure des contrats qui sortiraient de leur objet déterminé dans l'acte constitutif, en vertu du principe de spécialité (v. G. Wicker, *Personnes morales, Rép. civ. Dalloz*, 1998, n° 70). Dans une telle hypothèse, le contrat est nul mais n'est pas affecté dans son existence et laisse ainsi intact l'élément contractuel. Si toutes les infractions contractuelles se trouvent potentiellement concernées par un tel cas de figure, certaines d'entre elles l'envisagent de manière explicite. Ainsi en est-il de la prise illégale d'intérêt telle qu'incriminée par l'article 432-12 du Code pénal qui sanctionnent le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une

contrat empêche-t-elle la constitution de l'élément contractuel ? La position doctrinale civile ne révèle pas de réponse unanime qui, majoritairement, se borne à une présentation de la capacité parmi les conditions de validité du contrat. Néanmoins, certains auteurs veillent à préciser qu'il ne saurait y avoir de véritable consentement émis par un incapable³⁷³. Par conséquent, la théorie des incapacités pourrait figurer au sein des conditions d'existence du contrat. Par ailleurs, la jurisprudence civile affirmait parfois, avant qu'elle ne dispose d'indications formelles, qu'un contrat devait être considéré comme inexistant s'il était conclu sous l'empire de la démence³⁷⁴.

Or, une telle vision pourrait sembler convenir au droit pénal. En effet, le législateur prévoit des infractions consacrées aux personnes vulnérables dont la nature contractuelle peut être relevée. L'article 223-15-2 du Code pénal sanctionne l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse³⁷⁵. Sont alors des victimes éventuelles de cet abus, les mineurs et les personnes d'une particulière vulnérabilité due à une déficience psychologique. Par suite, l'une des parties au contrat conclu se trouve susceptible d'être qualifiée de personne incapable ou au moins souffrant d'insanité d'esprit. Or, cette infraction peut être considérée comme étant de nature formelle³⁷⁶ en n'impliquant pas la remise effective du consentement à un contrat. En d'autres termes, l'élément contractuel peut n'être que visé par le comportement délictueux, sans pour autant être formé. L'infraction pourrait alors être interprétée dans le sens d'une association du consentement remis par un incapable à l'inexistence. En effet, l'infraction vise une hypothèse d'incapacité mais n'exige pas la conclusion d'un contrat comme un aveu d'incompatibilité entre l'existence du contrat et l'incapacité.

Néanmoins, l'ensemble des infractions contractuelles concernées par la question des incapacités ne revêt pas la même nature. En effet, l'homologue consommériste de l'abus de

mission de service public ou investie d'un mandat électif, de conclure certains actes. La doctrine, initialement réticente à sanctionner civilement un contrat conclu en violation de cette disposition, accepte désormais la nullité sur le fondement de l'incapacité de jouissance (V. M. Segonds, *Prise illégale d'intérêts*, *Rép. pén. Dalloz*, 2006, n° 11), malgré un arrêt retenant la nullité pour cause illicite (CA Dijon, 15 mars 1894, DP 1894. 2. 471). Or, la jurisprudence accepte de retenir l'infraction malgré la nullité du contrat (Cass. crim., 5 juin 1890, DP 1891. 1. 42).

³⁷³ V. notamment F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 94 et s. Ces auteurs présentent la capacité comme une aptitude à consentir et considèrent les personnes souffrant d'une altération des facultés mentales comme incapables à émettre un véritable consentement (préc., n° 99).

³⁷⁴ Cass. civ. 1, 17 oct. 1955, Bull. civ. I, n° 342, JCP 1956. II. 9226, note J.-C. Laurent.

³⁷⁵ « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables ».

³⁷⁶ Le texte prévoit seulement que l'acte abusif soit commis « pour conduire » à la remise. V. *supra*, n° 13.

faiblesse³⁷⁷ exige la remise effective d'un engagement et donc la conclusion d'un contrat³⁷⁸. Considérer que l'incapacité de la victime –partie au contrat– ou son insanité d'esprit empêche le contrat d'exister revient à empêcher l'infraction d'être constituée. L'impasse devient alors flagrante puisque le texte impose la protection pénale de personnes vulnérables, parmi lesquelles figurent les personnes incapables et souffrant d'insanité d'esprit. Ce schéma, certes propre à certaines infractions contractuelles, doit pouvoir être généralisé au vu de la finalité de la matière criminelle. Il paraît en effet difficile de considérer la vulnérabilité d'une personne comme une cause d'exclusion d'une infraction. Comment admettre par exemple qu'à défaut d'élément contractuel, le détournement d'un bien remis en gage par un incapable ne puisse être sanctionné³⁷⁹ ?

L'impasse révélerait d'ailleurs toute son ampleur dès lors que l'on constate les circonstances aggravantes prévues pour nombre d'infractions contractuelles, étrangères à titre principal à la vulnérabilité de la victime³⁸⁰. Si l'infraction peut être aggravée en cas de déficience psychique par exemple, cela suppose que cette même déficience n'empêche pas l'infraction d'être elle-même caractérisée. Ainsi, le droit pénal impose de considérer la capacité comme relevant uniquement de l'efficacité du contrat, étrangère donc à la caractérisation de l'élément contractuel.

Cette vision ne paraît finalement pas isolée du droit civil qui sanctionne l'incapacité³⁸¹ comme l'insanité d'esprit³⁸² par la nullité relative. Or, cette sanction s'éloigne radicalement de l'idée

³⁷⁷ C. conso. art. L. 122-8 : « Quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte ».

³⁷⁸ En ce sens, C. Ambroise-Castérot, *Consommation, Rép. pén. Dalloz*, 2009, n° 210 : « Le législateur a donc entendu encadrer pénalement la formation du contrat et l'obligation d'information lui étant afférent. Il faut donc que le contrat soit conclu, que la victime se soit engagée, c'est-à-dire ait donné son consentement à l'acte qui lui a été extirpé ». A cette infraction peut s'ajouter le délit de l'article de l'article 225-13 du Code pénal (« Le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 Euros d'amende »).

³⁷⁹ Sur le fondement de l'article 314-5 du Code pénal.

³⁸⁰ L'extorsion (C. pén., art. 312-2 2°), l'escroquerie (art. 313-2, 4°) ou encore l'abus de confiance (art. 314-2, 4°) voient leur pénalité aggravée si l'infraction est commise « au préjudice d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente et connue de son auteur ».

³⁸¹ V. par ex. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 98.

³⁸² O. Simon, *La nullité des actes juridiques pour trouble mental*, RTDciv. 1974, p. 707 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 98 et 102. Cela est attesté par la détermination des personnes pouvant agir et le délai de prescription (C. civ., art. 414-2). La question avait été discutée avant la loi du 3 janvier 1968 pour déterminer si l'acte passé par un dément pouvait faire l'objet d'une nullité absolue voire d'une inexistence. Toutefois, la jurisprudence dominante choisit la nullité relative, ratifiée par ladite loi du 3 janvier 1968 et inchangée en ce point par la réforme du 5 mars 2007.

d'inexistence du contrat. Le texte de l'article 414-1 du Code civil annihile toute équivoque en considérant que « pour faire un acte *valable*, il faut être sain d'esprit ». Le contrat peut ainsi exister tout en portant en lui une irrégularité source de nullité : « un défaut de capacité [...] n'empêche pas la formation du contrat »³⁸³.

En définitive, droit pénal et droit civil peuvent se rejoindre pour considérer qu'un consentement remis par une personne souffrant d'incapacité ou d'altération de ses facultés mentales n'atteint pas l'existence du contrat conclu. En d'autres termes, le contrat existe car le consentement lui-même existe³⁸⁴ mais n'est pas valable car le consentement n'est pas éclairé³⁸⁵. Cette même considération doit animer la question des vices du consentement.

81. L'indifférence aux vices du consentement. Un consentement vicié par une erreur, un dol ou une violence empêche-t-il l'élément contractuel de l'infraction d'être caractérisé ? Il semble que la réponse à cette question se trouve dans les codes, tant pénal que civil.

Le droit pénal paraît indiquer la direction à suivre par le biais de certaines infractions contractuelles innommées. En effet, plusieurs incriminations permettent un rapprochement entre le fait pénalement répréhensible et les vices du consentement : malgré les efforts du législateur³⁸⁶ et de la doctrine³⁸⁷ pour dissocier le dol civil et le dol pénal, certaines infractions autorisent un rapprochement entre le comportement délictueux et ce vice du consentement³⁸⁸.

³⁸³ C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français*, T. IV, 6^{ème} éd. par E. Bartin, Ed. techniques, 1942, p.423. Dans le même sens, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 261.

³⁸⁴ F. Terré et D. Fenouillet, *La personne. La famille. Les incapacités*, préc., n° 1207. Dans le même sens, M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil Français*. T.I, *Les personnes*, 2^{ème} éd., par R. Savatier, LDJJ ? 1959, n° 724.

³⁸⁵ « Rationnellement, toute incapacité d'exercice peut donc être analysée en une présomption de vice du consentement : présomption irréfragable qui, édictée une fois pour toutes, dispense d'examiner, pour chacun des contrats de l'incapable, si le vice existe ou non » : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 228.

³⁸⁶ V. l'exposé des motifs relatifs à l'article 405 du Code pénal, cité par E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. III, 2^{ème} éd., par Rousselet, Patin et Ancel, Sirey, 1959, n° 7 : « on s'est efforcé d'éviter, par la définition nouvelle qui constitue le délit d'escroquerie, les inconvénients qui étaient résultés des rédactions précédentes [...]. La suppression du mot dol qui se trouvait dans les deux premières rédactions ôtera tout prétexte à supposer qu'un délit existe par la seule intention de tromper. En approfondissant les termes de la définition, on verra que la loi ne veut pas que la poursuite en escroquerie puisse avoir lieu sans le concours de circonstances et d'actes antécédents qui excluent toute idée d'une affaire purement civile ».

³⁸⁷ V. notamment : B. Boccara, *Dol civil et dol criminel dans la conclusion des contrats*, th. Paris, 1952 ; P. Bonassies, *Le dol dans la conclusion des contrats*, th. Lille, 1955, p. 591 et s. ; M. Planiol, *Dol civil et dol criminel*, Rev. crit. 1893, p. 545 et s.

³⁸⁸ v. pour une telle démonstration : A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, préc., n° 99 et s. ; R. Haïk, *Droit pénal des contrats*, préc., n° 25 et s. ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 182 ; R. Ottenhoff, *Le droit pénal et la formation du contrat*, préc., n° 35 et s. ; A. Valoteau, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préc., n° 38 et s.

Ainsi en est-il de l'escroquerie³⁸⁹, des abus de faiblesse³⁹⁰, du délit de pratiques commerciales trompeuses³⁹¹ ou encore celui de tromperie³⁹². Les éléments constitutifs de ces infractions peuvent ainsi être comparés aux composantes permettant de caractériser le dol tel que prévu en tant que vice du consentement par le droit civil.

Ensuite, le fait délictueux des infractions contractuelles peut coïncider avec le vice de violence³⁹³. Le délit d'extorsion³⁹⁴ en est l'illustration topique à laquelle peuvent s'ajouter le chantage³⁹⁵ ou les délits des articles 225-13³⁹⁶ et 225-14³⁹⁷ du Code pénal, ou encore les abus de faiblesse³⁹⁸. Par conséquent, l'intégrité du consentement ne peut faire partie des conditions de l'élément contractuel sauf à empêcher la constitution de l'infraction dans la plupart des cas. De plus, rien ne semble pouvoir empêcher les poursuites pour détournement de gage³⁹⁹ ou abus de confiance⁴⁰⁰ contre l'auteur de ce détournement alors même que ce dernier invoquerait pour sa défense, qu'il a été victime d'un dol. Le caractère pénalement répréhensible du détournement ne peut en rien se trouver affecté par le vice affectant la remise

³⁸⁹ C. pén., art. 313-1 : L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manoeuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge.

³⁹⁰ C. pén., art. 223-15-2 et C. conso., art. L. 122-8.

³⁹¹ C. conso., art. L.121-1.

³⁹² C. conso., art. L.213-1 : « Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 37 500 euros au plus ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers [...] ».

³⁹³ V. A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, préc., n° 31 et s. ; R. Haïk, *Droit pénal des contrats*, préc., n° 60 et s. ; R. Ottenhoff, *Le droit pénal et la formation du contrat*, préc., n° 60 et s. ; A. Valoteau, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préc., n° 152 et s.

³⁹⁴ C. pén., art., 312-1 : « L'extorsion est le fait d'obtenir par violence, menace de violences ou contrainte soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque ».

³⁹⁵ C. pén., art. 312-10 : « Le chantage est le fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque ».

³⁹⁶ « Le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 Euros d'amende ».

³⁹⁷ « Le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 Euros d'amende. ». Cette infraction, ainsi que la précédente, n'ont toutefois pas pour spécificité de correspondre à la phase de formation du contrat. En effet, la jurisprudence fournit des illustrations d'abus au stade de l'exécution du contrat par le fait pour l'employeur de profiter de la vulnérabilité sociale et économique de ses salariés en utilisant des procédés humiliants (v. par ex., Cass. crim., 4 mars 2003, Bull. crim., n° 58, D. 2004. somm. p. 181, obs. Aubert-Monpeyssen, JCP 2003. IV. 1804 ; RSC 2003, p. 561, obs. Y. Mayaud, Dr. pénal 2003, comm. 83, note M. Véron.).

³⁹⁸ V. Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 193.

³⁹⁹ C. pén., art. 314-5 : « Le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende ».

⁴⁰⁰ C. pén., art. 314-1 : « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ».

initiale. La solution inverse reviendrait à admettre une forme de justice privée incompatible avec l'essence du droit pénal.

Ainsi, cette matière impose de rejeter les vices du consentement des composantes empêchant l'élément contractuel d'être caractérisé. Le choix paraît légitime du point de vue criminel mais aussi contractuel : la remise d'un consentement vicié atteste de la remise d'un consentement⁴⁰¹ qui participe à l'existence du contrat. Le droit civil paraît d'ailleurs corroborer le choix opéré par le droit pénal. Le législateur en énonçant les différents vices du consentement à l'article 1109, relève ainsi qu'un consentement « a été donné »⁴⁰². La formule « vice du consentement » abonde plus encore en ce sens, qui suppose la remise d'un consentement seulement vicié⁴⁰³. La nullité relative⁴⁰⁴ sanctionnant les contrats conclus dans de telles hypothèses s'impose donc logiquement

Ainsi, droit civil et droit pénal coïncident à nouveau dans la classification des vices du consentement parmi les conditions de formation du contrat : exclue des conditions d'existence du contrat, la présence d'un consentement non vicié relève des composantes rendant le contrat valable⁴⁰⁵. Cette classification paraît donc acquise à une exception près, celle de l'erreur-obstacle. En effet, doctrine et jurisprudence s'accordent à refuser toute formation du contrat en ce cas⁴⁰⁶. Toutefois, ce n'est plus la remise du consentement qui pose ici problème mais

⁴⁰¹ V. toutefois les discussions relatives à l'erreur-obstacle, *infra*, n° 89.

⁴⁰² M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 301.

⁴⁰³ Le projet de réforme de la Chancellerie reprend une telle formule en son article 51 : « L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement [...] ».

⁴⁰⁴ D'aucuns discutent de l'opportunité d'une telle sanction en présence d'une violence physique, qui détruirait totalement le consentement. Toutefois, la distinction au sein des vices du consentement n'est ni consacrée par la jurisprudence ni par les projets de réforme. L'avant-projet Catala (art. 1115 al. 1) comme le projet de la Chancellerie (art. 64) se bornent à indiquer que le contrat conclu par erreur, dol ou violence ouvre droit à une action en nullité relative. La solution paraît satisfaisante en droit pénal, au vu du schéma infractionnel de l'extorsion (C. pén., art. 312-1) qui envisage la remise d'un contrat suite à des violences physiques ou morales, sans distinction.

⁴⁰⁵ En ce sens, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 301 : « lorsqu'il y a vice du consentement, il y a néanmoins un consentement [...] et donc un contrat » ; V. Peltier, *Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé*, préc., n° 13 : « si les parties s'accordent, mais que l'une ne consent que sous l'emprise d'une erreur, son consentement existe, quoiqu'il soit vicié ». – Adde : C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, T. IV, 6^{ème} éd. par E. Bartin, Ed. techniques, 1942, p. 423 : « Quand le consentement des parties ou de l'une d'elles se trouve entaché d'un vice, le contrat, quoique existant de fait, est susceptible d'être annulé » ; J. Carbone, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, préc., n° 1019. La plupart des auteurs n'affirme pas expressément l'absence d'influence des vices du consentement sur l'existence du contrat. Leur position se déduit par un raisonnement *a contrario* de leur position vis à vis de l'erreur-obstacle. Ce type d'erreur fait l'objet d'une présentation isolée, puisqu'en ce cas, « il n'y a pas de consentement » : Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 157. Dans le même sens : J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 194 : « La formule « erreur-obstacle » est traditionnellement employée pour désigner deux cas où l'erreur est telle que la formation même du contrat est inconcevable » ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 210 : en cas d'erreur-obstacle, « il manque au contrat une condition essentielle à sa formation ».

⁴⁰⁶ V. *infra*, n° 89.

l'accord que ces consentements doivent présenter pour identifier un contrat⁴⁰⁷. Cela suppose en premier lieu qu'une pluralité de consentements puisse être identifiée.

82. L'existence des consentements, condition nécessaire mais insuffisante. Ainsi, à l'instar du contrat, les infractions contractuelles supposent, pour exister, le constat du consentement des parties à l'accord. Il faut toutefois dépasser le stade de la présence des consentements pour identifier leur rencontre.

2) La nécessaire rencontre des consentements

83. La réunion d'une offre et d'une acceptation. Traditionnellement, la rencontre des consentements est présentée comme supposant l'émission d'une offre suivie de son acceptation⁴⁰⁸. Il ne suffit donc pas pour qu'il y ait contrat que les contractants émettent leur consentement, encore faut-il que leurs volontés se rencontrent⁴⁰⁹. L'existence d'un contrat suppose ainsi qu'un véritable accord se forme. Cette affirmation soulève toutefois plusieurs difficultés à même de se répercuter sur le contenu de l'élément contractuel d'une infraction tant en cas de défaut d'acceptation (a) que d'acceptation non conforme à l'offre (b).

a- L'élément contractuel et l'absence d'acceptation

84. Un rejet de la qualification contractuelle unanime. L'ensemble de la doctrine s'accordant à reconnaître l'accord des volontés comme la condition *sine qua non* du contrat, son assimilation à une condition d'existence se manifeste naturellement tant en matière civile qu'en matière pénale. Imposée par le législateur pénal et relayée par la jurisprudence

⁴⁰⁷ V. alors *infra*, n° 89.

⁴⁰⁸ Sur la question, v. la bibliographie citée par Ch. Larroumet, *Droit civil*, T. III, *Les obligations. Le contrat*, 1^{ère} partie, *Conditions de formation*, préc., n° 236.

⁴⁰⁹ La discussion doctrinale s'anime autour du point de savoir si un simple concours de consentements peut suffire à former un contrat. Dans le cas où ou plusieurs consentements sont remis véritablement se rencontrer, les auteurs s'interrogent pour savoir s'ils forment un contrat. La doctrine considère globalement que la rencontre est nécessaire et suppose une « réunion et non une juxtaposition. Il ne peut se nouer entre deux volontés indépendantes : il faut que celles-ci soient allées au-devant l'une de l'autre. On ne saurait parler d'accord lorsque l'on ne veut pas ensemble et que chacun veut de son côté. » (B. Oppetit, *Le consentement sans l'échange : le concours de consentements. Le concours implicite*, Colloque de Deauville, RJCom. Nov. 1995, n° spécial, p. 69, spéc. 73).

criminelle, cette qualification de l'accord de volontés comme condition d'existence fait d'ailleurs l'objet d'une reconnaissance civile, nationale et internationale.

85. Les indications textuelles : le schéma des infractions contractuelles innommées. La particularité des infractions ne mentionnant pas clairement la référence à un contrat parmi les éléments constitutifs réside dans le choix des termes retenus par le législateur. Optant pour une plus grande liberté dans le champ d'application de ces infractions, il précise seulement les conditions auxquelles la condamnation se trouve soumise. En choisissant une situation potentiellement contractuelle sans recourir à un contrat nommé, le législateur fournit ainsi le socle nécessaire et suffisant à la répression. Or, la première condition de l'existence du contrat, à savoir la rencontre des volontés, fait l'objet exprès de ce type d'infraction. En effet, l'existence de l'élément contractuel de l'infraction suppose tantôt une remise acceptée⁴¹⁰, tantôt la remise d'un consentement à un acte opérant obligation⁴¹¹ ou encore d'un engagement⁴¹². Dans tous ces cas, le législateur subordonne explicitement la consommation de l'infraction à un échange de consentements. Ainsi, la première exigence civile du contrat existant coïncide avec la présentation pénale de l'élément contractuel de l'infraction. Dès lors, l'application de cette proposition aux infractions se référant à un type de contrat ne soulève pas de difficultés. Ainsi, des poursuites pour usure⁴¹³, par exemple, impose au juge pénal la qualification d'un contrat de prêt⁴¹⁴ ce qui suppose inévitablement, dans un premier temps, qu'il caractérise un accord de volontés entre les parties. A défaut d'un tel accord, aucune qualification contractuelle ne serait possible. En outre, cette conception de l'existence du contrat apporte un éclairage aux solutions relatives au vol dans les ventes au comptant.

86. Les indications jurisprudentielles : le vol dans les ventes au comptant. Le vol étant « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui »⁴¹⁵, le voleur ne peut être le propriétaire du bien volé⁴¹⁶. Malgré la particularité de cette infraction au regard du schéma

⁴¹⁰ C. pén., art. 314-1.

⁴¹¹ C. pén., art. 313-1.

⁴¹² C. pén., art. 312-1.

⁴¹³ C. conso, art. L. 313-5.

⁴¹⁴ V. sur cette opération spéciale de qualification, *infra*, n° 101 et s.

⁴¹⁵ C. pén., art. 311-1. L'ancien article 379 supposait en d'autres termes, les mêmes composantes en considérant que « quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol ».

⁴¹⁶ La jurisprudence est abondante. V. notamment : Cass. crim., 8 juin 1939, Bull. crim., n° 126 ; 20 nov. 1947, S. 1948. 1. 176, RSC 1949, p. 347, obs. P. Bouzat ; 7 oct. 1959, Bull. crim., n° 414, D. 1960, p. 9.

infractionnel classique des infractions contractuelles⁴¹⁷, la question de l'existence du contrat semble pouvoir fournir un éclairage aux cas de vol dans les ventes au comptant ou dans les magasins en libre-service. Cette hypothèse suscite, en effet, depuis longtemps des hésitations quant à la détermination de la transmission de la propriété⁴¹⁸ et son incidence sur l'existence d'un vol. L'acheteur qui se saisit d'un bien mis à sa disposition dans les rayons et quitte le magasin sans s'être acquitté du prix se rend-il coupable d'un vol ? La jurisprudence pénale, d'abord indulgente⁴¹⁹, s'est depuis 1915⁴²⁰, prononcée en faveur de la répression⁴²¹. Depuis lors, les auteurs s'opposent sur le point de savoir si la solution de la Chambre criminelle coïncide avec les règles contractuelles ou fait uniquement montre d'autonomie. Le principal argument avancé pour condamner la position pénale réside dans le principe du transfert de propriété *solo consensu* tel qu'associé à l'article 1583 du Code civil et selon lequel, dès l'échange des consentements, le transfert de propriété intervient de droit⁴²². Par conséquent, le client deviendrait propriétaire de la chose au moment où il la choisit dans les rayons et ne pourrait donc pas être poursuivi pour vol s'il quitte le magasin sans payer. Il a fallu alors rechercher tant du côté du droit pénal que du droit civil des explications permettant de rationaliser la jurisprudence répressive. Au delà des raisonnements purement opportunistes⁴²³, la doctrine propose d'interpréter la jurisprudence dans le sens d'un report du transfert de propriété juridiquement justifié. Des auteurs ont tenté d'expliquer ces solutions par l'idée de clause de réserve de propriété tacite⁴²⁴ ou de condition suspensive⁴²⁵ : le transfert de propriété

⁴¹⁷ L'infraction suppose en effet dans ce cas l'absence de contrat de vente faisant du voleur le propriétaire du bien. V. pour ces infractions, *supra*, n° 13.

⁴¹⁸ Depuis que le vol ne consiste plus seulement en une soustraction matérielle du bien mais aussi une soustraction juridique compatible avec la remise préalable du bien. V. *infra*, n° 346.

⁴¹⁹ Paris, 21 nov. 1874, D. 1877, 5, p. 471 ; Rouen, 7 mars 1890, S. 1892. 2. 57 ; Cass. crim., 17 mars 1899, Bull. crim., n° 58, S. 1900. 1. 249.

⁴²⁰ Cass. crim., 4 juin 1915, DP. 1921. 1. 57, note M. Nast.

⁴²¹ V. notamment : Cass. crim., 22 déc. 1926, Bull. crim., n° 217 ; 18 juil. 1963, *ibid.*, n° 262.

⁴²² Le droit français n'a pas toujours consacré ce principe. Dans l'ancien droit, comme en droit romain, le transfert de propriété était détaché du contrat et lié à la « tradition » de la chose. Toutefois, la conception de cette dernière subit des évolutions par l'insertion de clause de style, dite de « dessaisine-saisine » dont l'objet était de dissocier le transfert de propriété de la tradition. V. A. Giffard, R. Villers, *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, 4^{ème} éd., Dalloz, 1976, n° 85 et s.

⁴²³ « On ne peut blâmer la Cour de cassation d'avoir attribué à une espèce de ce genre la notion de vol. C'est certainement le moyen le plus sûr de protéger contre des actes indéliçables des systèmes commerciaux nouveaux qui, en associant le client aux opérations de vente, concourent à réduire les frais généraux et par suite, à baisser les prix » (MR MP, note sous l'arrêt Cass. crim., 30 mai 1958, D. 1958, p. 513).

⁴²⁴ Certains auteurs étaient cette conception en constatant la mise à disposition de chariot ou de panier appartenant au vendeur. V. notamment, D. Auger, *Droit de propriété et droit pénal*, PUAM, 2005, préf. S. Cimaranti, n° 142 ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*. T. III, Livre II, *Principaux contrats*. 1. *Vente et échange*, 7^{ème} éd. par M. de Juglart, Montchrestien, 1987, n° 924 ; J.-A., Roux, S. 1918-1919, 1, p. 225.

⁴²⁵ D. Veaux, *Vol et transfert de propriété*, in *Mélanges en l'honneur du Doyen Bouzat*, éd. Pedone, 1980, p. 351 et s, spéc., p. 374. Cela revient alors à qualifier de simple condition un élément essentiel du contrat. Or, la condition ne peut qu'être « une modalité de l'obligation, subordonnant la formation de celle-ci à la survenance

serait reporté par la volonté des parties, par dérogation au principe supplétif de l'article 1583 du Code civil. D'ailleurs, certains auteurs vont même plus loin dans l'analyse de la jurisprudence pénale en affirmant que le juge pénal redonne à cet article la portée initialement prévue par les rédacteurs du code⁴²⁶.

Pourtant, aucune solution destinée à justifier la dissociation entre l'échange des consentements et le transfert de propriété ne semble emporter l'entière conviction. Peut-être faut-il alors modifier l'angle d'observation des solutions jurisprudentielles. En effet, toutes les propositions précédemment avancées ont pour trait commun de postuler la formation du contrat de vente, pour ne se focaliser que sur l'immédiateté ou le report du transfert de propriété⁴²⁷. Pourtant, la Chambre criminelle elle-même propose, par les termes employés, d'aborder le problème plus en amont, c'est-à-dire au stade de la formation du contrat. Evoquant la qualité de « prétendus acheteurs », l'un des arrêts statuant en faveur du vol formalise le doute, non pas sur le transfert de propriété, mais bien sur la conclusion du contrat elle-même⁴²⁸. En effet, dans pareille hypothèse –les ventes en libre service–, le client qui s'empare d'un produit en étant décidé à ne pas le payer ne formule aucune acceptation au contrat⁴²⁹. Le contrat suppose un accord de volonté, or le voleur n'a pas eu l'intention d'acheter puisque l'acheteur ne consent véritablement à la vente que lorsqu'il paye le prix en franchissant la caisse⁴³⁰. Par suite, à défaut de contrat, le propriétaire reste le vendeur et le

d'un événement futur et incertain » (G. Cornu (*sous la direction de*), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 9^{ème} éd., PUF, 2011, v. « condition » 2^o b/).

⁴²⁶ Ledit article n'aurait d'une part, pas la portée générale qui lui est généralement attribuée. D'aucuns affirment qu'il doit être exclu des ventes au comptant puisque réservé au domaine des ventes à crédit : « Dans l'article 1583, l'incidente « quoique le prix n'ait pas encore été payé » pourrait bien viser simplement le cas où le prix n'a pas été payé parce que l'acheteur était en droit de ne pas le payer encore, en d'autres termes le cas de la vente à crédit » (J. Carbonnier, *L'influence du paiement du prix sur le transfert de propriété dans la vente*, in Travaux et Conférences, Facultés de droit de l'Université libre de Bruxelles, t. VIII, 1960, p. 131). Cette vision renouerait avec le système romain dans lequel déjà la propriété était immédiatement transférée et permettrait d'expliquer les apparentes contradictions entre ce texte et certaines dispositions du Code civil (V. pour la dénonciation de ces contradictions, J. Lacombe, *La responsabilité de l'exploitant d'un magasin à l'égard de ses clients*, RTDciv. 1963, p. 242 et s. ; J.-P. Chazal et S. Vincente, *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil*, RTDciv. 2000, p. 477 et s.).

⁴²⁷ La question est ainsi clairement posée en doctrine selon les termes d'A. Vitu : « Un acheteur, après avoir conclu la vente, part avec l'objet sans payer, dans des conditions qui ne laissent aucun doute sur sa mauvaise foi ; le vol est-il constitué ? » (*Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, n° 2236).

⁴²⁸ Cass. crim., 18 juil. 1963, préc.

⁴²⁹ En ce sens, A. Chavanne, note sous l'arrêt Cass. crim., 30 mai 1958, JCP 1958. II. 10810 ; Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd., Litec, 2007, n° 530 ; W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2005, n° 4 ; A.-M. Larguier, J. Larguier, *Le rejet de l'analyse rétroactive en matière pénale*, RSC 1972, p. 759, spéc., p. 780 ; D. Veaux, *Vol et transfert de propriété*, préc., p. 373 qui fait référence explicitement à la question de l'existence du contrat de vente.

⁴³⁰ F. Collart, Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2011, n° 188. Ces auteurs justifient cette solution de manière générale d'une part par le fait que chaque client demeure libre de se raviser et remettre en rayons les produits qu'il ne veut plus et, d'autre part, à travers le constat qu'aujourd'hui les codes-barres apposés sur les produits ne permettent de fournir qu'une indication sur le prix dont l'accord ne pourra se faire qu'en caisse.

client, le voleur de la chose d'autrui⁴³¹. Cette vision du contrat en matière de vente au comptant est désormais partagée par la Chambre commerciale qui reconnaît que c'est seulement « lors du passage aux caisses » pour payer le prix que la « rencontre des volontés entre les acheteurs et le vendeur » se réalise⁴³². Ainsi, l'accord de volontés permet, même pour cette infraction particulière, de déterminer le seuil délictueux à travers l'idée d'existence du contrat. Une telle condition fournit d'ailleurs au droit civil l'occasion de solliciter la notion d'inexistence.

87. L'absence d'acceptation constitutive d'inexistence en matière contractuelle.

« C'est une évidence que, qui dit offre, ou pollicitation, ne dit pas nécessairement acceptation. C'est une évidence non moindre que, qui dit acceptation, dit formation du contrat. L'acceptation n'est pas la suite inéluctable de l'offre ; la formation du contrat est la conséquence inévitable de l'acceptation »⁴³³. Ces mots témoignent du caractère décisif de la rencontre de l'offre et de l'acceptation. A défaut, le contrat ne peut être formé. Le droit international ratifie cette vision en considérant l'offre non acceptée⁴³⁴ ou acceptée tardivement comme empêchant le contrat d'exister⁴³⁵. De même, le recours à la distinction entre les conditions d'existence et de validité du contrat est aussi manifeste dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les juges ont, à plusieurs reprises, considéré que si aucun échange de

⁴³¹ Cette considération, propre aux ventes en libre service ne peut être étendue à toutes les hypothèses de vente, l'ensemble des infractions relatives à ce contrat ne pouvant être concernées par pareille dérogation. Ainsi, la spécificité du schéma infractionnel du vol ne peut être étendue aux infractions de filouteries par exemple (C. pén., art. 313-5) qui doivent alors être envisagées comme des infractions supposant la formation d'un contrat –et d'ailleurs également son inexécution (V. *infra*, n° 386 et 407). En effet, l'infraction vise plusieurs hypothèses dont le point commun est de se faire attribuer un bien ou un service en sachant qu'aucun paiement ne sera effectué. Contrairement au cas du vol dans les ventes au comptant, le contrat est ici conclu dès la commande qui vaut acceptation de l'offre.

⁴³² Cass. com., 8 janv. 2002, RTDciv. 2002, p. 323, note P.-Y. Gautier.

⁴³³ J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970, préf. J. Flour, n° 275.

⁴³⁴ Les principes du droit européen des contrats considère qu' « il n'y a point de contrat » si une partie refuse de conclure un contrat faute d'accord suffisant sur un point particulier » (art. 2. 103 (2)), in *Principles of European contract law, part. I and II*,

⁴³⁵ La convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, dénommée communément convention de Vienne, prévoit des dispositions interprétées dans le sens d'une reconnaissance de l'inexistence dans de telles hypothèses. « Une offre suivie d'une réponse qui ne répond pas à la notion d'acceptation ou qui fait l'objet d'une acceptation tardive ne saurait donner naissance à un contrat : le contrat n'est pas formé, il est inexistant. [...] Ces solutions sont certaines, même si la convention n'énonce nulle part que les règles présidant la rencontre des volontés sont sanctionnées par l'inexistence du contrat ou sa non-formation. Les auteurs de la convention n'ont pas jugé utile de le préciser, ce résultat pouvant être aisément déduit des divers obstacles ou entraves à la formation du contrat que la convention mentionne expressément. » (C. Witz, *La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit*, Etudes offertes à Ph. Simler, Dalloz, 2006, p. 729, spéc. p. 734).

consentements ne peut être constaté, le contrat est inexistant⁴³⁶. Si le défaut de cette condition empêche le contrat d'exister, il empêche par conséquent le constat de l'élément contractuel de l'infraction. Très logiquement, cette exigence figure dans le texte des infractions contractuelles innommées.

88. Transition. Le droit pénal, en formalisant la nécessité de l'acceptation d'une offre pour constituer l'élément contractuel d'une infraction, ne s'éloigne pas des considérations civiles. Le particularisme de sa finalité impose toutefois d'envisager sa réception de l'hypothèse spécifique dans laquelle l'acceptation remise n'est pas conforme à l'offre.

b- L'élément contractuel et l'acceptation non conforme à l'offre

89. La particularité de l'erreur-obstacle. Si en cas de vices du consentement, les auteurs reconnaissent la concordance de l'offre et de l'acceptation, c'est à l'exception de ce qu'il est désormais convenu d'appeler l'erreur-obstacle. Le droit pénal doit-il refuser la sanction des infractions contractuelles si les parties ne sont pas d'accord sur la nature du contrat –*error in negotio*– ou sur son objet –*error in corpore*–⁴³⁷ ? Si pour Planiol⁴³⁸, il ne

⁴³⁶ Pour l'illustration de la reconnaissance de l'inexistence d'un contrat pour défaut d'offre, v. Cass. civ. 1, 24 nov. 1998, Bull. civ. I, n° 159. Cet arrêt considère qu'une simple demande d'informations sur les intentions d'une société quant au renouvellement d'un contrat ne constitue pas une offre faute de préciser les éléments essentiels du contrat. La Cour de cassation parvient au même constat lorsque l'on ne peut constater de rencontre d'une offre et d'une acceptation. Les juges ont estimé dans ce cas, « qu'il ne pouvait y avoir prescription de l'action en nullité d'un acte auquel fait défaut l'un de ses éléments essentiels » ; Cass. civ. 1, 10 juin 1986, Bull. civ. I, n° 159, D. 1988. somm. p. 14, obs. A. Robert, RTDciv. 1987, p. 535, obs. J. Mestre. –*Adde* : Cass. civ. 1, 5 mars 1991 : « La Cour d'appel a exactement retenu qu'aucun échange des consentements n'étant intervenu, il n'y a pas eu de contrat de prêt entre eux ; qu'elle en déduit à bon droit que le CGI ne pouvait inscrire un gage sur l'automobile du chef d'un contrat inexistant » : D. 1993, p. 508 ; Cass. civ., 26 oct. 1915, D. 1921, 1, p. 39 ; Cass. com., 4 janv. 1971, Bull. civ. IV, n° 2.

⁴³⁷ Cette formule d'origine doctrinale vise en effet deux hypothèses d'erreur. La première correspond à une croyance erronée sur la nature du contrat. L'on cite souvent l'exemple où l'une des parties a cru vendre un bien et l'autre recevoir une donation. Il s'agit aussi, pour reprendre une illustration tirée de la jurisprudence, où l'une des parties croit conclure un contrat d'assurances à primes fixes alors qu'il s'agit d'une assurance mutuelle en vertu de laquelle la prime est variable (Cf. Req. 9 déc. 1913, GP 1914.1.229). La seconde suppose une erreur sur l'identité de la chose faisant l'objet du contrat. L'on cite classiquement l'exemple où l'une des parties a cru vendre telle chose alors que son contractant croit en acheter telle autre (v. Cass. civ. 1, 1^{er} févr. 1995 : Bull. civ. III, n° 36). Il est parfois ajouté à cette classification, l'hypothèse de l'erreur sur la cause, entendue comme une erreur sur les motifs. Toutefois, contrairement aux deux premières hypothèses, l'erreur sur les motifs « n'atteint pas le contrat dans l'un de ses éléments sans lesquels on ne peut concevoir la formation » (J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 195) et ne peut donc recevoir la qualification d'erreur-obstacle.

⁴³⁸ *Traité élémentaire de droit civil*, t II, *Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, 5^{ème} éd., LGDJ, 1909, n° 1053.

peut y avoir contrat en cas d'erreur-obstacle mais seulement un « malentendu »⁴³⁹, certains auteurs proposent de fondre ce type d'erreur dans la catégorie des vices du consentement⁴⁴⁰. Pour cela, il faut considérer que les consentements ont bien été remis⁴⁴¹ mais qu'ils reposent sur une erreur⁴⁴². Par suite, le contrat existe mais il comporte un défaut de validité. Certains arrêts militent en ce sens, qui prononcent la nullité relative du contrat, analysant l'erreur-obstacle en une simple erreur sur la substance⁴⁴³.

Cependant, il est impossible de nier qu'une telle acception de l'existence du contrat se heurte à certains obstacles. D'une part, l'argument de la sanction de l'erreur ne peut en aucun cas être déterminant. En effet, la jurisprudence choisit régulièrement de sanctionner l'erreur-obstacle par la nullité absolue du contrat⁴⁴⁴ et conduit ainsi à penser que le stade du simple vice du consentement se trouve dépassé⁴⁴⁵. D'autre part, raisonner en termes d'existence permet une meilleure adaptation du droit à la situation. En effet, dans la plupart des cas, les parties se rendront elles-mêmes compte qu'elles ne sont parvenues à aucun accord, sans que le juge n'ait à établir que telles ou telles conditions sont respectées⁴⁴⁶. Le caractère éminemment facultatif du recours au juge milite en faveur du choix de l'existence⁴⁴⁷. Enfin, et surtout, si un contrat, pour exister, suppose l'acceptation d'une offre, il semble pour le moins délicat de

⁴³⁹ D'autres auteurs font référence à « un dialogue de sourds » (H., L., J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil : théorie générale. I. Obligations*, 8^{ème} éd., Montchrestien 1998, n° 161) ou à un « quiproquo » (L. Jossierand, *Cours de droit civil positif français, Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*, T. II, 3^{ème} éd., Sirey, 1939, n° 61).

⁴⁴⁰ V. pour une présentation de l'opposition doctrinale : E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ 1997, préf. J.-L. Aubert, n° 168 et s.

⁴⁴¹ Certains auteurs n'envisagent pas la fusion avec les erreurs classiques et se contentent de constater que chaque partie a bien remis un consentement, cette donnée étant suffisante pour constater l'existence du contrat. V. Peltier, *Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé*, préc., n° 13.

⁴⁴² Ch. Larroumet, *Droit civil. T. III. Les obligations. Le contrat. 1^{ère} partie, Conditions de formation*, préc., n° 346. A propos de l'erreur sur la nature du contrat, l'auteur considère « qu'un élément substantiel du contrat peut aussi bien être la nature de ce contrat que la chose qui fait l'objet de l'obligation d'une des parties ». –*Adde* : J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993, n° 495, p. 461. L'auteur refuse l'inexistence qui « ne peut qu'être exceptionnelle et suppose que le contrat soit dépourvu d'un minimum de base permettant de déterminer son contenu ».

⁴⁴³ Cass. req., 6 mai 1878, DP. 1880.1.12, S. 1880. 1. 125. Rapp. Cass. req., 9 déc. 1913, GP 1914.1.229.18

⁴⁴⁴ Cass. civ. 1, 23 nov. 1976, Bull. civ., I, n° 361 ; Cass. civ. 3, 15 avr. 1980, Bull. civ., III, n° 73, D. 1981, IR. p. 314, obs. J. Ghestin, Defrénois, 1981, art. 32682, n° 50, obs. J.-L. Aubert ; CA Paris, 8 juil. 1966, GP 1967. 1. 33. Des auteurs continuent toutefois de penser que toutes les erreurs méritent la sanction de la nullité relative. V. par ex. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 194 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, préc., n° 495.

⁴⁴⁵ Conformément à la théorie moderne des nullités, la violation d'une disposition protectrice d'intérêts privés doit être sanctionnée par la nullité relative alors que la nullité absolue est réservée aux manquements à des règles assurant la défense de l'intérêt général. Or, considérer l'erreur-obstacle comme un vice du consentement devrait conduire à la seule nullité relative.

⁴⁴⁶ V. J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, 1963, p. 5.

⁴⁴⁷ L'une des principales particularités du concept d'inexistence est de dispenser les parties du recours au juge. Toutefois, comme le relève nombre d'auteurs, le moindre litige imposera ce recours. V. *supra*, n° 71.

considérer qu'une telle acceptation a eu lieu⁴⁴⁸. Il est en effet possible de penser, avec de nombreux auteurs⁴⁴⁹, que les volontés n'ont pas pu se rencontrer⁴⁵⁰, l'acceptation ne correspondant pas à l'offre. La jurisprudence civile retient une telle vision en considérant que l'erreur-obstacle fait « obstacle à la rencontre des consentements »⁴⁵¹. Par suite, le contrat n'existe pas à défaut du constat de l'échange des consentements⁴⁵². Ainsi, la jurisprudence relaye la proposition de distinction entre conditions de validité et d'existence en reconnaissant à plusieurs reprises que « la divergence des volontés aura empêché la formation du contrat »⁴⁵³. Si le droit pénal se soumet à cette conception, il doit refuser le constat de l'élément contractuel d'une infraction à défaut de concordance entre l'offre et l'acceptation.

90. La portée de l'erreur-obstacle sur l'élément contractuel. La conséquence immédiate de cette proposition peut a priori sembler gênante, qui revient à refuser toute sanction pénale dès lors que les parties se trouvent dans l'hypothèse d'une erreur-obstacle. Pourtant, le comportement de l'auteur peut parfois demeurer blâmable même si aucun véritable consentement n'a été remis ou, plus exactement, si aucune rencontre des volontés n'est constatée⁴⁵⁴. Il suffit de songer aux infractions de tromperie⁴⁵⁵ ou d'abus de faiblesse⁴⁵⁶

⁴⁴⁸ La différence avec l'erreur prévue par le Code civil s'impose de ce point de vue. Dans le cas de la vente d'un bien, les parties souhaitent toutes deux vendre et acheter le même bien pour tel prix. L'on peut dès lors considérer que l'offre et l'acceptation coïncident.

⁴⁴⁹ V. notamment, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 194 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, préc., n° 495 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 157 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 210.

⁴⁵⁰ L'avant-projet de réforme du droit des obligations retient une telle position en considérant en son article 1109-1 que « les volontés ne se sont pas rencontrées sur les éléments essentiels du contrat ». Le Code Libanais des obligations et des contrats consacre une telle conception en son article 203.

⁴⁵¹ Cass. civ. 3, 21 mai 2008, JCP E. 2008. 2098 : « l'erreur du vendeur sur l'objet même de la vente, laquelle faisait obstacle à la rencontre des consentements, devait entraîner l'annulation de la vente ». D'aucuns relèvent alors la timidité condamnable de la jurisprudence au regard de la sanction prononcée. « La nullité ne devrait pouvoir être logiquement sollicitée que si l'existence du contrat est acquise » : N. Rias, *La sanction de l'erreur-obstacle : pour un remplacement de la nullité par l'inexistence*, RRJ 2009, p. 1251, spéc., n° 14.

⁴⁵² De nombreux auteurs choisissent de dépasser le stade de la validité du contrat. V. notamment : Y. Aubrée, *Contrat de travail (existence et formation)*, *Rép. trav. Dalloz*, 2005, n° 149 : « l'erreur-obstacle, qui caractérise une absence de consentement et qui, partant, devrait plus logiquement être sanctionnée par l'inexistence du contrat que par la nullité de celui-ci » ; M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, LGDJ, 2002, préf. J. Ghestin, n° 212 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 194 : « l'erreur est telle que la formation même du contrat est inconcevable ».

⁴⁵³ CA Pau, 6 juin 2005, JCP E. 2005. 1636. Dans le même sens, CA Orléans, 13 mai 2004, JCP E. 2005. 963 : « Les deux parties ne se sont donc pas entendues sur le prix, de sorte que le contrat de vente ne s'est pas formé ». *Contra* : Cass. civ. 3, 21 mai 2008, JCP E. 2008. 2098 qui affirme l'absence de rencontre des volontés mais conclut à la nullité du contrat.

⁴⁵⁴ Précision retenue par M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 302.

⁴⁵⁵ Le délit de tromperie du Code de la consommation (art. L.213-1) et l'escroquerie (C. pén., art. 313-1) incriminent ainsi un comportement frauduleux de la part de l'auteur qui consiste à tromper sa victime.

pour se convaincre de l'opportunité des poursuites en de telles hypothèses. Toutefois, les risques de négation de l'infraction en cas d'erreur-obstacle doivent être d'une part minimisés et d'autre part justifiés.

Tout d'abord, les hypothèses d'erreur-obstacle sont non seulement extrêmement rares⁴⁵⁷ mais peuvent de plus être écartées par le schéma de nombreuses infractions contractuelles. En effet, l'ensemble de ces infractions n'exige pas la conclusion effective du contrat et vise ainsi la seule période précontractuelle⁴⁵⁸. Dès lors, le défaut d'accord de volontés ne peut empêcher l'infraction d'être constituée. En revanche, les infractions qui supposent la conclusion d'un contrat devraient se trouver exclues en cas d'erreur-obstacle à défaut de rencontre des volontés. Toutefois, certaines d'entre elles ont pour caractéristique de requérir un comportement délictueux comparable au dol⁴⁵⁹ ou à la violence⁴⁶⁰, à l'exclusion ainsi de toute possibilité de simple erreur. Dans ces cas, l'infraction doit être maintenue, puisque l'erreur-obstacle ne peut s'illustrer : ce type d'erreur suppose, en effet, qu'elle soit partagée par les contractants⁴⁶¹, ce qui est impossible pour les infractions supposant une tromperie ou une contrainte. La rareté des illustrations pénales potentielles de l'erreur-obstacle s'explique très logiquement. Le droit pénal n'a en principe vocation qu'à réprimer les comportements attentatoires à l'ordre public, ce qui exclut naturellement les cas d'erreur spontanée⁴⁶².

Ensuite, le schéma infractionnel de certaines incriminations permet non pas d'exclure les très rares hypothèses d'erreur-obstacle mais de justifier l'impossibilité consécutive de constater l'infraction. En effet, la catégorie des infractions contractuelles nommées suppose une qualification précise du contrat⁴⁶³ et ainsi un accord sur sa nature. En exigeant, par exemple, la conclusion d'un prêt par exemple pour constituer l'infraction⁴⁶⁴, l'incrimination implique le constat d'un véritable accord de volontés sur la nature du contrat, à défaut duquel l'infraction ne pourra pas être caractérisée, faute d'élément contractuel. Ce constat semble pouvoir dépasser les infractions contractuelles nommées, dès lors que le fait délictueux se place au

⁴⁵⁶ L'abus de faiblesse du Code pénal (art. 223-15-2) et du Code de la consommation (art. L.122-8) sanctionnent pénalement l'auteur de comportements abusifs.

⁴⁵⁷ Certains auteurs qualifient l'erreur-obstacle d'« hypothèses d'école » (J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. I-L'acte juridique*, préc., n° 194. La jurisprudence révèle néanmoins certains cas de figure dans lesquels la simple erreur sur la substance peut être dépassée. V. *supra*, n° 89.

⁴⁵⁸ V. *supra*, n° 13.

⁴⁵⁹ V. *supra*, n° 81.

⁴⁶⁰ V. *supra*, n° 81.

⁴⁶¹ L'un pense vendre, l'autre pense acheter, sans connaître la discordance entre les deux volontés. En ce sens, v. notamment, J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. I-L'acte juridique*, préc., n° 194.

⁴⁶² Même lorsque le droit pénal semble se contenter d'un comportement non intentionnel, la Chambre criminelle sanctionne une négligence coupable.

⁴⁶³ V. *infra*, n° 125.

⁴⁶⁴ Le délit d'usure (C. conso., art. L. 313-3 al. 1^{er}) suppose la conclusion d'un « prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers » un certain taux.

stade de l'exécution du contrat. Il paraît logique que les parties aient accordé leurs consentements sur le contenu de l'élément contractuel afin de pouvoir envisager l'exécution et partant, l'inexécution. L'impasse serait ainsi flagrante si l'erreur-obstacle n'empêchait pas l'élément contractuel d'être caractérisé : comment déterminer la charge grevant la remise d'un bien si l'une des parties pensait vendre alors que l'autre croyait seulement remettre en dépôt⁴⁶⁵ ? De la même manière, comment pouvoir condamner un individu pour détournement de gage si le débiteur pensait avoir gagé un autre bien ? Par conséquent, le droit pénal doit relayer l'inclusion de l'erreur-obstacle parmi les causes d'inexistence du contrat et donc du défaut d'élément contractuel.

91. Bilan. La recherche des contours de l'élément contractuel impose un tri parmi les conditions de formation du contrat. Animé par une finalité purement sanctionnatrice en ce qu'il vise la répression de comportements répréhensibles, le droit pénal doit rester indifférent aux conditions destinées uniquement à faire produire au contrat ses effets juridiques. Cette directive générale, corroborée par la rédaction et l'interprétation des infractions contractuelles, a alors permis de déterminer une frontière entre existence et efficacité pour ce qui concerne l'exigence d'un échange de consentements. Néanmoins, l'identification d'une situation contractuelle exige également que cet échange porte sur quelque chose. Un contrat, pour être identifié, suppose en effet que les parties aient donné leur consentement à quelque chose : se mettre d'accord suppose un objet de l'accord⁴⁶⁶. Il convient dès lors de déterminer le seuil nécessaire à partir duquel cet objet permettra au contrat de constituer l'élément contractuel d'une infraction.

B- L'objet de l'accord constitutif de l'élément contractuel

92. La nécessaire identification d'un engagement. L'échange de consentements ne peut avoir de sens que dans la mesure où il porte sur quelque chose : « l'objet est indispensable, parce que la volonté a besoin d'une matière sinon elle tournerait à vide »⁴⁶⁷. Ainsi, la logique impose de considérer la matière de l'échange des consentements comme

⁴⁶⁵ Conformément à l'incrimination d'abus de confiance qui exige la remise acceptée d'un bien à charge de le représenter, restituer ou en faire un usage déterminé (C. pén., art. 314-1).

⁴⁶⁶ « Les parties veulent quelque chose de précis, pour une raison précise. Rechercher ce qu'elles veulent c'est déterminer l'objet du contrat » : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 264.

⁴⁶⁷ F. Hage-Chahine, *Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques*, préc., p. 537, n° 21.

faisant partie intégrante de l'identification du contrat⁴⁶⁸ et, pour ce qui concerne le droit pénal, de l'élément contractuel.

Ce constat *a priori* naturel appelle une première précision quant aux risques de confusion avec l'exigence de l'objet du contrat. Entendue au sens général du terme comme l'engagement des parties à une opération, l'expression pourrait parfaitement convenir à la recherche de l'existence du contrat. Toutefois, la présentation juridique classiquement proposée de l'objet implique son dépassement. En effet, la doctrine veille à distinguer, dans une large majorité⁴⁶⁹, l'objet de l'obligation de l'objet du contrat⁴⁷⁰. Le premier renverrait aux prestations auxquelles les parties s'engagent et le second à l'opération juridique convenue entre les parties dans sa globalité. Or, l'une comme l'autre de ces acceptions auraient pour objectif de rechercher tantôt la qualification juridique de l'opération contractuelle⁴⁷¹, tantôt la licéité du contrat⁴⁷². Par conséquent, la référence à la notion d'objet dépasse le simple stade de l'existence du contrat et relève tantôt de l'identification du contrat et non pas d'un contrat, autrement dit de sa qualification *stricto sensu*, tantôt de l'efficacité de ce dernier. En effet, rechercher la licéité du contrat revient nécessairement à étudier la seule validité du contrat : une chose est de considérer qu'un contrat existe, une autre est de qualifier son objet –ou sa cause⁴⁷³– d'illicite⁴⁷⁴. Le schéma de certaines infractions contractuelles confirme cette scission⁴⁷⁵.

⁴⁶⁸ La doctrine étrangère propose une telle vision. V. par ex., A.-J. Bueres, *Objeto del negocio juridico*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1986, spéc., p. 28 : « Hay dos ingredientes cuya presencia en la estructura del negocio resulta inatacable : voluntad y objeto ». Il y a deux éléments dont la présence dans la structure de l'acte juridique est inattaquable : la volonté et l'objet.

⁴⁶⁹ V. par ex., Ch. Larroumet, *Droit civil. T. III, Les obligations. Le contrat, 1^{ère} partie, Conditions de formation*, préc., n° 38, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 265 et s..

⁴⁷⁰ La distinction s'appuie sur les formules employées par le législateur qui tantôt renvoie à l'objet de l'obligation (1129-1130) tantôt à l'objet du contrat (art. 1126-1128). Pour une confrontation des concepts français d'objet et de cause aux projets de codification du droit européen des contrats qui y restent globalement indifférents, v. D. Mazeaud, *La matière du contrat*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 81 et s. La doctrine plus ancienne avait plutôt tendance à assimiler les deux expressions : « on dit tantôt objet du contrat, tantôt objet de l'obligation, au fond cela importe peu » : R. Demogue, *Traité des obligations en général*. T. II, Rousseau, 1923, spéc. p. 544, n° 747. Pour une remarquable présentation historique de la notion d'objet du contrat, v. A.-S. Lucas-Puget in : *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, 2005, préf. M. Fabre-Magnan, p. 41 et s.

⁴⁷¹ En ce sens, Ph. Malaurie et L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 485.

⁴⁷² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 265

⁴⁷³ V. *infra*, n° 96 et s.

⁴⁷⁴ En ce sens, J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, préc., n° 1019.

⁴⁷⁵ Plusieurs incriminations permettent d'envisager le rejet de l'illicéité de l'objet du contrat des composantes de l'élément contractuel. Ainsi en est-il notamment de celles concernant l'éthique biomédicale qui sanctionnent uniquement les contrats à titre onéreux (V. C. pén., art. 511-2 (organes), 511-4 (tissus), 511-9 (gamètes), 511-15 (embryon)). V. sur ces infractions, notamment : G. Giudicelli-Delage, *Droit à la protection de la santé et droit pénal en France*, RSC 1996, p. 13 et s.). En effet, l'infraction rend l'objet du contrat –la vente– illicite alors que le don conserve au contraire toute sa licéité.

En outre, une partie de la doctrine⁴⁷⁶ considère que la notion d'objet impose une présentation tripartite graduelle⁴⁷⁷ permettant d'englober l'objet de la prestation en ce qu'il désignerait la chose fournie par l'une des parties. L'exclusion de cet objet de l'existence du contrat peut se faire de manière encore plus radicale puisque le fait que le contrat porte sur un bien corporel, incorporel ou encore sur un service ne sert pas à la définition contractuelle. Le juge pénal n'a, par suite, pas à en tenir compte dans la caractérisation d'un élément contractuel. Néanmoins, cette donnée ne reste pas totalement indifférente à l'infraction contractuelle dans la mesure où elle sera déterminante dans la recherche de l'objet remis⁴⁷⁸ ou détourné⁴⁷⁹, autre élément constitutif de l'infraction. L'objet tel que traditionnellement entendu dans ses trois acceptions dépasse ainsi le constat d'un engagement de la part des parties pour préciser sa qualification, sa licéité ou encore la chose *lato sensu* fournie par l'une ou les parties.

Affirmer que les parties doivent consentir à quelque chose, à défaut de quoi leur accord n'aurait pas de sens, impose alors une seconde précision. La référence à un engagement de leur part commande une définition de ce dernier à même d'emporter la constitution de l'élément contractuel. Cela revient à poser la question de la portée nécessaire de cet engagement (1), ce qui permet de circonscrire le champ des infractions contractuelles (2).

1) L'identification de l'engagement constitutif de l'élément contractuel

93. Présentation traditionnelle de l'engagement caractéristique du contrat. Une doctrine quasi unanime⁴⁸⁰ définit le contrat comme un acte juridique destiné à produire des

⁴⁷⁶ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 355. La distinction entre l'objet de l'obligation et l'objet de la prestation a été initialement proposée en droit français par G. Marty et P. Raynaud : « il est [...] une confusion qu'il convient d'éviter : c'est celle de l'objet de l'obligation, c'est-à-dire la prestation convenue, et l'objet de cette prestation » in *Les obligations*. T. I, *Les sources*, 2^{ème} éd., Sirey, 1988, n° 171.

⁴⁷⁷ Ou « stratifié » pour reprendre la métaphore géologique employée par A.-S. Lucas-Puget in : *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préc., n° 168.

⁴⁷⁸ Les infractions de formation contractuelle visent en effet la remise d'un ou plusieurs biens déterminés ce qui exclut l'infraction si le bien remis ne correspond pas à la liste fournie par le texte. Il est ainsi, par exemple de l'escroquerie, infraction pour laquelle les immeubles sont exclus. v. sur ce point, Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 573 ; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 778. La jurisprudence n'accepte de retenir l'infraction que si elle porte indirectement sur un immeuble par la remise du titre de propriété par exemple. Seul le titre est alors considéré comme le bien escroqué (v. par ex. Cass. crim., 23 janv. 1997, Bull. crim., n° 34).

⁴⁷⁹ L'article 408 de l'ancien Code pénal ne prévoyait l'abus de confiance qu'en cas de détournement portant sur un bien corporel. L'infraction était donc exclue si l'objet de la prestation –caractérisant la remise préalable au détournement– consistait en un bien incorporel comme une clientèle (Cass. crim., 9 mars 1987, JCP 1988. 20913, note J. Devèze).

⁴⁸⁰ V. par ex. J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, 1^{ère} éd., PUF/Quadrige, 2004, préc., n° 167, et *Droit civil. Les biens. Les obligations*, préc., n° 930 ; J. Ghestin, *La notion de contrat*, D. 1990, p. 147. –Adde : F. Terré, *Sociologie du contrat*, Arch. philo. droit, 1968, t. 13, p. 73.

effets de droit⁴⁸¹. Autrement dit, l'accord de volonté doit « tendre à un effet juridiquement obligatoire »⁴⁸². Il s'agit donc d'évaluer la destination de l'acte et ainsi la volonté des parties. Résumée par la formule *animus contrahendi*, cette deuxième condition du contrat est plus pragmatiquement associée à la possibilité d'un recours judiciaire. Les contractants doivent avoir « voulu établir entre eux un rapport juridique qui permette d'exiger l'exécution d'une obligation »⁴⁸³ ou « admis l'éventualité d'être poursuivis devant les tribunaux en cas d'inexécution de leurs obligations »⁴⁸⁴. En d'autres termes, il s'agirait de déterminer si les parties ont témoigné d'une telle volonté de soumettre leur accord au droit et plus spécifiquement à l'éventuel recours en justice⁴⁸⁵. Ainsi, c'est cette destination potentiellement judiciaire de l'accord qui le rendrait contractuel.

Le juge pénal a, à certaines occasions, semblé abonder dans le sens d'une telle définition de l'élément contractuel de l'escroquerie. En effet, sous l'empire de l'ancienne définition de l'objet de la remise⁴⁸⁶, la Chambre criminelle opta pour une interprétation stricte des termes « obligations, dispositions, promesses ou décharges », en considérant que ces expressions embrassaient « tous les actes qui forment un lien de droit et à l'aide desquels on peut préjudicier à la fortune d'autrui »⁴⁸⁷. Le lien de droit requis paraît ainsi postuler la recherche de la portée juridique de l'acte consenti. Pourtant, les infractions contractuelles, tant par leur rédaction que par certaines interprétations jurisprudentielles, révèlent l'inadaptation de cette définition au droit pénal et imposent donc un constat d'incompatibilité de ce critère classique avec l'élément contractuel.

94. L'inadaptation du critère à la rédaction des infractions contractuelles. Le législateur lui-même fournit le premier obstacle à l'application du critère classique du contrat à l'élément contractuel. S'il fallait ne prendre qu'un exemple, celui du proxénétisme, envisagé naturellement dans son acception contractuelle, permettrait de mesurer la difficulté. L'article

⁴⁸¹ Selon les principes de droit européen des contrats, « un contrat est conclu dès lors que (a) les parties entendaient être liées juridiquement » (art. 2. 101, 1).

⁴⁸² L. Boyer, *Contrats et conventions*, Rép. civ. Dalloz, 1993, mise à jour 2010, n° 5.

⁴⁸³ S. Hocquet-Berg, *Remarques sur la prétendue convention d'assistance*, GP 1996, doctr. 32. – Adde : J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations*, J.-Cl. Civ., art. 1146 à 1155, fasc. 11-10, 2003, n° 14 qui fait référence au nécessaire « pouvoir de contrainte ».

⁴⁸⁴ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 172. Dans le même sens, v. notamment : B. Oppetit, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, p. 107, spéc., n° 13 ; B. Petit, *Contrats et obligations. Définition et classification des contrats*, J.-Cl. Civ., art. 1101 à 1108-2, fasc. unique, 2004, n° 18.

⁴⁸⁵ Une nuance peut être apportée qui consiste à retenir l'*animus contrahendi* en présence non seulement d'une intention avérée d'aller devant les tribunaux en cas d'inexécution mais aussi dans l'hypothèse dans laquelle les parties auraient accepté si on leur avait soumis l'idée au moment de contracter.

⁴⁸⁶ Anc. C. pén., art. 405.

⁴⁸⁷ Cass. crim., 12 nov. 1864, DP. 1865. 5. 158 ; 3 août 1950, D. 1950, p. 667 ; 1er avr. 1963, Bull. crim., n° 140.

225-10 du Code pénal incrimine notamment le fait de vendre des locaux⁴⁸⁸ ou de louer des véhicules⁴⁸⁹ à des personnes en sachant qu'elles s'y livreront à la prostitution. Ces contrats de vente ou de location sont inévitablement entachés d'un vice rendant le contrat illicite⁴⁹⁰, la conscience de ce vice étant d'ailleurs considérée comme une condition de l'infraction⁴⁹¹. Or, comment admettre dans une telle hypothèse, que les parties à la vente ou au contrat de location avaient l'intention de soumettre leur accord au droit ? Le recours au juge fait figure ici, sinon de l'issue redoutée, au moins d'une potentialité exclue. L'accord est destiné à rester secret, hors de toute portée juridique⁴⁹².

Ainsi, plus généralement, la question se pose de savoir si un contrat reposant sur une cause illicite⁴⁹³ est compatible avec la recherche d'une telle portée. Or, le droit pénal foisonne d'infractions dont la particularité est de réunir situation contractuelle et cause illicite⁴⁹⁴. Il faut

⁴⁸⁸ C. pén., art. 225-10, 3°.

⁴⁸⁹ 4°.

⁴⁹⁰ Cet exemple sert d'ailleurs d'illustration courante à la présentation de la licéité de la cause comme condition de validité du contrat. V. par ex. Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 268. Pour une application jurisprudentielle, v. Cass. com., 27 avr. 1981, D. 1982, p. 51.

⁴⁹¹ La conscience de la destination du bien subordonne la consommation de l'infraction : « en ayant conscience qu'elles s'y livreront à la prostitution ».

⁴⁹² Il faut toutefois réserver l'hypothèse dans laquelle la partie ayant connaissance de l'illicéité de l'opération entend la dissimuler à l'autre afin de soumettre leur accord au droit.

⁴⁹³ Le Code civil exige à deux reprises que la cause soit licite pour que le contrat soit valable (art. 1108 et 1131), c'est-à-dire qu'elle ne soit pas « contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs » (art. 1133). Définie aussi largement, la question de la licéité de la cause paraît faire double emploi avec la recherche de la licéité de l'objet. Cette assimilation suppose cependant de raisonner sur la cause dite objective, entendue comme « la contrepartie en considération de laquelle l'engagement est souscrit » (F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 362). C'est pourquoi doctrine et jurisprudence s'accordent à opérer le contrôle de la licéité de la cause à travers les motifs ou les mobiles propres aux parties. Un tel contrôle permet ainsi de dépasser la licéité apparente du contrat pour déterminer si « l'arrière-pensée d'un contractant » (J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, préc., n° 976) n'est pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Le projet de réforme de la Chancellerie, inspiré en cela par l'avant-projet de réforme du droit des obligations, propose de ne retenir désormais que la formule licéité du contrat, indépendamment des références à sa cause et son objet. Ainsi, « est illicite le contrat prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » (art. 88). V. A. Ghazi, Y. Lequette, *La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie*, D. 2008, p. 2609 ; Ph. Malinvaud, *Le contenu certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations, ou le « stoemp » bruxellois aux légumes*, D. 2008, p. 2551.

⁴⁹⁴ D'autres infractions contractuelles laissent envisager la remise d'un contrat nul pour cause illicite. Le délit de prise illégale d'intérêts par exemple, tel qu'incriminé à l'article 432-12 du Code pénal, permet de viser la conclusion de contrats passés au mépris de ce texte. La nullité dudit contrat n'est pas discutée mais la doctrine s'interroge sur le fondement de cette sanction. Si certains auteurs proposent de retenir le motif de l'incapacité (En ce sens, v. M. Segonds, *Prise illégale d'intérêts*, *Rép. pén. Dalloz*, 2006, n° 11. V. *supra*, n° 80), la jurisprudence a proposé de se focaliser sur le caractère illicite de sa cause (CA Dijon, 15 mars 1894, DP. 1894. 2. 471). Le droit pénal des sociétés se trouve également porteur d'infraction dont l'élément contractuel (sur la qualification contractuelle du contrat de société, v. *supra*, n° 92) porte en lui la cause de son annulation, à travers l'illicéité de la cause. C'est ainsi que l'infraction de souscription par la société de ses propres actions (C. com., art. L.225-206, I : « Est interdite la souscription par la société de ses propres actions, soit directement, soit par une personne agissant en son propre nom, mais pour le compte de la société ») vise, en plus du contrat de société servant de cadre à l'infraction, la possibilité de recourir à une convention de prête-nom. Or, cette dernière est nulle de par sa présence dans le texte d'incrimination, sur le fondement de l'illicéité de sa cause (En ce sens : J.-Ch. Saint-Pau, *L'anonymat et le droit*, t. 1, th. Bordeaux IV, 1998, n° 286). Les infractions de corruption et de trafic d'influence fournissent également l'illustration d'une possible coïncidence entre illicéité du contrat et

alors, soit admettre que dans de telles hypothèses l'infraction ne peut être contractuelle à défaut systématique de contrat, soit considérer que le contrat, tel que perçu par le droit pénal, impose de rejeter de sa définition l'*animus contrahendi* tel que traditionnellement envisagé. La doctrine civile semble accepter la possible dissociation entre l'existence du contrat et la recherche de sa licéité. L'ensemble des auteurs évoquent, en effet, la question de l'illicéité de la cause du contrat sans contester l'existence de ce dernier⁴⁹⁵.

A cela s'ajoute le constat selon lequel certaines infractions potentiellement contractuelles paraissent incompatibles avec l'exigence de la volonté de faire produire des effets de droit au contrat conclu. Ainsi en est-il particulièrement du délit d'extorsion qui suppose que la victime remette son engagement sous la contrainte⁴⁹⁶ potentiellement physique⁴⁹⁷. Dans une telle hypothèse, comment admettre que ladite victime entende faire produire à son consentement un quelconque effet de droit ? D'ailleurs, une partie de la doctrine civile considère, au titre des vices du consentement, que la violence physique devrait emporter la nullité absolue du contrat, à défaut d'un véritable consentement⁴⁹⁸. Or, il est plutôt possible de considérer, avec certains auteurs, que dans un tel cas, la victime conclut véritablement un contrat mais seulement « afin d'échapper à un mal plus grave dont elle est menacée pour le cas où elle refuserait de s'engager »⁴⁹⁹. Il est donc possible de considérer que le consentement a bien été remis mais que l'auteur de ce dernier n'a aucune réelle intention de s'engager juridiquement au point de recourir au juge en cas de défaillance⁵⁰⁰.

Par conséquent, la recherche de la production d'effets de droit ne peut logiquement figurer parmi les composantes de l'élément contractuel de ces infractions. Le juge pénal corrobore un tel bilan.

95. L'inadaptation du critère à l'interprétation des infractions contractuelles. Le juge pénal, en second lieu, confirme clairement l'impossibilité d'inclure la recherche d'une volonté de produire des effets de droit dans la définition de l'élément contractuel. En effet, la

infraction (v. pour une illustration du prononcé de la nullité du contrat de corruption sur le fondement de la cause illicite : Req. 15 mars 1911, DP 1911. 1. 382).

⁴⁹⁴ Cass. crim., 25 juin 1956, JCP 1956. II. 9413.

⁴⁹⁵ V. par ex. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 362

⁴⁹⁶ C. pén., art. 312-1.

⁴⁹⁷ V. pour une illustration : Cass. crim., 19 janv. 2000, n° 98-87690.

⁴⁹⁸ V. notamment, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 250.

⁴⁹⁹ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 216.

⁵⁰⁰ Les projets de réforme du droit des obligations n'optent d'ailleurs pas pour la distinction entre nullité relative et absolue et considèrent ainsi le vice de violence même physique comme un vice du consentement ne remettant pas en cause la remise du consentement elle-même. V. les articles 1115 al. 1 de l'avant-projet de réforme et 64 du projet de la Chancellerie.

jurisprudence considère à propos de l'abus de confiance que « si la cause d'un mandat était illicite, en ce que le contrat avait pour but de faire fraude à la loi, le mandataire ne peut trouver un motif d'impunité dans le vice du contrat dès qu'il a frauduleusement violé le mandat au détriment du propriétaire des valeurs détournées »⁵⁰¹. Plus généralement, le juge pénal considère que « l'illicéité prétendue du contrat, aux termes duquel le prévenu a reçu les biens détournés, ne saurait être utilement invoquée [...] »⁵⁰². A une époque où le contrat était le seul cadre de l'infraction⁵⁰³, prononcer clairement l'indifférence du droit pénal à la licéité de sa cause imposait ainsi d'exclure cette condition de validité du contrat des composantes de l'élément contractuel de l'infraction. Par suite, la recherche de la production d'effets de droit ne peut logiquement figurer parmi lesdites composantes.

96. Bilan : l'exclusion nécessaire de la portée juridique de l'accord. Si portée juridique signifie, comme en témoigne le consensus doctrinal, portée potentiellement judiciaire, l'élément contractuel ne doit pas receler une telle composante. Pareille affirmation suppose alors de mesurer l'influence de cette exclusion sur le champ d'application des infractions contractuelles.

2) L'impact de l'engagement identifié sur l'élément contractuel

97. L'impact pénal de l'exclusion de la portée juridique. Admettre qu'un accord reposant sur une cause illicite n'empêche pas la constitution d'une infraction contractuelle impose de considérer l'élément contractuel comme dispensé de considération sur la licéité de la cause. Par conséquent, la volonté de faire produire des effets de droit, telle que classiquement requise pour établir la présence d'un contrat, ne peut figurer parmi les composantes de l'élément contractuel d'une infraction. Une telle affirmation doit alors prendre toute son ampleur : si le droit pénal reste indifférent à la recherche de la portée juridique de l'accord, l'hypothèse d'une cause illicite ne peut être seule concernée.

⁵⁰¹ Cass. crim., 25 juin 1956, JCP 1956. II. 9413. Un contentieux s'est fait jour au sujet de paris faits par l'intermédiaire d'une personne. A l'époque, la loi du 2 juin 1891, modifiée par celle du 24 mai 1951, interdisait la prise de pari par quiconque, l'intervention de tout intermédiaire. La mission dont se chargeait le mandataire de recevoir les tiercés et de les remettre au PMU était donc illicite.

⁵⁰² Cass. crim., 12 mai 1964, Bull. crim., n° 161 ; 23 mars 1977, *ibid.*, n° 108 ; 20 juin 1984, *ibid.*, n° 233 ; 10 mai 1990, *ibid.*, n° 179, GP 1990.2. somm. 634.

⁵⁰³ L'arrêt cité a été rendu au sujet de l'ancienne incrimination d'abus de confiance pour laquelle le législateur imposait le constat d'un des contrats nommément visés. La jurisprudence prononce d'ailleurs cette exigence d'indifférence pour d'autres infractions, telles que le délit de prise illégale d'intérêts : Cass. crim., 5 juin 1890, DP. 1891, 1. 42.

La question suscite un intérêt au sujet du délit d'abus de confiance. Rejetant la référence à des contrats nommés anciennement de mise⁵⁰⁴, le législateur opte désormais pour une description de la situation à même d'augurer un détournement. L'incrimination vise ainsi le détournement de fonds, de valeurs ou de biens consécutif à leur remise acceptée à charge de les rendre, représenter ou en faire un usage déterminé⁵⁰⁵. Certains auteurs ont alors fait valoir que cette nouvelle rédaction permettrait, depuis lors, à l'infraction d'embrasser, en plus des remises contractuelles, des remises purement matérielles⁵⁰⁶, jusque-là réservées au délit de vol⁵⁰⁷. Tout accord, même dépourvu de nature contractuelle, devrait ainsi pouvoir entraîner un détournement pénalement répréhensible. Si la jurisprudence semble en ce sens, qui reconnaît que l'infraction « ne suppose pas nécessairement que la somme détournée ait été remise en vertu d'un contrat »⁵⁰⁸, ce détour par la notion de remise purement matérielle –opposée à la remise contractuelle– peut désormais paraître inutile. En effet, si le droit pénal accepte la qualification contractuelle dans des hypothèses où l'illicéité du contrat est manifeste, cela revient à admettre que la recherche d'un engagement juridique ne peut faire partie des composantes de cette qualification. Or, les remises dites purement matérielles ont pour seule caractéristique de ne pas révéler cette volonté de faire produire des effets de droit à l'accord⁵⁰⁹. Le débat n'est certes pas décisif puisque la doctrine s'accorde à reconnaître l'application de l'abus de confiance à de telles remises. Toutefois, une certaine cohérence de l'élément contractuel de l'abus de confiance pourrait être trouvée en considérant que le droit pénal doit rester indifférent à la portée juridique de l'accord et, plus précisément ici, à la volonté d'une telle portée.

Si les conséquences de l'exclusion de la destination juridique paraissent minimes pour l'abus de confiance au vu du recours doctrinal aux remises matérielles, d'autres infractions contractuelles imposent une présentation plus précise. Par exemple, le délit d'escroquerie se trouve constitué dans son versant contractuel par la remise d'un acte opérant obligation. La jurisprudence, en exigeant en ce cas que l'acte forme un lien de droit⁵¹⁰, paraît subordonner,

⁵⁰⁴ C. pén. anc., art. 408.

⁵⁰⁵ C. pén., art. 314-1.

⁵⁰⁶ Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 548 ; S. Fournier, *Quel domaine pour l'abus de confiance ?*, in *Réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 113, n° 7 ; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 809 ; R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 119 ; M. Véron, *L'abus de confiance. Son extension dans l'espace et dans le temps*, in *Les droits et le Droit : mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1155.

⁵⁰⁷ V. notamment, Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 521.

⁵⁰⁸ Cass. crim., 18 oct. 2000, Dr. pén., 2001, comm. 28, note M. Véron.

⁵⁰⁹ Les exemples les plus couramment donnés pour illustrer cette catégorie sont la remise d'une chose aux fins d'estimation ou d'essai.

⁵¹⁰ V. *supra*, n° 93.

contrairement à d'autres infractions, la formation de l'élément contractuel à la portée juridique de ce dernier. Entendu strictement, ce lien de droit impose alors de caractériser la volonté des parties de se lier juridiquement et ainsi, conformément à la définition classique, de se soumettre éventuellement à un recours judiciaire. Faut-il dès lors considérer cette infraction comme une exception à la notion de contrat en droit pénal ? Il semble pouvoir n'être rien si l'on observe les raisons animant cette proposition. De manière expresse, les arrêts s'étant prononcés en ce sens expliquent l'exigence d'un lien de droit, pour cette infraction, par la nécessité de « préjudicier à la fortune d'autrui »⁵¹¹. Autrement dit, le choix de la portée juridique de l'acte constitutif de la remise incriminée s'expliquerait par celui de subordonner l'infraction à la présence d'un préjudice économique. Le recours à la destination de l'acte, et partant, à son efficacité paraît alors pleinement justifié au vu du but poursuivi. Cependant, cette vision de l'escroquerie a manifestement vécue puisque désormais le juge pénal refuse de soumettre la consommation de l'infraction à un préjudice économique⁵¹². Logiquement, il a alors pu se prononcer en faveur de l'indifférence à la nullité du contrat⁵¹³. Ainsi modifié, le schéma infractionnel de l'escroquerie incite donc à envisager l'efficacité du contrat comme surabondante et permettrait alors de justifier l'exclusion de la portée juridique des conditions de l'élément contractuel. Le champ d'application de l'infraction s'en trouve par suite modifié, puisque non limité aux accords ayant formé un lien de droit, entendu strictement.

Toutefois, la modification de la physionomie du préjudice⁵¹⁴ telle qu'observée en jurisprudence milite en faveur de cette extension : l'escroquerie se trouve désormais présentée comme protectrice du consentement⁵¹⁵. Ainsi, l'emploi de manœuvres frauduleuses ayant déterminé la remise d'un engagement non destiné à produire des effets de droit devrait tomber sous le coup de la loi pénale. Ne doit-on pas en effet considérer que la remise d'un consentement à une vente ou un mandat illicite –en connaissance de cause– consécutive à l'usage de procédés trompeurs puisse caractériser l'escroquerie ? L'accueil favorable de contrats illicites en matière de d'abus de confiance⁵¹⁶ ou de vol⁵¹⁷ semble imposer pareille

⁵¹¹ V. les arrêts précités.

⁵¹² L'exemple le plus illustrant réside dans le fait que la jurisprudence considère l'escroquerie comme constituée alors même que le contrat a été conclu à des conditions pécuniaires, sans faveur particulière pour l'escroc. V. par ex. Cass. crim., 25 oct. 1967, Bull. crim., n° 269. En ce sens, v. R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 796 ; A. Valoteau, *Les vices du consentement et le droit pénal*, préc., n° 305.

⁵¹³ Cass. crim., 9 juillet 1969, RSC 1969, p. 883.

⁵¹⁴ Pour une présentation plus détaillée de cette évolution, v. *infra*, n° 234 et s.

⁵¹⁵ V. notamment, A. Dadoun, *La nullité du contrat*, préc., n° 103 ; R. Haïk, *Droit pénal des contrats*, préc., n° 24 ; W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 11.

⁵¹⁶ Cass. crim., 12 mai 1964, Bull. crim., n° 161 ; 23 mars 1977, *ibid.*, n° 108 ; 20 juin 1984, *ibid.*, n° 223 ; 10 mai 1990, *ibid.*, n° 179, GP 1990. 2. somm. 634.

solution⁵¹⁸. Plus encore, le juge pénal a pu constater l'infraction d'escroquerie dans une hypothèse de marché noir dont l'illicéité était connue de la victime⁵¹⁹. Or, reconnaître l'infraction en l'espèce impose de considérer que la portée juridique de l'acte ne peut interférer dans l'examen de l'élément contractuel.

Justifiée par la démarche générale du droit pénal et la construction spécifique de certaines infractions contractuelles, l'exclusion de la portée juridique de l'élément contractuel ne se trouve pour autant pas inconnue du droit civil.

98. L'écho civil de l'exclusion de la portée juridique. Si le critère de la portée juridique constitue toujours le principe pour identifier un contrat, certaines failles se font jour au sein même de la matière contractuelle.

L'on constate d'une part, que la recherche de l'illicéité de la cause ne fait pas l'objet d'une présentation parmi les composantes de l'existence du contrat et réside au contraire, même pour la doctrine sollicitant la distinction des conditions de formation⁵²⁰, dans la catégorie des conditions de validité du contrat. Or, il semble particulièrement compliqué d'admettre qu'en cas de cause illicite connue des contractants, ces derniers aient entendu fournir à leur accord une réelle portée juridique telle que traditionnellement entendue. Plus radicalement, certains admettent qu'un engagement peut être identifié, indépendamment de la recherche de la licéité du contrat. D'aucuns affirment en effet à propos d'accords illicites que « quoiqu'elles sachent parfaitement ces accords conclus en marge ou en violation de la loi, les parties entendent bien les appliquer et se considèrent comme liées »⁵²¹. La jurisprudence civile ratifie parfois un tel raisonnement⁵²². Ainsi, la dissociation imposée en matière pénale entre l'accord créateur d'engagement et celui destiné à produire des effets de droit ne semble pas totalement ignorée en droit civil.

⁵¹⁷ La jurisprudence a ainsi choisi de réprimer le vol de stupéfiants malgré l'évidente illicéité du bien soustrait : Cass. crim. 5 nov. 1985, Bull. crim., n° 340.

⁵¹⁸ Certains auteurs font d'ailleurs valoir que l'escroquerie, comme le chantage, reposeraient systématiquement sur une cause illicite. En effet, le contrat remis par la victime fait nécessairement suite à un acte illicite antérieur. Or, « dans ce cas de figure qui recouvre l'ensemble des contrats tirant leur origine d'un acte illicite antérieur, la cause illicite constitue, en droit des contrats, le seul fondement de nature à justifier la nullité. » : R. Haïk, *Droit pénal des contrats*, préc., n° 308.

⁵¹⁹ Cass. crim., 15 juil. 1948, JCP 1948. II. 4488.

⁵²⁰ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, préc., n° 976 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. I-Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 423. L'illicéité de la cause est envisagée dans le titre consacré à la validité du contrat.

⁵²¹ B. Oppetit, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, p. 107.

⁵²² V. pour un exemple : CA Paris, 30 juin 1995, RTDciv. 1996 p. 892, note J. Mestre, JCP E. 1996. II. 795, note J.-J. Daigre. Le Professeur Mestre souligne la chronologie du raisonnement : « Considérant que la société Metaleurop a souscrit un véritable engagement juridique, la Cour de Paris doit ensuite affronter la question de sa licéité ».

D'autre part, cette même dissociation anime doctrine et jurisprudence dans la recherche d'une frontière entre contrat et accord de volontés non obligatoire. Théoriquement, la clé de la qualification contractuelle réside dans la volonté d'établir « un rapport juridique qui permette d'exiger l'exécution d'une obligation »⁵²³. La tâche n'est pas aisée, car animée par l'idée que le recours au juge doit peser dans l'esprit des parties. Cela rend notamment l'effort de classification délicat pour les accords passés entre membres d'une même famille ou dans le cercle amical. Il paraît en effet tentant de considérer que les prestations gratuites de services ne font pas naître un contrat, en particulier lorsqu'il s'agit d'entraide entre voisins ou parents. Pourtant, l'étude de la jurisprudence révèle parfois son choix, en certaines circonstances, pour une vision plus minimaliste du contrat, se rapprochant de la conception pénale. En effet, la jurisprudence opte, tout d'abord, pour une telle qualification contractuelle au sujet de relations d'aide bénévole⁵²⁴, alors même que la doctrine considère que « l'intention de complaisance [...] qui caractérise l'acte bénévole paraît inconciliable avec la volonté de se lier fermement qu'implique l'engagement contractuel »⁵²⁵. Ensuite et surtout, les mêmes juges considèrent que les engagements d'honneur, qui, par principe pourtant, reposent sur le rejet du recours judiciaire⁵²⁶, peuvent recevoir la qualification de contrats⁵²⁷.

Enfin, le législateur lui-même est parfois intervenu pour imposer des obligations contractuelles à un accord dont les parties entendaient clairement échapper au droit. Ainsi, l'article L. 8251-2 du Code du travail prévoit que l'employeur d'étrangers en situation irrégulière⁵²⁸ demeure soumis à certaines obligations dont la nature contractuelle a été par ailleurs affirmée en jurisprudence⁵²⁹. La matière contractuelle fournit donc également l'illustration manifeste d'une dissociation entre la volonté de s'obliger des parties et la portée juridique de leur accord⁵³⁰.

⁵²³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 55.

⁵²⁴ Cass. civ. 1, 8 nov. 1977, Bull.civ. I, n° 406 p. 524 ; 10 oct. 1995, CCC. 1996, n° 1, obs. L. Leveneur ; 16 juillet 1997, D. 1998, p. 566, note F. Arhab, RTDciv. 1997, p. 944, obs. P. Jourdain ; 17 déc. 1996 et 13 janv. 1998, D. 1998, p. 580 note Viala, JCP 1998.I.144, n° 6, obs. G. Viney ; CA Orléans, 1er juillet 2002, JCP 2003. IV.2542 ; CA Bourges, 14 oct. 2002, JCP 2003. IV. 2543. –*Contra* : Cass. civ. 2, 18 mars 1992, JCP 1992. IV. 1525 ; 26 janv. 1994, RTDciv. 1994, p. 864, obs. P. Jourdain ; 10 juin 1998, JCP 1999. II. 11042, note Y. Mandin ; Cass. civ. 1, 7 avr. 1998, Defrénois 1998. 1050, obs. Ph. Delebecque.

⁵²⁵ P. Jourdain, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1993, RTDciv. 1993, p. 584.

⁵²⁶ B. Oppetit, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, p. 107.

⁵²⁷ Engagement de ne plus copier les produits commercialisés par une société : Cass. com., 23 janv. 2007, D. 2007, p. 442, obs. X. Delpech. Pour un exemple d'engagement dans le cadre familial, v. Cass. civ. 2, 27 nov. 1985, Bull. civ., II, n° 178, p.168, RTDciv. 1986, p. 789, obs. J. Mestre.

⁵²⁸ Selon les dispositions de l'article L. 8251-1.

⁵²⁹ V. les développements, *infra*, n° .

⁵³⁰ Certains auteurs proposent d'ailleurs de radicaliser cette dissociation en dotant la jurisprudence du pouvoir d'établir seule la portée juridique d'un acte sur le fondement de leur légitimité : « les tribunaux sont donc libres de doter certains actes d'un effet obligatoire dès lors qu'ils sont utiles et justes et concrètement, parce que la bonne foi ou l'équité l'imposent » (J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité*

99. Bilan : l'identification de l'engagement nécessaire et suffisant. La portée juridique entendue au sens de portée judiciaire, conformément à la définition classiquement proposée, ne doit pas figurer parmi les composantes de l'élément contractuel de l'infraction. Seule une telle affirmation permet en effet d'assurer la cohérence du droit pénal tant au vu de sa finalité répressive que du schéma retenu pour nombre d'infractions contractuelles. Autrement dit, si l'accord de volontés doit nécessairement avoir un objet, ce dernier ne doit en aucun cas être destiné à saisir le juge pour obtenir exécution ou réparation. Le contrat en droit pénal repose ainsi seulement sur l'identification d'un engagement de la part des parties qui ont remis leur consentement sans qu'une vocation juridique et donc judiciaire n'ait à être identifiée.

Cela implique alors un dernier détour par le droit civil pour déterminer ce en quoi positivement cet engagement doit consister. A cette fin, il est apparu que les acceptions juridiques de l'objet du contrat ne pouvaient convenir à appréhender la « matière » de l'accord de volontés. Un parallèle avec la notion de cause pourrait alors également être proposé, à condition toutefois d'éviter de pénétrer dans les méandres qu'elle peut impliquer⁵³¹. Il s'agit en effet, dans une optique de droit pénal, de déterminer avec simplicité l'opération contractuelle à laquelle les parties consentent afin de constater l'existence d'un contrat et permettre ensuite sa qualification. Ainsi expliquée, la démarche exclut de déterminer avec précision la cause de l'obligation de chacun des contractants, l'intérêt précis de chaque partie à s'engager mais semble pour autant pouvoir trouver sa solution dans le droit des obligations. Avant d'être précisée pour participer à sa fonction de contrôle de la validité du contrat, la cause peut être définie simplement comme « le but en vue duquel les parties ont contracté »⁵³², ce que le juge pénal peut alors se contenter de constater. Si la doctrine s'accorde difficilement sur une définition générale et unitaire de la cause, la plupart des auteurs conviennent cependant de son caractère essentiel, nécessaire à la définition même de

contractuelle. Fait générateur. Obligations, J.-Cl. Civ., art. 1146 à 1155, fasc. 11-10, 2003, n° 18). Ces considérations peuvent être alors rapprochées de la démarche du droit pénal. En effet, le juge dispose dans les deux cas d'une faculté de dissocier la volonté des parties de la portée juridique de l'accord afin de parvenir à un objectif jugé supérieur : la sanction de comportements répréhensibles pour le droit pénal, la recherche de l'équité pour le droit civil.

⁵³¹ La notion de cause est considérée comme l'une des plus complexes du droit des obligations et anime les controverses doctrinales depuis le 19^{ème} siècle. V. la bibliographie citée par J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1-L'acte juridique*, 14^{ème} éd., par E. Savaux, Dalloz, 2010, n° 253 note 1.

⁵³² La formule est attribuée à Domat et citée par J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 255.

l'acte⁵³³ ce qui milite en faveur de son appartenance à l'existence du contrat. Pareille formule générale dispose d'ailleurs aujourd'hui d'un regain d'intérêt avec les projets de réforme des obligations et spécialement avec celui dit de la Chancellerie, qui propose parmi les conditions essentielles à la validité d'un contrat, « un contenu certain »⁵³⁴. Les auteurs décrivent cette formule mais le fondement de la critique ne fait qu'approuver sa pertinence dans une optique de détermination des conditions nécessaires à l'identification d'un contrat en droit pénal. En effet, la doctrine conteste l'appartenance de cette mention aux conditions de validité du contrat⁵³⁵ en considérant qu'à défaut de ce contenu, il ne peut y avoir de contrat. C'est dire ainsi que le contenu du contrat peut davantage constituer une condition de son existence⁵³⁶.

⁵³³ V. notamment, G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n° 108 : « la cause suffit à qualifier l'acte juridique, [qu']elle en est l'élément fondateur ».

⁵³⁴ Art. 49 figurant dans le Chapitre VI : « validité ».

⁵³⁵ « Cela n'a pas de sens de dire qu'un contrat doit avoir un « contenu certain » à peine de nullité : Ph. Malinvaud, *Le « contenu certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » du code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes*, D. 2008, p. 2551 et s.

⁵³⁶ En ce sens, Ph. Malinvaud, *Le « contenu certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » du code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes*, préc.

Conclusion du premier chapitre

100. De l'apparence à l'existence du contrat en droit pénal. En visant le contrat parmi les composantes d'une infraction, le législateur n'exige pas nécessairement une transposition de l'ensemble du régime contractuel mais impose toutefois logiquement de pouvoir identifier le contrat.

D'un avis presque unanime, la doctrine explique les positions jurisprudentielles relatives à cette identification par le recours à la théorie de l'apparence. Plus précisément, les auteurs considèrent qu'en droit pénal, une apparence de contrat peut suffire. Décisive dans de nombreuses matières, cette théorie peut en revanche ne pas emporter la conviction dans l'appréhension du contrat en droit pénal. En plus de faire dépendre la constatation de l'infraction du seul recours à la valeur protégée, l'apparence de contrat ne consacre aucune définition positive de ce que le contrat doit être, en droit pénal, pour caractériser l'élément contractuel d'une infraction.

Pourtant, pareille définition peut être envisagée, dès lors qu'une référence à la matière contractuelle est admise. Or, la distinction fonctionnelle des conditions associées à la phase de formation du contrat commande cette référence. En effet, pour être identifié, le contrat en droit pénal ne peut ignorer les règles prévues par le droit civil. La référence aux règles contractuelles permet alors d'envisager la transposition d'une notion connue du droit civil : l'existence du contrat. Malgré les critiques qu'elle peut susciter à l'égard de son rôle en matière contractuelle, cette notion se révèle décisive dans une simple optique de définition du contrat, qui plus est en droit pénal. Plus encore, la notion d'existence trouve finalement un écho manifeste non seulement en jurisprudence mais aussi dans les textes. Une proposition s'éclaire alors : le contrat en droit pénal n'a pas à revêtir l'apparence d'un contrat mais doit caractériser les conditions de son existence. En confrontant les éléments de définition du contrat prévus par le droit civil aux positions adoptées en matière pénale, l'identification générale d'une opération contractuelle apparaît. Pour constituer l'élément constitutif d'une infraction, l'opération doit, d'une part, reposer sur un échange de consentements, et ce quelle que soit leur qualité, pourvu qu'ils se rencontrent. D'autre part, l'échange des consentements ne peut avoir de sens que s'il porte sur un engagement. Ce dernier doit alors être considéré

dans sa plus simple acception c'est-à-dire par le seul biais de son contenu et à l'exclusion de sa portée juridique.

L'existence du contrat ainsi définie autorise alors, dans un second temps, à procéder à l'identification spéciale du contrat autrement dit, à sa qualification spéciale.

Chapitre II - L'identification spéciale de l'opération contractuelle

101. La recherche des éléments constitutifs spéciaux. Le juge pénal, confronté à une infraction contractuelle, doit caractériser avec autant de précision l'élément contractuel que les autres éléments constitutifs. Après avoir identifié l'acte juridique contractuel, il doit déterminer la présence d'une opération contractuelle spéciale. A cette fin, la précision de l'incrimination se révèle décisive : le juge pénal détermine si le contrat présenté devant lui correspond aux prescriptions du législateur. D'aucuns seraient alors tentés de transposer l'idée d'existence du contrat à cette opération, ce qui interroge sur sa nature.

102. La nature de l'opération d'identification. L'existence d'un contrat supposerait ainsi la présence des « éléments constitutifs généraux, exigés dans tous les contrats quelle que soit leur nature, et les éléments constitutifs spécifiques qui sont exigés, à titre supplémentaire, pour certains contrats »⁵³⁷. L'analogie avec la notion d'existence peut ne pas convaincre puisque la sanction du défaut d'un élément spécifique à un contrat ne doit pas conduire au constat de son inexistence. En effet, si le défaut de l'une des composantes de la définition *de* contrat entraîne le constat du néant contractuel, celui d'une composante de la définition *du* contrat en particulier permet, au contraire, de « convertir »⁵³⁸ le contrat en modifiant sa qualification. C'est ainsi à une opération juridique de qualification que conduit la mention d'une situation contractuelle dans une infraction. Le doyen Battifol observait que « le travail quotidien du juriste consiste à déterminer la catégorie juridique applicable à un cas concret »⁵³⁹. Plus précisément, la qualification se présente traditionnellement comme « une opération intellectuelle d'analyse juridique consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante, en

⁵³⁷ V. F. Hage-Chahine, *Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques*, préc., n° 19.

⁵³⁸ Conformément à la formule de « théorie de conversion » : « l'accord des parties est récupérable en ce que le contrat auquel l'élément constitutif spécifique fait seulement défaut, peut être sauvé par la technique de la disqualification. » : F. Hage-Chahine, *Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques*, préc., n° 28.

⁵³⁹ *Traité élémentaire de droit international privé*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1959, n° 298, p. 351.

reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement »⁵⁴⁰. S'agissant de sa fonction, la qualification a pour but, en principe, de déterminer le régime applicable par référence à la catégorie abstraite dont il possède les critères distinctifs⁵⁴¹.

L'opération de qualification de l'élément contractuel de l'infraction ne peut se voir transposer l'ensemble de cette définition, au vu de l'originalité de la situation. En effet, intégré à l'infraction, l'élément contractuel doit être caractérisé pour que l'infraction soit constituée. Le rôle du juge pénal se limite donc à déterminer le rattachement d'un cas concret à un concept juridique abstrait afin d'établir la présence d'une composante de l'infraction et en aucun cas afin d'en découvrir son régime. Ainsi, la fonction de la qualification diffère selon que la situation contractuelle intègre ou non le champ infractionnel. Ce n'est qu'en acceptant une telle particularité que l'identification de l'élément contractuel peut être qualifiée d'opération de qualification. Insérée dans une infraction, la qualification d'une situation contractuelle n'a en effet pour objet que le constat de la présence d'un élément constitutif, à l'instar de n'importe quelle autre composante infractionnelle. S'en suit naturellement une interrogation sur les outils offerts au juge pénal pour opérer cette qualification.

103. Les moyens de l'opération d'identification. En visant un contrat parmi les composantes d'une infraction, le législateur fait clairement le choix de lier la matière pénale au droit des contrats. Incontestable, ce lien doit en revanche être précisé dans son intensité. Lorsqu'il s'agit de procéder à la qualification du contrat, la jurisprudence transpose volontiers les règles prévues par le droit civil. Le juge pénal adhère ainsi pleinement à la distinction fonctionnelle des conditions relatives à la phase de formation du contrat : la qualification du contrat en droit pénal ne peut être dissociée du régime contractuel.

⁵⁴⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc. v. « qualification » (I). – Adde, J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 102 : « La qualification juridique du contrat consiste à déterminer « la nature d'un rapport de droit à l'effet de le classer dans une des catégories juridiques existantes » ; Ph. Jestaz, *La qualification en droit civil*, in *La qualification*, *Droits. Revue française de théorie juridique* 1993, n° 18 p. 46. L'auteur compare la qualification à un exercice de traduction, relevant que « pour passer du fait au droit, mais à l'intérieur de ce processus linguistique que constitue le procès, il faut d'abord exprimer les faits en français courant pour les traduire ensuite en français juridique ».

⁵⁴¹ V. en ce sens, J. Boré, *La cassation en matière civile*, 4^{ème} éd., Dalloz-action, 2008, n° 1330 : « La qualification des faits ou des actes consistent à identifier une situation de fait à une notion légale, à déterminer dans quelle catégorie légale rentre le fait ou l'acte dont l'existence a été constatée, et par suite, à apprécier quelle règle juridique lui est applicable » ; J.-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, préf. J. Brethe de la Gressaye, p. 15 : « Rechercher la nature d'un contrat c'est rechercher à identifier ce contrat pour le faire rentrer dans une catégorie préétablie dont les règles s'appliqueront au rapport contractuel envisagé » ; F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, préf. R. le Balle, n° 11 : « il ne faut jamais perdre de vue que toute qualification contribue à traduire en terme de droit des données concrètes, dans le dessein de leur appliquer un régime juridique déterminé ».

La jurisprudence recourt ainsi à juste titre aux règles contractuelles tant pour ce qui concerne l'opération de qualification (section 1) que pour déterminer les outils mis en œuvre dans ce cadre (section 2).

Section 1 - L'opération de qualification du contrat

104. Particularités de l'opération de qualification. Qualifier la situation contractuelle mentionnée dans une infraction suppose, en premier lieu, d'admettre la spécificité de sa fonction, celle de pouvoir considérer l'infraction comme constituée. En aucun cas la qualification ne doit être appréhendée comme ayant pour objet l'application du régime correspondant⁵⁴². Le législateur va, en second lieu, dépasser cette première spécificité en proposant, pour certaines infractions, sa propre définition de l'élément contractuel. S'opposent ainsi aux infractions contractuelles nommées, pour lesquelles l'incrimination se contente du nom d'un contrat connu, les infractions contractuelles innommées qui visent des composantes contractuelles détachées d'une appellation connue. La référence au modèle de comparaison, indispensable à l'opération de qualification⁵⁴³, ne s'opère alors pas avec la même intensité, la précision de composantes contractuelles ou la mention d'un contrat nommé imposant un degré de précision différent.

105. Diversité de l'opération de qualification. Le législateur en optant, tantôt pour une situation contractuelle imprécise, tantôt pour un ou plusieurs contrats nommés, ne peut enjoindre les mêmes consignes au juge pénal. La liberté dont disposent les rédacteurs d'incrimination commande nécessairement d'apprécier strictement les choix opérés. D'ailleurs, les remaniements isolés de l'élément contractuel de certaines infractions illustrent la rigueur requise en présence d'incrimination prévoyant un contrat nommé. Ainsi, la rédaction actuelle du délit d'abus de confiance n'impose plus la recherche d'un contrat précisément listé mais seulement un titre de remise particulier. La distinction entre les infractions contractuelles innommées et nommées dévoile alors toute sa portée. Dans la première hypothèse, le juge pénal ne sera tenu de qualifier l'élément contractuel qu'au regard des prescriptions figurant dans l'incrimination. Au contraire dans la seconde, il devra

⁵⁴² V. *supra*, n° 102.

⁵⁴³ « Qualifier une situation réelle consiste à chercher avec quel concept juridique elle peut être identifiée », J. Patarin, *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*, th. Paris, 1951, n° 3.

rechercher dans la matière civile ce à quoi le contrat devant lui soumis doit correspondre pour permettre la constitution de l'infraction contractuelle nommée. Le choix des termes de l'incrimination ne doit ainsi pas être nié du seul fait de l'appartenance du contrat à une infraction. En optant pour la mention d'un contrat nommé connu de la matière civile, le législateur décide de réserver la sanction pénale à une hypothèse spécifique, ce qui implique la présence de la situation contractuelle requise. Ainsi, l'opération de qualification de l'élément contractuel d'une infraction varie selon que le législateur prévoit (§2) ou non (§1) la référence à un contrat nommé.

§1- La qualification de l'élément contractuel innommé

106. L'acteur de l'opération. La présence d'une référence potentiellement contractuelle dans les composantes de l'infraction interroge nécessairement, avant toute analyse, sur la compétence du juge pénal en la matière. En effet, l'on aurait pu être tenté de croire qu'un élément contractuel devant être qualifié, il faille que le juge pénal laisse sa place aux juridictions plus familières de ces questions de qualification de contrat que sont les juges civils et commerciaux. Pourtant, le législateur⁵⁴⁴ n'a prévu aucune exception préjudicielle pour cette hypothèse, laissant au juge pénal la mission de qualifier l'élément contractuel. Le juge, et ainsi le juge pénal uniquement, doit confronter le contrat qui lui est soumis aux situations décrites par les textes d'incrimination. Une telle décision paraît s'imposer avec logique au vu du schéma de l'opération de qualification. En présence d'une infraction contractuelle innommée, le juge pénal doit se contenter des descriptions proposées par le législateur pénal. L'opération peut ainsi s'accomplir sans que la matière civile n'impose de définition.

107. La flexibilité de l'opération. Le juge pénal paraît parfois faire montre d'une particulière souplesse, en se contentant par exemple parfois d'une alternative entre deux qualifications contractuelles. Pareille attitude pourrait, de prime abord, inquiéter sur la rigueur jurisprudentielle à l'égard du principe de légalité. Pourtant, en présence d'un élément contractuel dit innommé, rien ne semble permettre d'imposer aux juges une précision que le législateur lui-même a refusée. Indépendant de toute catégorie civile, l'élément contractuel

⁵⁴⁴ Les exceptions préjudicielles doivent résulter, en principe, d'une disposition formelle de la loi (C. proc. pén., art. 384).

des infractions innommées doit être caractérisé au vu des seules précisions de l'incrimination. De manière générale, le juge pénal bénéficie d'une certaine liberté en présence de pareilles infractions. Toutefois, l'élément contractuel innommé peut présenter une plus ou moins grande latitude en fonction des précisions législatives. La souplesse inhérente à cette qualification se vérifie ainsi que l'on envisage les directives générales auxquelles les juges sont tenus (A) ou celles propres à chaque type d'infraction (B).

A- Les directives générales de l'opération de qualification

108. Le dépassement des contrats nommés. Les infractions n'exigeant que la présence d'une situation potentiellement contractuelle tentent l'observateur de rechercher la présence d'un contrat connu des autres disciplines impliquant les obligations visées par le texte. Le législateur, en visant non pas un contrat précis mais une situation contractuelle innommée, renverrait seulement à plusieurs contrats nommés. Cela impliquerait inévitablement, pour engager des poursuites, que les faits puissent recevoir une qualification contractuelle consacrée en droit civil⁵⁴⁵. Cependant, cette rigueur dans la caractérisation de l'infraction ne semble pas commandée par ces incriminations ; la simple description d'une situation potentiellement contractuelle n'implique pas une telle contrainte. En effet, le choix d'un contrat nommé ne doit pas s'imposer au juge pénal qui dispose, au vu du texte, d'une plus grande liberté : le législateur ne faisant référence qu'à une situation potentiellement contractuelle, le juge pénal peut s'extraire du carcan de la recherche d'un contrat nommé⁵⁴⁶. Ce type d'infractions permet ainsi de simplifier la tâche du juge pénal. D'une part, rien ne doit empêcher la caractérisation de l'élément contractuel par la référence à un contrat innommé. Toutes les hypothèses contractuelles sont donc *a priori* susceptibles de constituer l'élément contractuel. Le champ des recherches se trouve ainsi considérablement élargi (1). D'autre part, l'opération se trouve simplifiée par la souplesse des directives qui l'animent, au-delà de l'admission des contrats inconnus (2).

⁵⁴⁵ Appellation entendue au sens large.

⁵⁴⁶ En ce sens à propos du délit d'abus de confiance : C. Donato Di Pinto, *Le détournement en droit pénal*, th. Nice, 2002, n° 173 : « Le juge n'aura plus besoin de qualifier avec précision le contrat et de se référer à de savantes analyses de la doctrine civiliste. Il lui suffira d'établir que les biens remis et acceptés l'étaient 'à charge de les rendre, représenter ou d'en faire un usage déterminé' ».

1) La largesse de l'opération de qualification

109. Une prise en compte des contrats innommés. La distinction entre les contrats nommés et innommés, à laquelle l'article 1107 du Code civil fait allusion⁵⁴⁷, repose sur le constat selon lequel seuls certains contrats font l'objet d'une réglementation légale particulière. Les autres sont donc considérés comme innommés car non régis de manière spécifique par la loi⁵⁴⁸. Cette catégorie s'illustre, d'une part, par l'hypothèse du contrat *sui generis* dont le particularisme est tel qu'aucun rattachement même partiel à un contrat nommé n'est rendu possible⁵⁴⁹, et, d'autre part, par les contrats complexes, dont la particularité est de mélanger plusieurs contrats spéciaux, ces derniers pouvant de ce fait intégrer la catégorie de contrats innommés⁵⁵⁰. Les infractions contractuelles soulèvent la question de savoir si de tels contrats peuvent constituer l'élément contractuel requis. La réponse dépend du schéma infractionnel retenu par le législateur. Si la mention d'un contrat nommé dans le texte d'incrimination paraît incompatible avec de tels contrats⁵⁵¹, la simple description d'une situation contractuelle innommée invite au contraire à accueillir tant les contrats complexes que les contrats *sui generis*.

110. L'admission des contrats complexes. Le constat d'un contrat complexe ne devrait pas être un obstacle à la caractérisation de l'élément contractuel innommé. Certes, dans une telle hypothèse, l'opération contractuelle réalise un mélange de plusieurs contrats

⁵⁴⁷ « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas [...] ». L'article 1103 de l'avant projet Catala conserve l'alinéa 1^{er} de cet article. Quant au projet de la Chancellerie, ses rédacteurs consacrent un article (art. 14) à la catégorie des contrats innommés : « Les contrats innommés sont ceux que la loi ne régleme pas sous une dénomination propre [...] ».

⁵⁴⁸ V. D. Grillet-Ponton, *Essai sur le contrat innommé*, th. Lyon, 1982 ; *Nouveaux regards sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle*, D. 2000, p. 331.

⁵⁴⁹ D. Grillet-Ponton, *Essai sur le contrat innommé*, préc., n° 206, p. 229. L'auteur qualifie ce contrat de contrat innommé typique. Certains auteurs préfèrent réserver la qualification de contrat innommé à ceux « qui constitueraient une combinaison de plusieurs contrats nommés » (F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 10).

⁵⁵⁰ L'admission de ce type de contrat dans la catégorie des contrats innommés fait l'objet d'un débat. V. pour une présentation en faveur de cette admission v. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil. Contrats spéciaux*, 6^{ème} éd., Litec, 2008 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. I-L'acte juridique*, préc., n° 89 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 408. Cette présentation n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine qui en général distingue le contrat innommé renvoyant uniquement au contrat *sui generis*, et le contrat complexe. V. notamment, J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001, n° 104. Plus radicalement, certains auteurs condamnent la catégorie même de contrat *sui generis*. Planiol estimait ainsi que « tous les genres de contrats sont inventés et connus depuis longtemps » in *Classification synthétique des contrats*, Rev. crit. 1904, p. 470. –Comp. D. Roksis, *Les limites des méthodes traditionnelles de qualification contractuelle : le parrainage publicitaire*, D. 1999, p. 443. L'actuelle diversité des combinaisons contractuelles issues principalement de la pratique des professionnels réfute une telle condamnation, à défaut de quoi ce sont les catégories existantes qui voleraient en éclat du fait de leur extension artificielle.

⁵⁵¹ V. *infra*, n° 125.

spéciaux⁵⁵². Toutefois, dès lors que l'aménagement édifié par les parties correspond à la situation décrite par le texte d'incrimination, rien ne devrait empêcher la qualification de l'élément contractuel. Cette concordance paraît, en effet, tout à fait envisageable pour ce type d'infraction. Ainsi, un contrat complexe devrait pouvoir servir de support à un abus de confiance⁵⁵³ sans avoir à isoler un type de contrat nommé, absorbé par l'opération complexe⁵⁵⁴. Autrement dit, dès lors que l'opération contractuelle inqualifiable permet d'identifier une obligation de rendre, représenter ou faire un usage particulier du bien, l'élément contractuel de l'abus de confiance doit pouvoir être identifié⁵⁵⁵. De la même manière, un contrat complexe peut permettre la caractérisation de l'élément contractuel du délit de tromperie⁵⁵⁶. Le texte d'incrimination de cette infraction exige en effet désormais que le fait délictueux intervienne dans le cadre de n'importe quel contrat⁵⁵⁷, à condition toutefois qu'il soit à titre onéreux⁵⁵⁸. Ainsi, le juge pénal doit retenir cette infraction dès lors que la tromperie intervient dans le cadre d'un tel contrat, quelle que soit sa qualification. Rien ne doit, en effet, empêcher la caractérisation de ce délit en présence, par exemple, d'une location-vente⁵⁵⁹. Par ailleurs, l'extension législative de la tromperie aux prestations de service⁵⁶⁰ permet d'élargir le champ d'application de cette infraction à nombre d'hypothèses

⁵⁵² Par ex. la location-vente qui mélange la vente et le bail ou encore la donation avec charges qui allie la vente et la donation. V. pour d'autres exemples : Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, préc., n° 8 ; A. Bénabent, *L'hybridation dans les contrats*, in *Prospectives du droit économique : dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27.

⁵⁵³ C. pén., art. 314-1.

⁵⁵⁴ En ce sens, C. Souweine, *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal*, préc., n° 18.

⁵⁵⁵ La donation avec charge en fournit l'illustration topique. Toutefois, cela suppose d'admettre au préalable que l'abus de confiance peut désormais être réprimé dans le cadre d'un contrat transférant la propriété à l'auteur du détournement. v. sur cette question, *infra*, n° 416 et 427.

⁵⁵⁶ C. Conso., art. L. 213-1: « Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 37 500 euros au plus ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers : 1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ; 2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ; 3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre ». Pour une présentation des contrats susceptibles de caractériser l'élément contractuel de cette infraction, v. *infra*, n° 121.

⁵⁵⁷ Initialement, l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1905 relative aux fraudes et falsifications en matière de produits ne visait que la vente. Ce terme a été supprimé et il n'est désormais plus fait état que de contrat.

⁵⁵⁸ La loi de 1905 a été conçue pour la loyauté dans les rapports commerciaux ce qui exclut les contrats à titre gratuits. La loi du 10 janvier 1978 confirme cette position en protégeant uniquement le consommateur : « le consommateur est celui qui paie, et qui pour cette raison mérite une attention tutélaire » (W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 427). V. en ce sens : Cass. crim., 5 juin 1984, Bull. crim., n° 212 ; 19 janv. 1993, *ibid.*, n° 25.

⁵⁵⁹ Bail conclu en vue de la vente. V. Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n° 807 et s.

⁵⁶⁰ Art. 16 de la Loi du 10 janvier 1978 devenu l'article L.216-1 du Code de la consommation. V. pour une illustration de cette extension : Cass. crim., 17 mars 1993, Bull. crim., n° 123, D. 1993, IR. p. 144 (tromperie commise par une agence de voyages).

de contrats complexes. En effet, derrière la maladroite qualification de « vente de services »⁵⁶¹ se cachent une multitude d'opérations alliant à la fois des aspects de la vente et du contrat d'entreprise⁵⁶². Ainsi en est-il des contrats relatifs à l'informatique ou encore à la construction d'immeuble. Or, en se contentant d'un cadre contractuel onéreux, le législateur permet l'application des sanctions pénales en cas de tromperie commise à l'occasion de tels contrats complexes⁵⁶³. La protection recherchée par cette incrimination s'opère alors de manière pleinement efficace même dans des hypothèses pour lesquelles la qualification de contrat de vente demeure impossible. La physionomie de l'élément contractuel innommé doit également permettre des poursuites en cas de contrats *sui generis*.

111. L'admission des contrats *sui generis*. Le juge pénal n'étant pas lié, pour les infractions contractuelles innommées, par les qualifications consacrées par les disciplines contractuelles, rien ne semble pouvoir empêcher que ce dernier se contente d'un contrat *sui generis*, fruit de l'imagination des parties. Ces contrats ont pour particularité de ne correspondre à aucune des qualifications de contrat nommé⁵⁶⁴. Le juge pénal, face à une telle opération, aurait pu être contraint de refuser le constat de l'infraction ou au contraire de forcer le mécanisme contractuel présenté devant lui afin de parvenir à une coïncidence feinte ou en tout cas discutable avec la définition donnée par le texte d'incrimination. Il semble devoir n'en être rien au vu de la manière dont la référence à une situation contractuelle est faite par le législateur. Un contrat n'entrant dans aucune définition prévue par le droit civil peut tout à fait correspondre à la description faite par le droit pénal dans l'incrimination⁵⁶⁵. Il est permis d'envisager aisément une hypothèse dans laquelle les parties aménagent un échange ne s'apparentant à aucun contrat nommé mais correspondant tout de même à un acte gravement

⁵⁶¹ Cette formule empruntée aux économistes n'est pas juridiquement correcte puisque la vente ne peut porter que sur une chose (C. civ., art. 1583). Le législateur cède pourtant parfois à cet abus de langage : le Code du tourisme (art. L.211-8 et s.) parle de vente de prestations de service à propos de contrats conclu avec une agence de voyages.

⁵⁶² Opération par laquelle une personne s'engage moyennant rémunération à exécuter un travail de façon indépendante, ce contrat est régi par les articles 1787 et s. du Code civil.

⁵⁶³ Certains auteurs optent dans de telles hypothèses pour la qualification de contrat *sui generis* (F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 118). Il semble pourtant que les contrats de vente et d'entreprise, certes associés à un même contrat, peuvent être clairement identifiés et entraîner ainsi la qualification de contrat complexe (Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, préc., n° 74).

⁵⁶⁴ A. Bénabent, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2011, n° 8 : « ce qui n'est pas une qualification mais constate seulement l'échec de la tentative de qualification et, par voie de conséquence, qu'il s'agit d'un contrat innommé ».

⁵⁶⁵ En ce sens à propos de l'abus de confiance, R. Haïk, *Droit pénal des contrats*, préc., n° 80 ; C. Souweine, *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal*, préc., n° 18 : « La nouvelle rédaction de l'abus de confiance permettra également, et cela ne sera pas son moindre mérite, d'appréhender toute situation contractuelle à venir quelque soit la fertilité de l'imagination des contractants » ; M. Véron, *Dr. pén.*, 2001, comm. n° 28, note sous Cass. crim., 18 oct. 2000.

préjudiciable caractérisant ainsi l'élément contractuel du délit d'abus de faiblesse, tel qu'incriminé par le Code pénal⁵⁶⁶. La jurisprudence fournit l'illustration d'un tel cas de figure⁵⁶⁷. De la même manière, le délit d'entente⁵⁶⁸, s'il peut se concevoir par le biais de contrats nommés⁵⁶⁹, demeure envisageable pour des opérations contractuelles ne correspondant à aucune catégorie de contrat nommé. Le champ d'application de ce délit ne doit dépendre que de l'objectif du contrat conclut : restreindre ou fausser le jeu de la concurrence. Ainsi, dès lors que le contrat en cause aboutit à limiter l'accès au marché, le libre exercice de la concurrence ou encore fait obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, l'élément contractuel de l'infraction permet des poursuites pour entente.

Le juge pénal ne recherche donc pas une qualification connue, y compris au prix d'un forçage de sa définition, pour faire entrer dans le champ infractionnel une convention *sui generis*. Ainsi, la mention d'une simple situation contractuelle sans référence à un contrat connu du droit civil permet d'englober des opérations contractuelles non recensées par le Code civil. Ces infractions disposent ainsi d'un terrain d'application potentiellement vaste, ce que corrobore la souplesse des directives applicables à l'opération de qualification.

⁵⁶⁶ C. pén., art. 223-15-2. Le texte vise le fait de conduire une personne en état d'ignorance ou de faiblesse à « un acte ou une abstention gravement préjudiciable ». La largesse du champ de la remise effectuée par la victime permet d'englober une multitude d'actes juridiques et plus précisément nombre de contrat. v. par ex. pour une donation : Cass. crim., 30 avril 1996, Bull. crim., n° 175, RSC 1997, p. 110, obs. R. Ottenhof, Dr. pén. 1996, comm. 217, note M. Véron. Contrairement à l'escroquerie qui en principe exclut les immeubles (Cass. crim., 15 juin 1992, Bull. crim., n° 235 ; 27 mars 1995, *ibid.*, n° 124. L'admission récente de la remise de services devrait cependant inciter à l'extension logique aux biens immobiliers. En ce sens, v. notamment : W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 10), le délit d'abus de faiblesse permet d'englober des contrats portant sur des immeubles : Cass. crim., 12 janv. 2000, Bull. crim., n° 15, D. 2001, p. 813, note J.-Y. Maréchal, Dr. pén. 2000, comm. 69, note M. Véron, RSC 2000, p. 614, obs. R. Ottenhof. Mais v. pour une appréciation critique, J.-H. Robert, H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004, n° 22.

⁵⁶⁷ La Cour de cassation a décidé de refuser la qualification de vente pour un contrat transférant la nue-propiété d'un immeuble moyennant l'engagement d'effectuer toutes les réparations et de verser une rente (puisque la contrepartie de la nue-propiété de l'immeuble est en partie en nature) : Cass. civ. 1, 12 oct. 1967, Bull. civ. I, n° 292, D. 1968, somm. p. 29. Cette opération contractuelle, dès lors qu'elle se révèle gravement préjudiciable, peut constituer l'élément contractuel de l'abus de faiblesse.

⁵⁶⁸ La prohibition des ententes est formulée à l'article L. 420-1 du Code de commerce : « Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions [...] ». L'infraction réprimant ces mêmes ententes a son siège à l'article L. 420-6 et suppose « de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 ».

⁵⁶⁹ Ainsi en est-il du contrat d'exclusivité entre acheteurs et vendeurs ou des contrats de distribution sélective entre fournisseurs et distributeurs agréés. V. Azéma, *Réflexions sur la distribution sélective*, in Mélanges offerts à A. Chavanne : droit pénal, propriété industrielle, Litec, 1990, p. 195 et s. ; W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 351 ; J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, 11^{ème} éd, A. Colin, 2004, n° 498 et s.

2) La souplesse de l'opération de qualification

112. Des directives souples. La formulation de l'élément contractuel des infractions contractuelles innommées fournit les instructions de qualification au juge pénal. Cette composante de l'infraction peut être caractérisée dès lors que l'opération contractuelle qu'il a à analyser correspond aux exigences textuelles. Or, en ne visant pas nommément un contrat mais une situation innommée, le législateur assure au juge pénal une souplesse certaine. Dès lors que le contrat en cause remplit les conditions de l'infraction, rien ne sert de chercher une éventuelle qualification. Ainsi, le juge pénal pourra se suffire d'une alternative entre plusieurs qualifications potentiellement applicables et, plus radicalement, du constat de la présence de la situation contractuelle exigée.

113. Les qualifications alternatives. Le juge pénal peut se contenter de constater que l'opération qui lui est soumise peut correspondre à deux qualifications contractuelles qui toutes deux caractérisent celle décrite par le texte d'incrimination, sans avoir à choisir l'une d'entre elles. Une simple désignation alternative entre deux contrats nommés devrait suffire à caractériser l'élément contractuel de ces infractions. C'est ainsi que l'élément contractuel du délit de tromperie⁵⁷⁰ devrait semblablement être caractérisé par la simple alternative entre une vente ou un contrat d'échange⁵⁷¹. Cette souplesse dans la caractérisation de l'élément contractuel présente sûrement sa limite avec les infractions supposant sa violation. En effet, l'analyse de l'acte de violation se trouve inextricablement lié aux contours de cet élément contractuel. Cela suppose alors d'identifier avec précision le cadre contractuel augurant le détournement⁵⁷² : pour déterminer ce en quoi consiste la violation, il faut en effet nécessairement maîtriser les contours de l'obligation dont l'inexécution est pénalement sanctionnée. Cela n'empêche en revanche pas d'admettre l'indifférence à la qualification potentielle du contrat étudié.

114. L'indifférence au titre potentiel. Même si le contrat dont on doit apprécier la concordance avec les éléments constitutifs d'une infraction est susceptible de recevoir une qualification de contrat nommé, le juge pénal n'est pas tenu de la retenir. Il peut en effet se contenter de préciser que l'opération correspond à l'élément contractuel visé. Naturellement,

⁵⁷⁰ C. conso., art. L.213-1.

⁵⁷¹ Les contrats susceptibles d'être visés par cette infraction seront présentés *infra*, n° 121.

⁵⁷² V. pour une illustration avec l'infraction d'abus de confiance, *infra*, n° 411 et s.

cette possibilité est offerte en présence d'un contrat innommé. Cependant, rien ne permet de la limiter à ces hypothèses au vu de la rédaction de ce type d'infractions. C'est ainsi que le constat de la remise d'une voiture à un escroc caractérise un acte opérant obligation sans avoir à qualifier de manière précise le titre contractuel –vente, donation...– de cette remise pour retenir l'escroquerie⁵⁷³. De la même manière, le délit prévu à l'article L. 654-13 du Code de commerce⁵⁷⁴ relatif aux entreprises en difficultés, en visant le fait « de passer une convention comportant un avantage particulier à la charge du débiteur », laisse la liberté au juge de ne pas qualifier précisément le contrat en question dès lors qu'une situation contractuelle existe et emporte l'avantage requis. La jurisprudence souscrit à une telle vision, qui se contente parfois, pour caractériser le détournement constitutif d'un abus de confiance, de constater que le prévenu n'avait pas fait du bien remis « l'usage convenu entre les parties » sans prendre au préalable le soin de déterminer la nature du titre imposant ledit usage⁵⁷⁵. La Cour de cassation se satisfait ainsi d'une identification du mécanisme voulu par les parties sans imposer aux juges du fond la référence à un contrat nommé⁵⁷⁶. La plupart du temps, toutefois, le juge pénal préfère, en présence d'un contrat nommé, s'appuyer sur cette qualification pour conclure à la caractérisation de l'infraction⁵⁷⁷.

115. Bilan. Ainsi, la tâche du juge pénal au sujet des infractions ne renvoyant qu'à une simple situation susceptible d'être contractuelle est simplifiée dans la mesure où le texte propose une définition compréhensive de la composante contractuelle. Il dispose, en effet, d'une certaine liberté eu égard aux définitions consacrées par le droit civil, pouvant ainsi caractériser la composante contractuelle en marge des contrats nommés. Plus précisément, le schéma de cette catégorie d'élément contractuel peut différer selon que le législateur formule ou non une certaine restriction. La jurisprudence, qui la plupart du temps procédera sans hésitation aucune à une qualification expresse du contrat en cause, accepte toutefois, quand

⁵⁷³ Les contrats à même de caractériser l'élément contractuel de cette infraction seront présentées *infra*, n° 117.

⁵⁷⁴ « Le fait, pour le créancier, après le jugement ouvrant la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, de passer une convention comportant un avantage particulier à la charge du débiteur est puni des peines prévues par l'article 314-1 du code pénal ». Cette infraction a été créée par la loi 2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises.

⁵⁷⁵ Cass. crim., 14 nov. 2000, Dr. pén., 2001, comm. 28, note M. Véron.

⁵⁷⁶ L'exigence d'une identification de la nature du contrat n'est pas non plus de mise en Droit belge qui prévoit également un délit d'abus de confiance. L'incrimination vise –et ce bien avant l'évolution législative française– sans les spécifier tous les contrats translatifs de la possession ou de la détention précaire. Le juge pénal Belge n'est alors pas tenu de préciser le type de contrat mais peut se contenter de constater que le prévenu avait l'obligation de rendre l'objet détourné ou d'en faire un emploi déterminé (Cass. 10 janv. 1927, Pas., 1927.I.122).

⁵⁷⁷ Si ce choix peut aisément se comprendre dès lors que le contrat en cause ne soulève aucune hésitation quant à la qualification retenue, cela participe toutefois au trouble relatif à l'appréhension de l'élément contractuel d'une infraction. Il apparaîtrait en effet plus simple de raisonner uniquement avec les termes requis par ces infractions afin de simplifier par la suite l'admission de l'indifférence aux conditions d'efficacité du contrat.

une difficulté se présente, de simplifier sa démarche, conformément aux prescriptions législatives.

Toutefois, la description d'une situation potentiellement contractuelle peut renvoyer à des hypothèses contractuelles connues et invite l'observateur à s'interroger sur celles à même d'être visées par chaque infraction de ce type.

B- Les directives spéciales de l'opération de qualification

116. Les contours particuliers de l'élément contractuel innommé. Les infractions ici concernées présentent la particularité de ne viser aucun contrat de manière nominative. Ainsi, le champ d'application de ces incriminations n'est pas aussi clairement circonscrit que lorsque le législateur vise par exemple expressément le gage ou la vente comme cadre du comportement délictueux⁵⁷⁸. Il convient dès lors de délimiter la portée contractuelle de l'élément contractuel innommé en analysant les différents contrats connus pouvant constituer chacun des éléments contractuels. Or, seules certaines infractions disposent d'indications permettant de les restreindre (2). La rédaction des autres incriminations autorise en effet d'envisager n'importe quel contrat (1).

1) Les infractions imposant une situation contractuelle générale

117. Un cadre contractuel non circonscrit par la qualification du contrat. Les infractions contractuelles innommées ont pour caractéristique de ne mentionner aucun contrat précis. La référence contractuelle est ainsi faite de manière plus indirecte : le texte décrit une situation susceptible d'être caractérisée par un contrat. C'est alors au juge pénal de déterminer si le contrat qu'il a à examiner correspond ou non à la situation décrite. Or, certaines de ces infractions contractuelles innommées ont pour particularité de viser une situation contractuelle sans exiger davantage. Autrement dit, une fois que l'existence d'un contrat est établie⁵⁷⁹, sa dénomination importe guère. Ces incriminations assurent ainsi une grande liberté au juge dans l'appréciation de l'élément contractuel et permet surtout d'éviter des restrictions

⁵⁷⁸ V. pour la qualification de l'élément contractuel nommé, *infra*, n° 125 et s.

⁵⁷⁹ Sur laquelle, v. *supra*, n° 73 et s.

parfois inopportunes⁵⁸⁰ dans l'application de l'infraction. La rédaction du délit d'escroquerie, par exemple, permet de prendre la mesure d'une telle latitude. L'ancienne liste dressée par l'article 405 de l'ancien Code pénal⁵⁸¹ renvoyait, selon la jurisprudence, à « tous les actes d'où peuvent résulter un lien de droit, à l'aide duquel il peut être porté préjudice à la fortune d'autrui »⁵⁸². Aujourd'hui, l'article 313-1 du Code pénal sanctionne l'usage de procédés trompeurs aboutissant à la remise d'un consentement « à un acte opérant obligation ou décharge ». La formule actuelle est présentée comme visant « tout acte qui crée, constate ou éteint un droit au profit de l'escroc et au détriment de la victime »⁵⁸³. Juxtaposée à l'expression « acte opérant décharge »⁵⁸⁴, la référence à un « acte opérant obligation » exclut du champ contractuel de l'infraction les hypothèses de remises conventionnelles, conformément à la distinction proposée en droit civil⁵⁸⁵. Plus précisément, l'expression « acte opérant obligation » viserait, selon la jurisprudence, les « actes qui forment un lien de droit de nature à engager la victime »⁵⁸⁶. Il paraît toutefois désormais discutable d'exiger qu'une telle portée juridique soit assignée à ce consentement⁵⁸⁷. Quoiqu'il en soit, s'agissant de l'opération de qualification de la situation contractuelle, le législateur autorise une grande diversité de contrats. L'infraction supposant la remise du consentement par la victime⁵⁸⁸, l'élément contractuel du délit d'escroquerie correspond à une situation contractuelle quelle que soit sa dénomination. Dès lors que le contrat existe, la remise d'un consentement à un acte opérant obligation est en effet caractérisée. Par conséquent, n'importe quel contrat peut donner lieu à une telle infraction⁵⁸⁹. La jurisprudence a ainsi notamment reconnu l'infraction

⁵⁸⁰ Les infractions contractuelles nommées fournissent plusieurs exemples illustrant la rigidité imposée par la mention d'un contrat dans le texte d'incrimination. v. *infra*, n° 125 et s.

⁵⁸¹ Ce texte prévoyait que l'escroquerie puisse porter sur des « obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges ».

⁵⁸² Cass. crim., 1^{er} avril 1963, Bull. crim., n° 140.

⁵⁸³ J.-R. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, préc., n° 13.

⁵⁸⁴ Le terme « décharge » correspond quant à lui, à une « libération légale ou conventionnelle d'une obligation ou d'une charge » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc. v. « décharge » (I, 1) et peut ainsi être rapproché du terme « renonciation » employé dans le cadre de l'extorsion et du chantage.

⁵⁸⁵ Ainsi, le législateur contourne toute difficulté relative à la distinction entre le contrat et la convention condamnée par nombre d'auteurs. Cette formulation, à l'instar de celle retenue pour l'extorsion et le chantage, permet d'éviter au juge pénal de s'interroger sur sa pertinence en proposant à la fois la création d'obligation et la décharge. Appliquée à l'escroquerie, cette distinction entre obligation et décharge permet de reconnaître l'infraction en cas de remise de dette, alors même que cette dernière ne saurait, selon certains auteurs, recevoir la qualification de contrat (v. notamment M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 158).

⁵⁸⁶ Cass. crim., 12 nov. 1864, D. 1865, 5, p. 158 ; 3 août 1950, D. 1950, p. 667 ; 1^{er} avr. 1963, Bull. crim., n° 140 ; 25 oct. 1967, Bull. crim., n° 269.

⁵⁸⁷ V. *supra*, n° 92 et s.

⁵⁸⁸ La remise du consentement est effective même si le contrat pourra être considéré comme vicié. V. sur cette question, *infra*, n° 81.

⁵⁸⁹ En ce sens, V. Malabat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 778 ; R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 47.

en cas de contrats synallagmatiques⁵⁹⁰ comme unilatéraux⁵⁹¹. Aucune restriction quant aux contrats concernés ne peut donc être apportée au vu de la rédaction du texte.

Pareille conclusion peut également être menée à propos de l'élément contractuel commun aux infractions d'extorsion⁵⁹² et de chantage⁵⁹³. Les deux se consomment quand la victime remet notamment « un engagement ou une renonciation ». La largesse des termes employés maintient le champ d'application prévu sous l'ancien Code pénal. Ainsi, la remise consommant l'infraction peut consister en tout acte opérant obligation, disposition ou décharge, conformément à l'ancienne incrimination⁵⁹⁴.

Innommé, l'élément contractuel de ces infractions permet néanmoins d'envisager des situations contractuelles connues du droit civil⁵⁹⁵.

118. Un cadre contractuel non circonscrit par la matérialisation du contrat. Au-delà de l'absence de restriction quant aux qualifications contractuelles, le juge pénal accepte, lorsque le législateur vise pareil élément contractuel innommé, de se contenter de la plus faible manifestation de la conclusion d'un contrat.

D'une part, les juridictions criminelles ont pu affirmer l'indifférence des infractions contractuelles à l'absence de remise de l'*instrumentum* du contrat. Ainsi en est-il notamment en matière d'extorsion ou de chantage. La formule employée par le législateur invite, en effet, à considérer qu'aucun document écrit n'a à être remis en attestation de l'engagement. La seule remise du *negotium* est imposée par les termes choisis. La jurisprudence est en ce sens, qui considère qu'en matière d'embauche, un accord verbal vaut engagement, puisque le contrat de

⁵⁹⁰ V. Par exemple Cass. crim., 23 janv. 1997, Bull. crim., n° 34 (contrat de vente) ; 7 avr. 1857, *ibid.*, n° 144 (contrat s'assurance) ; 26 févr. 1990 : *ibid.*, n° 94 (bail).

⁵⁹¹ Cass. crim., 6 mars 1957, D. 1957, p. 468 ; 25 oct. 1967, Bull. crim., n° 269 (prêt) ; 11 nov. 1891, *ibid.*, n° 349 ; 11 nov. 1897, *ibid.*, n° 339 (promesses unilatérales de vente ou d'achat).

⁵⁹² C. pén., art. 312-1.

⁵⁹³ C. pén., art. 312-6.

⁵⁹⁴ C. pén., anc., art. 400. En ce sens, Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 601 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, par A. Vitu, préc., n° 2293 ; A. Valoteau, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préc.

⁵⁹⁵ Seul le terme d'engagement permet de cerner l'aspect véritablement contractuel des infractions d'extorsion et de chantage. En effet, le législateur prend le soin de distinguer cette remise de la renonciation. Au sens strict, cette dernière ne doit pas être considérée comme potentiellement contractuelle mais permet d'envisager l'hypothèse de remise conventionnelle. En visant la remise d'un engagement, le législateur ouvre l'infraction aux hypothèses d'actes créateurs d'obligation –à l'exclusion des actes juridiques créateurs d'effet juridique. La jurisprudence a pu reconnaître, il est vrai l'extorsion d'un testament, acte non créateur d'obligation mais non sur le terrain de la remise d'un engagement mais d'une signature (Cass. crim., 6 févr. 1997, DP 1997, comm. 94.). Dès lors, c'est l'ensemble des contrats qui peuvent à nouveau faire l'objet de ces infractions (en ce sens, R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 73). La largesse des termes employés permet aussi d'inclure dans le champ infractionnel par exemple un contrat de travail (CA Paris, 23 février 1990, Dr. pén. 1990, comm. 323, note M. Véron).

travail n'est pas nécessairement constaté par écrit⁵⁹⁶. La rédaction de l'incrimination d'escroquerie incite également à pareille conclusion. Initialement, la formule générale retenue par la jurisprudence sous l'empire de l'ancien Code pénal faisait référence à une atteinte à la fortune d'autrui, ce qui semblait impliquer que le patrimoine de la victime soit atteint. Par conséquent, envisagé d'un point de vue contractuel, le délit d'escroquerie paraissait commander la remise de l'*instrumentum*⁵⁹⁷ de l'acte et non pas seulement du *negotium*⁵⁹⁸. Autrement dit, la remise de son seul accord par la victime ne devait pas suffire si elle ne s'accompagnait pas de la remise de l'acte attestant cet accord. Aujourd'hui cette vision doit être dépassée dans la mesure où le législateur impose la remise d'un simple « consentement à un acte opérant obligation ou décharge ». Le juge pénal n'aura qu'à constater la remise de cet accord sans exiger la remise de l'acte le constatant⁵⁹⁹. De telles solutions manifestent l'indifférence du droit pénal à la matérialisation de l'accord et invitent par ailleurs à discuter de la valeur protégée par cette infraction⁶⁰⁰.

D'autre part, ce type d'infractions contractuelles innommées fournit également l'occasion de s'interroger sur la nécessité du caractère onéreux du contrat conclu. La modification du délit d'abus de faiblesse du Code pénal suscite notamment une telle interrogation. L'article 223-15-2 du Code pénal dispose ainsi que l'agent doit avoir conduit sa victime à « un acte ou une abstention gravement préjudiciable »⁶⁰¹. Une question s'est rapidement posée qui consiste à déterminer si la formule renvoie à des actes juridiques ou matériels. La largesse des termes utilisés milite dans le sens d'une vision compréhensive englobant les deux catégories⁶⁰². Dès lors, le seul élément permettant de circonscrire le délit réside dans des données subjectives appartenant aux qualités de la victime ainsi qu'à l'ampleur du préjudice⁶⁰³. L'incrimination n'apporte, en effet, aucune précision sur le type d'acte exigé. Par suite, le contrat fait

⁵⁹⁶ CA Paris, 23 février 1990, préc. : « L'embauche d'un salarié entre dans les prévisions de l'article 400 alinéa 1 du Code pénal, dès lors que l'engagement a été accepté sous la contrainte, il importe peu qu'il n'y ait pas d'écrit, le contrat de travail pouvant être conclu verbalement ».

⁵⁹⁷ C'est-à-dire du titre juridique consistant en un « objet concret et symbolique, [...] un morceau de papier portant une écriture » (R. Savatier, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, RTDciv. 1958, p. 331, n° 2).

⁵⁹⁸ Ne renvoyant qu'au contenu de l'acte, à la substance de l'engagement.

⁵⁹⁹ Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 563 ; A. Valoteau, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préc., n° 305.

⁶⁰⁰ V. *infra*, n° .

⁶⁰¹ Jusqu'au Code pénal de 1810, l'abus de la situation de faiblesse d'une personne n'était pas pénalement répréhensible. Au cours des travaux préparatoires, Faure indiqua que le code renfermerait plusieurs dispositions nouvelles dont l'une atteignant « ceux qui auront abusé des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur ».

⁶⁰² En ce sens, Ph. Salvage, *Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse*, *J.-Cl. Pén.*, art. 223-15-2 à 223-15-4, fasc. 20, 2006 : « La loi ne faisant aucune distinction, il semble bien que l'ensemble de ces comportements puisse être réprimé, même si dans la réalité il s'agit essentiellement, pour ne pas dire uniquement, d'actes juridiques ».

⁶⁰³ Sur cette notion, v. *infra*, n° 234 et s.

naturellement partie des actes incriminés sans qu'une catégorie soit particulièrement visée. La jurisprudence propose divers exemples d'abus de faiblesse caractérisés, pour lesquels la remise d'un contrat est fréquente. N'apportant aucune restriction quant à l'objet de la remise, le législateur autorise des condamnations, quelle que soit la nature du contrat. Le terme « acte » permet ainsi, de retenir des contrats tant à titre onéreux⁶⁰⁴ qu'à titre gratuit⁶⁰⁵. La jurisprudence valide ce raisonnement à propos de l'escroquerie pour laquelle la jurisprudence admet la remise de contrats à titre onéreux⁶⁰⁶ comme à titre gratuit⁶⁰⁷.

119. Protéiformité des infractions contractuelles. En ne visant qu'une simple situation potentiellement contractuelle, sans exiger davantage, le législateur assure aux infractions concernées un champ d'application pour le moins vaste, dont la circonscription ne peut dépendre que des autres composantes de l'infraction et particulièrement du fait délictueux. Ainsi le législateur choisit, pour ces incriminations, de focaliser l'attention sur le comportement de l'auteur : l'usage de procédés trompeurs, violents ou abusifs semblent justifier la répression, quel que soit le contrat auquel la victime a consenti. D'ailleurs, le préjudice subi par elle se révèle être une composante finalement accessoire⁶⁰⁸ pour ce type d'infraction. En revanche, d'autres infractions contractuelles innommées, sans mentionner de contrats précis, restreignent l'infraction à certaines catégories de contrats. Moins vaste, leur champ d'application demeure toutefois plus souple qu'en cas d'élément contractuel nommé.

2) Les infractions imposant une opération contractuelle particulière

120. Une précision à géométrie variable. Parmi les infractions contractuelles innommées, certaines supposent un cadre contractuel plus précis. Sans prévoir pour autant de contrat nommé, l'incrimination n'envisage que certaines situations contractuelles. Législateur et jurisprudence oscillent alors entre rigueur et souplesse dans la caractérisation de l'élément contractuel des infractions concernées.

⁶⁰⁴ V. pour la vente d'un terrain : Cass. crim., 12 janv. 2000, Bull. crim., n° 15, D. 2001, p. 813, note J.-Y. Maréchal, Dr. pén. 2000, comm. 69, note M. Véron, RSC 2000, p. 614, obs. R. Ottenhof. Pour un bail d'habitation : Cass. crim., 17 janv. 2001, Bull. crim., n° 16.

⁶⁰⁵ Cass. crim., 30 avr. 1996, Bull. crim., n° 175, RSC 1997, p. 110, obs. R. Ottenhof, Dr. pén. 1996, comm. 217, note M. Véron.

⁶⁰⁶ V. arrêts cités aux notes précédentes.

⁶⁰⁷ Cass. crim., 10 juin 1991, Bull. crim., n° 247 ; 28 mars 1996, Dr. pén. 1996, comm. 183, note M. Véron (donations).

⁶⁰⁸ V. l'étude consacrée aux préjudices des infractions contractuelles, *infra*, n° 234 et s.

D'une part, la nouvelle formulation du délit d'abus de confiance incarne ce type d'infraction contractuelle. Le législateur a quelque peu brouillé les pistes de circonscription en mettant fin à la liste limitative des contrats en vertu desquels le bien ensuite détourné devait être remis⁶⁰⁹, ne laissant plus que la présentation d'une situation pouvant correspondre à la formation d'un contrat. Le texte fait en effet référence à une « remise acceptée » de certains biens « à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé »⁶¹⁰. La nouvelle incrimination permet ainsi des extensions potentiellement importantes. D'abord, si le domaine de prédilection de l'infraction reste le cadre contractuel, l'abus de confiance pourra être retenu en cas de remise résultant d'un titre légal ou judiciaire⁶¹¹. Ensuite, ajoutant à la liste de l'objet de la remise « un bien quelconque », il est permis à la Cour de cassation de juger que la remise et le détournement puissent porter sur un bien incorporel⁶¹². Mais c'est surtout au sujet du cadre contractuel de la remise que finalement les débats se nouent : quels contrats connus sont susceptibles de correspondre à la situation décrite par la nouvelle définition de l'abus de confiance? Si nul ne conteste le maintien des hypothèses visées par l'ancien Code pénal, tous s'interrogent sur le sens de la formule « à charge de les rendre, représenter ou d'en faire un usage déterminé », désormais seul indice de la portée du délit. Ces termes, considérés par Garçon comme n'étant « d'ailleurs pas irréprochables »⁶¹³, sont devenus l'unique guide dans l'étude des potentialités de la nouvelle incrimination. Ils conduisent alors au maintien certain des contrats précédemment listés et à l'ouverture hypothétique aux remises translatives de propriété⁶¹⁴.

⁶⁰⁹ L'article 408 de l'ancien Code pénal visait la remise à titre de louage, dépôt, mandat, nantissement, prêt à usage ou pour un travail salarié ou non salarié. Intégré dans le Code pénal de 1810, il fut repris dans celui de 1992, initialement à l'article 314-4, dans le livre consacré aux crimes et délits contre les biens. L'article 20 de la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 vint insérer dans le Code pénal une section VI bis, du chapitre III du Titre II du Livre II, intitulée « De l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse » dans lequel figure désormais le délit dit d'abus de faiblesse dont la vocation première était de lutter contre les mouvements sectaires (V. pour une analyse critique de cette législation : C. Lazerges, *De la fonction déclarative de la loi pénale*, RSC 2004, p. 194).

⁶¹⁰ C. pén., art. 314-1.

⁶¹¹ Cette vision élargie de l'abus de confiance est parfois présentée comme résultant du nouveau Code pénal. V. notamment : M. Véron, note sous Cass. crim., 20 févr. 2008, Dr. pén., 2008, comm. 66. Pourtant, doctrine et jurisprudence s'accordaient à retenir l'abus de confiance en cas d'obligations non contractuelles assimilables à celles résultant de l'un des contrats cités. V. en ce sens, R. Garraud, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, T. V, 3^{ème} éd., Sirey, 1924, n° 2628 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, par A. Vitu, préc., n° 2378 ; C. Souweine, *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur J. Larguier : droit pénal, procédure pénale*, PUG, 1993, p. 302 et s., n° 12.

⁶¹² Cass. crim., 14 nov. 2000, Bull. crim., n° 338, Dr. pén., 2001, comm. n° 28, note M. Véron, RSC 2001, p. 385, obs. R. Ottenhof, D. 2001, p. 1423, note B. de Lamy.

⁶¹³ E. Garçon, *Code pénal annoté*. T. III, 2^e édition, par M. Patin, M. Rousselet et M. Ancel, Sirey, 1959, v. art 408, n° 231.

⁶¹⁴ La coïncidence possible entre le fait délictueux de cette infraction et la violation d'un contrat conduit à réserver l'appréhension de son champ d'application à la partie consacrée à ce type d'infraction. V. alors *infra*, n° 331 et s.

D'autre part, plusieurs incriminations du Code de la consommation permettent un certain recul dans l'appréhension des contours d'un tel élément, alors que l'abus de confiance, conçu sur le même modèle, laisse au contraire planer nombre d'incertitudes.

121. L'exemple des infractions consuméristes. Si le domaine de prédilection des infractions du Code de la consommation réside dans la vente faite aux consommateurs, nombreuses sont les infractions qui dépassent ce cadre en proposant une référence à une catégorie plus ou moins vaste de contrats. Ainsi en est-il du délit de tromperie⁶¹⁵, initialement prévu pour les contrats de vente, qui étend désormais son champ d'application non seulement aux prestations de services⁶¹⁶ depuis la loi de 1978⁶¹⁷ mais également à tous contrats onéreux. Cette infraction contractuelle, initialement nommée⁶¹⁸, est ainsi devenue innommée. Cependant, la situation contractuelle à laquelle elle fait référence suppose un cadre certes large mais circonscrit. Ainsi, tous les contrats à titre onéreux, et seulement eux, peuvent constituer l'élément contractuel de cette infraction⁶¹⁹. La jurisprudence ne devrait dès lors pas dépasser ces prévisions légales déjà compréhensives⁶²⁰. Le renvoi aux prestations de services suppose également une circonscription dont la précision importe au vu du nombre d'infractions opérant cette référence⁶²¹. Ces infractions recèlent une vraie spécificité puisque

⁶¹⁵ C. conso., art. L.213-1.

⁶¹⁶ C. conso., art. L.216-1.

⁶¹⁷ Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 dite « Loi Scrivener » sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

⁶¹⁸ La loi du 1^{er} août 1905 avait limité la répression à la vente.

⁶¹⁹ Pour une application de l'infraction à une vente, v. par exemple : CA Orléans, 1^{er} juin 1992, CCC. 1993, comm. 225, obs. G. Raymond. Pour une exclusion d'un contrat à titre gratuit, v. Cass. crim., 20 juil. 1912, Bull. crim., n° 415. Les contrats à titre gratuits sont en revanche admis pour la publicité trompeuse, désormais nommée les pratiques commerciales trompeuses (depuis la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs). V. S. Fournier, *De la publicité fautive aux pratiques commerciales trompeuses*, Dr. pén. 2008, étude 4.

⁶²⁰ C'est pourquoi l'arrêt de la Chambre criminelle du 8 mars 1990 qui admet que l'infraction suppose « un contrat ou un acte à titre onéreux » est condamnable (Bull. crim., n° 286, JCP 1990.II.21542, note J.-H. Robert, Dr. pén. 1990, comm. 227, note J.-H. Robert, D. 1994, somm. p. 158, obs. G. Roujou de Boubée). Le texte est particulièrement clair sur la nature contractuelle de l'infraction (« contrat », « contractant »). L'arrêt n'avait toutefois pas pour objectif d'accueillir un acte juridique non contractuel mais seulement à exclure un contrat à titre gratuit.

⁶²¹ Par exemple l'interdiction de l'article L.121-35, pénalement sanctionnée par l'article R. 121-13 du Code de la consommation vise la vente ou prestation de services avec prime : « Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services faite aux consommateurs et donnant droit, à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation. ». Sur cette législation, v. M. Pédamon, *La réglementation des ventes avec primes : entre droit de la consommation et droit de la concurrence*, in *Etudes de droit de la consommation : Liber Amirocum*, J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 823 et s. ; Y.-M. Serinet, *Ventes ou prestations de service avec prime. D'une prohibition à l'autre*, D. 2002, p. 3252. Le droit pénal sanctionne également la vente ou la prestation dite à la boule de neige (art. L. 122-7 qui incrimine le non-respect de l'interdiction des pratiques visées à l'article L.122-6). V. M. Puech, *La vente multi-niveaux au regard du droit pénal*, D. 1995, p. 118 ; G. Raymond, *Vente multi-niveaux ou par réseaux. Loi n° 95-96 du 1er février 1995*, CCC. 1995, comm. 62 ; G. Raymond, *Vente directe*, GP 1995, numéro spécial, p. 94 et s. Pour une présentation

le contrat de prestation de services n'est pas un contrat nommé mais une catégorie contractuelle opposée traditionnellement aux contrats relatifs aux biens⁶²².

122. La limitation aux prestations de services. La référence aux prestations de services révèle une ambiguïté quant à la classification des infractions contractuelles car il ne permet pas de faire de l'élément contractuel un véritable élément contractuel nommé. Au contraire, la mention d'une catégorie de contrats implique plutôt un rapprochement vers l'élément contractuel innommé. Dès lors, cette référence aux prestations de services renvoie à une situation contractuelle particulière : seuls les contrats correspondant au critère d'identification de cette catégorie peuvent caractériser ce versant de l'infraction. Or, jurisprudence⁶²³ et doctrine⁶²⁴ semblent s'accorder sur une conception large de la notion de prestations de services en qualifiant comme tels les contrats dont l'objet principal est une obligation de faire. Par conséquent, sont susceptibles d'être concernés les contrats de mandat⁶²⁵, de prêt⁶²⁶ ou encore de dépôt⁶²⁷. Cependant, le législateur prévoit expressément l'exclusion de certains contrats du champ d'application de la réglementation de la vente ou la fourniture de services à distance⁶²⁸. Une même circonscription doit être opérée à propos de

générale des infractions incluant vente et prestations de services : P. Maistre du Chambon, A. Lepage, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 1412 et s.

⁶²² La distinction est parfois critiquée pour son inadaptation à certains contrats mais demeure utile et utilisée. V. F. Collart dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 625.

⁶²³ Cass. civ. 3, 4 juin 2003, Bull. civ. III, n° 121.

⁶²⁴ V. par ex. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc., v. « prestations de services » : « terme générique englobant, à l'exclusion de la fourniture de produits (en pleine propriété), celle de tout avantage appréciable en argent, ouvrage, travaux, gestion, conseil, en vertu des contrats les plus divers (mandat, entreprise, contrat de travail, bail, assurance, prêt à usage etc.) » ; F. Collart dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 625 ; P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil. Contrats spéciaux*, préc., n° 388.

⁶²⁵ C. civ., art. 1984 et s.

⁶²⁶ C. civ., art. 1874 et s.

⁶²⁷ C. civ., art. 1915 et s.

⁶²⁸ D'une part, l'article L. 121-16 du Code de la consommation qui présente le champ d'application de la réglementation prévoit l'exclusion des « contrats portant sur des services financiers », ceux-ci faisant l'objet d'une législation déjà très protectrice du consommateur (v. C. conso., art. L.121-20-8 et s.). D'autre part, les articles L. 121-17 et L. 121-20-4 énumèrent une liste de contrats exclus du champ d'application de la réglementation : notamment les ventes aux enchères, les prestations de services d'hébergement, de transport ou encore de loisirs.

l'élément contractuel de l'abus de faiblesse consumériste⁶²⁹, pour lequel le législateur exige la remise par la victime d' « engagements au comptant ou à crédit »⁶³⁰.

123. La limitation aux engagements au comptant ou à crédit. L'expression employée par le délit d'abus de faiblesse pose également un cadre à l'élément contractuel à la fois large et circonscrit : le terme d'engagement permet d'envisager toute situation contractuelle, mais la seconde partie de la formule invite à le restreindre à certains contrats. En effet, les termes « comptant » ou « à crédit » désignent, *a priori*, le paiement d'un prix et renverraient ainsi à la vente et à la plupart des contrats d'entreprise⁶³¹. En revanche, les donations semblent exclues du domaine de cette infraction⁶³².

Ainsi, les infractions contractuelles innommées peuvent impliquer certaines restrictions quant au contenu de l'élément contractuel. Le législateur peut donc choisir de consacrer l'infraction à certaines hypothèses contractuelles, sans pour autant recourir à un élément contractuel nommé.

124. Bilan. La particularité des infractions contractuelles innommées siège dans la présentation de l'élément contractuel. L'utilisation de termes contractuels caractéristiques plutôt que la mention d'un contrat nommé implique en effet une certaine flexibilité dans la recherche de cet élément. Une telle flexibilité n'est pas transposable aux infractions contractuelles nommées pour lesquelles le législateur prévoit un élément contractuel précis caractérisé par un contrat nommé. Dans un tel cas, le juge pénal doit recourir aux éléments de définition du contrat visé et ainsi nécessairement faire appel à la présentation civile. La qualification de la situation contractuelle nommée enjoint ainsi le juge pénal à identifier un cadre inévitablement plus rigide.

⁶²⁹ L. 122-8 : « Quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte ». V. pour l'élément contractuel de l'infraction prévue par le Code pénal *supra*, n° 111 et 118.

⁶³⁰ En ce sens, G. Raymond, *Droit pénal de la consommation. Les abus de faiblesse*, GP 2002, 2, chron. p. 399, spéc. p. 404 : « on pourrait dire que l'acte doit consister dans un contrat de vente ou de prestations de services, en tout cas dans un contrat à titre onéreux conclu entre l'auteur et la victime ».

⁶³¹ La jurisprudence illustre régulièrement la prise en compte de ces contrats : Cass. crim., 1^{er} févr. 2000, Bull. crim., n° 52, Dr. pén. 2000, comm. 59, note J.-H. Robert, D. 2000, AJ., p. 198, obs. C. Rondey, CCC. 2001, comm. n° 14, obs. G. Raymond (vente) ; CA Paris, 6 oct. 1998, Juris-Data n° 1998-022540 (contrat d'entreprise).

⁶³² En ce sens : R. Haïk, *Droit pénal des contrats*, préc., n° 110. L'intention libérale inhérente aux donations ne semble pas coïncider avec ce texte qui, plus spécial que le délit du Code pénal, ne permet pas d'embrasser toutes les situations contractuelles.

§2- La qualification de l'élément contractuel nommé

125. Les particularités de l'opération de qualification. L'hybridité de l'élément contractuel devient manifeste lorsque le texte d'incrimination envisage non plus une situation potentiellement contractuelle mais un contrat nommé. En effet, le législateur dépasse la possible coïncidence de la situation décrite et du contrat pour viser clairement un contrat particulier comme composante de l'infraction. Deux analyses s'offrent alors aux juridictions criminelles. Elles peuvent, d'une part, ne pas se considérer liées par la mention d'un contrat et interpréter cette composante de manière extensive, en rapprochant ce type d'infraction contractuelle de celui dans lequel le législateur prévoit une simple situation potentiellement contractuelle. L'autonomie du droit pénal pourrait sembler imposer que le juge pénal formule lui-même ses propres critères de qualification du contrat. Il est vrai que l'opération de qualification de l'élément contractuel n'a pas, contrairement à son acception classique⁶³³, pour vocation à appliquer le régime du contrat en question. Pourtant, cette vision autonomiste de la caractérisation de l'élément contractuel ne peut satisfaire au regard des risques qu'elle comporte. En effet, l'autonomie du droit pénal ne peut servir de seule justification au rejet systématique des règles extra-pénales⁶³⁴.

Il est évident qu'en se référant à une situation contractuelle, le législateur expose la matière à des rapprochements inévitables avec le droit des contrats. Or, s'il est possible de considérer que le juge pénal demeure relativement libre dans l'appréciation de l'élément contractuel consistant en l'énoncé d'une situation potentiellement contractuelle innommée, la mention d'un contrat spécial dans le texte d'incrimination impose bien davantage. C'est pourquoi il peut préférer, d'autre part, ratifier la distinction faite par le législateur entre les différentes infractions contractuelles en tenant compte de la précision exigée par les textes se référant à un contrat nommé. La Chambre criminelle de la Cour de cassation opte raisonnablement pour cette dernière proposition. Ainsi, sans remettre en cause le particularisme du contrat en droit pénal, ce dernier accepte de s'en remettre au droit des contrats pour identifier l'opération contractuelle requise.

⁶³³ V. *supra*, n° 102.

⁶³⁴ V. R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 150. Pour des considérations en ce sens, v. *supra*, n° 17.

Cependant, la présence d'une référence expresse à un contrat dans l'incrimination pose inévitablement à nouveau, mais *a priori* en d'autres termes, la question de la compétence du juge pénal dans le constat de cette composante (A). Elle interroge également sur l'objet de l'opération de qualification dans la mesure où la loi pénale, en exigeant la caractérisation d'une situation contractuelle nommée, formule un appel explicite à la matière civile (B).

A- L'acteur de l'opération de qualification

126. L'absence d'exception préjudicielle. Pour ces infractions, et seulement pour elles, le législateur impose au juge qu'il qualifie un contrat particulier, connu des disciplines contractuelles. Il pourrait dès lors être tentant de penser que le juge pénal n'est pas compétent pour déterminer l'exacte qualification du contrat visé. Il s'agit, en effet, ici non pas de confronter le contrat en cause à la situation prévue par le Code pénal mais à un contrat connu du droit civil. Malgré cela, aucune exception préjudicielle n'est prévue à ce sujet, qui laisse alors le juge pénal seul compétent pour ces questions⁶³⁵. Il paraît possible de contester cette latitude, la qualification d'un contrat étant par essence une question civile à l'instar de celles relatives à la propriété ou à la filiation d'un enfant que le législateur qualifie d'exceptions préjudicielles⁶³⁶. Pourtant, le législateur reste muet quant à la délégation de compétence pour qualifier l'élément contractuel quel qu'il soit. Le juge pénal demeure alors compétent dans l'appréciation de l'ensemble des composantes des infractions contractuelles. L'on pourrait se contenter d'estimer qu'une telle solution répond aux objectifs de célérité de la justice ou d'unité des justices civiles et répressives⁶³⁷. Toutefois, cette considération ne permettrait pas de comprendre pourquoi en matière de filiation, le législateur distingue parmi les infractions, celles pour lesquelles le juge pénal reste compétent pour déterminer le lien de filiation et celles pour lesquelles il doit s'en remettre à la décision du juge civil⁶³⁸. Il faut plutôt, dès lors, considérer que le choix du rejet de l'exception préjudicielle pour qualifier le contrat renseigne

⁶³⁵ La doctrine est en ce sens. V. notamment : R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T. VI, 3^{ème} éd., Sirey, 1935, n° 2658.

⁶³⁶ L'article 384 du Code procédure pénale impose au juge pénal de surseoir à statuer si le prévenu excipe d'un droit réel immobilier. L'article 319 du Code civil prévoit qu'« en cas d'infraction portant atteinte à la filiation d'une personne, il ne peut être statué sur l'action pénale qu'après le jugement passé en force de chose jugée sur la question de filiation ».

⁶³⁷ Arguments classiquement avancés par la doctrine. V. Notamment : M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, PUF, 2002, n° 112.

⁶³⁸ Le renvoi au juge civil pour les questions de propriété immobilière n'est défendu aujourd'hui que par l'argument de l'importance de cette question, son caractère quasi-sacré qui impose la compétence du juge civil.

sur l'objet des infractions contractuelles, par analogie avec les infractions relatives à la filiation.

127. L'analogie avec la filiation. En matière de filiation, la délégation de compétences n'est que partielle. Ne peuvent, en effet, donner lieu à une exception préjudicielle que les infractions relatives à l'état civil de l'enfant, par exemple en cas de substitution, simulation ou dissimulation entraînant une atteinte à l'état civil d'un enfant⁶³⁹. Au contraire, le juge pénal reste compétent lorsque les poursuites ne mettent pas directement en cause la filiation comme dans les infractions d'exposition d'enfant⁶⁴⁰ ou d'enlèvement⁶⁴¹ de mineur, si l'accusé nie le lien de parenté avec la victime. Ainsi, il existe une distinction parmi les infractions soulevant pourtant toutes la même question de la filiation.

Néanmoins, la discrimination paraît justifiée au regard de l'objet des infractions. Seules les premières ont pour but de véritablement sanctionner les atteintes à la filiation des individus, telle que prescrite par l'article 319 du Code civil. Dans les secondes, le lien de filiation n'est pas l'objet même de l'infraction, mais simplement l'occasion de commettre celle-ci⁶⁴². Seule la première catégorie d'infractions s'intéresse alors véritablement à la question proprement civile de la filiation alors que la seconde catégorie vise un comportement moins civil que pénal. La raison d'être de ces dernières n'est en effet pas de protéger un lien de filiation mais de condamner un comportement commis par un ascendant. Le législateur ne vise ainsi pas à préserver une institution civile mais à utiliser la filiation comme l'occasion de comportements blâmables. Pour preuve d'ailleurs, la décision du juge pénal n'a pas autorité de chose jugée au civil sur le plan des personnes.

Une telle répartition des compétences renseigne sur l'objet des infractions contractuelles. Si le juge civil n'a pas à se prononcer sur la qualification du contrat, l'on doit considérer que le droit pénal, en refusant toute délégation, entend affirmer son indifférence à l'institution contractuelle elle-même. Il s'agirait alors, à l'instar des infractions relatives à la filiation sans exception préjudicielle, de se focaliser sur la situation créée par l'institution. Cela revient alors à admettre que les infractions visant une inexécution de l'élément contractuel ne peuvent être considérées comme préservant la seule correcte exécution des contrats⁶⁴³.

⁶³⁹ C. pén., art. 227-13.

⁶⁴⁰ C. pén., art. 227-17.

⁶⁴¹ C. pén., art. 227-7.

⁶⁴² En ce sens, R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001, n° 713.

⁶⁴³ V. en ce sens, *infra*, n° 331 et s.

L'opération de qualification demeure ainsi entre les mains du juge pénal, que l'élément contractuel consiste en une situation contractuelle nommée ou innommée. Toutefois, les contours de la mission lui incombant diffèrent selon la référence choisie par le législateur. L'objet de l'opération de qualification impose ainsi au juge, une rigueur accentuée.

B-L'objet de l'opération de qualification

128. La rigueur du cadre de l'opération de qualification contractuelle. Si le juge pénal demeure compétent, que l'élément contractuel soit nommé ou innommé, cela ne signifie pas que la tâche de qualification soit d'une égale rigueur. En effet, le législateur, en prévoyant pour composante contractuelle un contrat nommé, impose à la jurisprudence davantage de précision dans la qualification. La souplesse permise par l'élément contractuel innommé cède ainsi lorsqu'un contrat nommé est prévu par l'incrimination, le juge pénal devant alors obéir à des directives plus contraignantes afin de parvenir à identifier la situation contractuelle mentionnée⁶⁴⁴. Il doit en effet déterminer, d'une part, la présence de l'ensemble des composantes requises (1) et d'autre part, retenir la qualification exacte prévue par le code (2).

1) Le rejet des définitions approximatives

129. La caractérisation nécessaire des éléments de définition. En présence d'un élément contractuel nommé, le juge pénal se doit de confronter l'ensemble des composantes de définition du contrat à celui conclu par les parties. Ce n'est alors que si ces conditions sont satisfaites que l'infraction contractuelle pourra être caractérisée. La tâche peut sembler de prime abord plutôt simple, qui impose au juge pénal de vérifier une à une les conditions de définition du contrat. Cela a ainsi conduit la jurisprudence à exclure l'ancien délit d'abus de confiance lorsque le contrat en cause ne permettait pas l'identification de l'un des contrats listés par le texte. Ce délit visait dans sa liste de contrats, celui de dépôt. L'infraction était alors exclue dès lors que le dépositaire bénéficiait d'une faculté de disposer du bien⁶⁴⁵, dans l'hypothèse d'un séquestre par exemple. Dans un tel cas, la qualification est impossible, faute

⁶⁴⁴ Peu d'incriminations illustrent cette catégorie d'infractions contractuelles nommées qui s'est trouvée vidée d'une grande partie de sa substance par la modification du délit d'abus de confiance. Toutefois, cette infraction fournit de très nombreuses illustrations jurisprudentielles des contours de l'élément contractuel nommé et permet ainsi de l'appréhender de manière précise.

⁶⁴⁵ Cass. crim., 23 déc. 1959, Bull. crim., n° 570 ; 9 févr. 1983, *ibid.*, n° 49, RTDcom. 1984, p. 337, n° 17.

d'une des obligations essentielles du contrat. De la même façon, le délit de bigamie, en conditionnant la répression à la présence d'un double mariage⁶⁴⁶ prescrit, quant à lui, l'exclusion de l'infraction en cas de pacte civil de solidarité⁶⁴⁷.

130. La caractérisation délicate des éléments de définition. Toutefois, il est des cas dans lesquels l'hésitation est de mise pour isoler les éléments de définition du contrat en cause. La Chambre criminelle de la Cour de cassation opère alors des choix afin de mettre en exergue la distinction entre identification et efficacité du contrat. L'exemple du délit de détournement de gage (a) ou encore les infractions relatives au contrat de travail (b) permettront d'illustrer la portée du choix d'un élément contractuel nommé.

a- La qualification du contrat de gage

131. La délicate qualification de gage. Le texte d'incrimination⁶⁴⁸ emploie, à plusieurs reprises, le terme de gage. Il a alors fallu déterminer ce à quoi l'utilisation de ce terme renvoyait. La jurisprudence a ainsi du, d'une part, se poser la question de la prise en compte des biens immobiliers et d'autre part, celle de l'admission des gages sans dépossession.

132. Le rejet logique de la qualification de gage sur biens immobiliers. L'emploi du terme gage et non de la formule contrat de gage induit une certaine hésitation. L'on peut, en effet, considérer la mention du gage comme une référence au mécanisme du gage et non à la sûreté *stricto sensu*⁶⁴⁹. Cette conception permettrait, dès lors, de considérer qu'une antichrèse pourrait tout autant caractériser l'élément contractuel permettant le détournement⁶⁵⁰. Des considérations de politique criminelle militent en ce sens : si la situation mérite une protection pénale en cas de sûreté consentie sur un bien meuble, comment ne pas considérer digne de cette même protection la même sûreté consentie sur un immeuble, et ce, quelle que soit la

⁶⁴⁶ C. pén., art. 433-20. V. Sur ce délit, *infra*, n° 191 et s.

⁶⁴⁷ En ce sens, F. Alt-Maes, *Le PACS à l'épreuve du droit pénal*, JCP 2000. I. 275, n° 30 ; Ph. Bonfils, *Bigamie*, *Rép. pén. Dalloz*, 2002, n° 12.

⁶⁴⁸ C. pén., art. 314-5.

⁶⁴⁹ En ce sens, E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. I, 1^{ère} éd., Sirey, 1901, v. art. 400, n° 177 : « Mais en droit pénal, le mot gage nous paraît avoir été pris dans un sens plus général et comme synonyme de nantissement ».

⁶⁵⁰ En ce sens, *ibid.*

valeur protégée reconnue pour cette infraction⁶⁵¹ ? Toutefois, le législateur n'emploie pas le terme de nantissement mais bien celui de gage, ce qui juridiquement ne renvoie pas à la même réalité. Les travaux préparatoires de la loi de 1863 révèlent un tel choix en visant le « contrat de gage ». La formule invite ainsi clairement à ne retenir que les détournements commis dans le cadre d'un gage entendu au sens le plus strict⁶⁵². La jurisprudence s'est donc inclinée face à la terminologie législative : le délit de détournement de gage suppose un véritable gage. L'infraction exige ainsi le détournement d'un bien meuble⁶⁵³. De plus, elle réfute clairement la possibilité d'étendre l'infraction aux détournements consécutifs à la remise par privilège⁶⁵⁴. Une telle rigueur semble sage⁶⁵⁵, qui dénote toutefois, *a priori*, avec l'admission des gages sans dépossession.

133. L'admission discutée des gages sans dépossession. La Chambre criminelle a très tôt décidé de reconnaître l'infraction de détournement de gage même en cas d'absence de dépossession de la part du débiteur⁶⁵⁶. Si l'amorce fut faite dans un domaine où le droit civil lui-même l'admettait –le détournement de certains éléments du fond de commerce⁶⁵⁷– le juge pénal a également admis le détournement d'un gage sur automobiles achetées à crédit, à une époque où le législateur ne l'avait pas encore réglementé⁶⁵⁸. L'explication avouée de cette position réside dans l'absence de précision de l'incrimination : « Conçu en termes généraux, le 5ème al. de l'art. 400 C. pén. ne renferme ni n'autorise aucune distinction selon que le gage est dans la possession du créancier ou dans celle du débiteur, et punit dans l'un comme dans

⁶⁵¹ La doctrine propose oscille généralement entre la protection des droits réels du créancier et la protection de sa confiance (v. *infra*, n° 376 et 408). Or, que l'on adhère à la première ou à la seconde présentation de l'infraction, rien ne semble pouvoir expliquer que l'on réserve la sanction pénale aux détournements commis dans le cadre d'un nantissement portant sur un bien meuble.

⁶⁵² En ce sens, Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 656 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, par A. Vitu, préc., n° 2442 ; A.-C. Paschoud, *Détournement de gage ou d'objet saisi*, *Rép. pén. Dalloz*, 2000, n° 4.

⁶⁵³ Cass.crim., 26 oct. 1960, Bull. crim., n° 479, JCP 1960, IV.166.

⁶⁵⁴ CA Orléans, 8 nov. 1957, JCP 1958. 10383.

⁶⁵⁵ Le législateur peut, s'il souhaite ouvrir le champ de l'infraction, opter pour un élément contractuel innommé. Le cas du délit d'abus de confiance illustre parfaitement cette faculté. Le constat des nombreuses difficultés de qualification des contrats nommément visés fut indubitablement à l'origine d'une présentation simplifiée de l'élément contractuel de l'infraction. A défaut d'une telle présentation, le juge pénal doit s'en tenir aux mots du législateur sans pouvoir déroger aux obligations caractéristiques du contrat visé.

⁶⁵⁶ Cass. crim., 13 mars 1909, DP. 1911.1.59 ; 25 juil. 1912, *ibid.*, 1913.1.123 ; 2 févr. 1935, Bull. crim., n° 19 ; 18 janv. 1950, *ibid.*, n° 17, JCP 1950.II.5422, note L. Gruffy, S. 1950.1.193, note A. Légal, GP 1950.1.116 ; 20 oct. 1954, Bull. crim., n° 301, D. 1954, p. 765, JCP 1954.II.8398, GP 1955.1.76.

⁶⁵⁷ V. notamment, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9^{ème} éd., Litec, 2010, n° 786.

⁶⁵⁸ Ce qui fut chose faite par la loi Malingre du 29 décembre 1934.

l'autre cas le détournement du gage par celui qui l'a donné »⁶⁵⁹. L'argument n'est toutefois que partiellement recevable. S'il est vrai que l'incrimination ne mentionne aucune distinction relative à la remise préalable au détournement, il n'en demeure pas moins clair qu'elle se réfère à un gage. Pareille référence impose de caractériser les éléments de définition du contrat de gage. Il faut, dès lors, s'interroger sur le point de savoir si la dépossession fait partie de ces conditions de définition. La doctrine classique se sert de la jurisprudence civile qui affirme qu'« il était de l'essence même du gage »⁶⁶⁰ que la chose engagée fut mise en possession du créancier ou d'un tiers convenu, pour faire de la dépossession une véritable condition essentielle du gage. La solution répressive se trouverait ainsi en totale discordance avec cette conception. En refusant d'imposer la dépossession pour sanctionner le détournement, le juge pénal ne tiendrait pas compte de l'une des conditions de définition de ce contrat. Pour autant, une telle opposition peut ne se révéler qu'illusoire si l'on considère, avec nombre d'auteurs, que la dépossession a pour seul objet la publicité du contrat de gage⁶⁶¹.

Plusieurs arguments militent en faveur d'une telle conception. D'une part, à partir du moment où le droit admet des gages sans dépossession, comment considérer la remise de la chose comme un élément essentiel du gage ? D'autre part, la position jurisprudentielle ne peut suffire à exclure la qualification de condition d'opposabilité. En effet, si certains arrêts considèrent qu'en l'absence de dépossession, le contrat ne peut constituer qu'une promesse de gage⁶⁶², la jurisprudence exprime dans d'autres solutions la position inverse. Ainsi, elle laisse parfois entendre que la chose, objet du gage, pouvait être remise au créancier après la conclusion du contrat⁶⁶³. La Cour de cassation a également décidé que le contrat n'était pas « opposable aux créanciers » dès lors que le débiteur ne s'était pas dessaisi des biens mis en gage⁶⁶⁴. Ainsi, il demeurerait possible d'expliquer la jurisprudence pénale par le recours à la qualification de condition d'opposabilité⁶⁶⁵. Le problème apparaît comme désormais résolu puisque le Code civil énonce, depuis l'Ordonnance du 23 mars 2006, que « le gage est

⁶⁵⁹ Cass. crim., 13 mars 1909, DP. 1911.1.59 ; 25 juil. 1912, *ibid.*, 1913.1.123 ; 2 févr. 1935, Bull. crim., n° 19 ; 18 janv. 1950, *ibid.*, n° 17, JCP 1950.II.5422, note L. Gruffy, S. 1950.1.193, note A. Légal, GP 1950.1.116 ; 20 oct. 1954, Bull. crim., n° 301, D. 1954, p. 765, JCP 1954.II.8398, GP 1955.1.76.

⁶⁶⁰ Cass. civ., 18 mai 1898, DP. 1900.1.481, note Sarrut, S. 1898.1.433, note Ch. Lyon-Caen.

⁶⁶¹ M. Cabrillac et Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9^{ème} éd., Litec, 2010, n° 675 ; J. Hamel, *Le gage sans dépossession*, D. 1945, p. 37 et s. ; G. Marty, P. Raynaud, Ph. Jestaz, *Les sûretés. La publicité foncière*, 2^{ème} éd., Sirey, 1987, n° 81 ; Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 602.

⁶⁶² Cass. civ. 1, 6 janv. 1994, Bull. civ. I, n° 4, JCP 1994. I. 3765, n° 18.

⁶⁶³ Cass. civ., 21 mars 1938, DH. 1938, 257.

⁶⁶⁴ Cass. com., 12 nov. 1958, Bull. civ. III, n° 387 (3^{ème} espèce).

⁶⁶⁵ Sur le rejet des conditions d'opposabilité hors de la notion de contrat en droit pénal, v. *infra*, n° 210.

opposable aux tiers par la publicité qui en est faite » et « par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet »⁶⁶⁶. La dépossession ne faisant pas partie de la définition du gage, la qualification de ce contrat, par le juge pénal, est donc permise en l'absence d'une telle dépossession.

Ainsi, il apparaît manifeste que la mention d'un contrat nommé dans un texte d'incrimination impose une rigueur particulière dans la qualification de cet élément constitutif. Les infractions relatives au contrat de travail en fournissent également l'illustration par l'obligation pour le juge pénal de recourir à des critères précis.

b- La qualification du contrat de travail

134. Une apparente simplicité. Alors que le Code du travail se réfère à d'innombrables reprises à la notion de contrat de travail, il n'en propose aucune définition, contrairement aux conventions et accords collectifs⁶⁶⁷. Toutefois, doctrine et jurisprudence s'accordent à l'envisager comme un contrat aux termes duquel « une personne physique ou morale (l'employeur) s'engage à fournir un travail rémunéré à une personne physique qui s'oblige à exécuter celui-ci en respectant les instructions qui lui seront données »⁶⁶⁸. Plusieurs éléments caractéristiques découlent d'une telle définition : d'une part, l'exécution d'une prestation de travail avec pour contrepartie, d'autre part, le versement d'une rémunération et enfin, la subordination du travailleur⁶⁶⁹. De tels critères permettent ainsi de distinguer le contrat de travail d'autres contrats voisins comme celui de mandat ou d'entreprise⁶⁷⁰. Or l'identification de ce contrat s'impose en matière pénale de manière prégnante au vu du nombre d'infractions exigeant un tel contrat pour pouvoir être constituées.

135. Une qualification décisive. Le droit pénal offre sa sanction à la violation d'une multitude de dispositions sociales visant à régir les relations entre salariés et employeurs⁶⁷¹.

⁶⁶⁶ C. civ., art. 2337.

⁶⁶⁷ C. trav., L. 2231-1 et s.

⁶⁶⁸ V. en ce sens, Cass. civ. 6 juil. 1931, DP. 1931. 1. 121, note P. Pic. La doctrine partage cette solution. V. G.-H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*. T. I, *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1984, n° 43 et s. ; J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, préc., n° 190 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2004, n° 1, p. 3.

⁶⁶⁹ V. P. Fieschi-Vivet, *Les éléments constitutifs du contrat de travail*, RJS. 7/1991, p. 414.

⁶⁷⁰ Pour une analyse de ces contrats en comparaison au contrat de travail, v. Y. Aubrée, *Contrat de travail (existence et formation)*, *Rép. trav. Dalloz*, 2005, n° 47 et s.

⁶⁷¹ V. *infra*, n° 430 et s.

L'application de toutes ces dispositions suppose, en principe, le constat préalable des critères d'identification du contrat de travail⁶⁷². Le droit pénal prévoit par ailleurs une infraction ayant vocation à traquer les détournements de la réglementation sociale : le délit de travail dissimulé⁶⁷³ autrefois baptisé travail clandestin⁶⁷⁴. Sous de fausses appellations, les parties tentent en effet de camoufler un véritable contrat de travail afin d'échapper aux obligations fiscales et sociales. Cette infraction occasionne donc de nombreuses illustrations de l'opération de qualification qui incombe au juge pénal et permet d'identifier les critères utilisés à cette fin.

136. Les critères utilisés par le juge pénal. Le travail dissimulé conduit le juge pénal à analyser nombre de contrats réunissant toute une série d'indices pouvant faire croire que le travailleur exerçait son activité de manière indépendante. Pour déterminer si le contrat en cause est ou non un contrat de travail, la jurisprudence fait référence à l'effet principal de ce dernier : la subordination juridique du salarié. Le droit pénal ratifie ainsi le choix logique du droit social⁶⁷⁵ : la subordination juridique étant l'élément le plus caractéristique du contrat de travail⁶⁷⁶, elle permet l'appréciation décisive du rapport contractuel examiné. Le juge pénal

⁶⁷² V. toutefois, la proposition d'une extension du contrat à la relation de travail, *infra*, n° 478.

⁶⁷³ Le délit prévu à l'article L. 8224-1 du Code du travail prévoit des sanctions pénales pour le comportement énoncé à l'article L. 8221-5 : « est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche (1°), soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie (2°) [...] ».

⁶⁷⁴ La loi du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal a modifié cette dénomination. Cette nouvelle appellation a notamment pour but d'éviter toute confusion avec la notion d'immigration clandestine (Rapport Sénat, L. Souvet, n° 157, 1996, p. 30).

⁶⁷⁵ V. pour une illustration de la prise en compte de ce critère : Cass. soc., 10 déc. 2002, RJS. 2/03, n° 144 : La Cour de cassation a considéré que le contrat d'entreprise qui unissait un porteur de presse à une société d'édition devait être requalifié en contrat de travail puisque ce distributeur était tenu contractuellement de livrer uniquement les journaux à des détaillants en respectant un trajet et des horaires imposés par elle. L'inscription au registre du commerce et des sociétés ne pouvait suffire à le considérer comme un travailleur indépendant au vu de l'état de subordination juridique vis à vis de cette entreprise. Dans le même sens, v. Cass. soc., 8 juil. 2003, Bull. civ. V, n° 217, RJS. 10/2003, n° 1111.

⁶⁷⁶ En ce sens, v. notamment : Y. Aubrée, *Contrat de travail (existence et formation)*, *Rép. trav. Dalloz*, 2005, n° 21 ; F. Gaudu, R. Vatinet, *Traité des contrats. Les contrats de travail*, LGDJ, 2001, n° 26 : « La subordination étant l'effet principal du contrat de travail, aussi en est-elle devenue l'élément d'identification » ; J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, préc., n° 197. D'aucuns voient dans la subordination du salarié un substitut de la dépossession caractéristique du louage : M. Fabre-Magnan, *Le contrat de travail défini par son objet*, in *Le travail en perspectives*, LGDJ, 1998, p. 101. Le caractère juridique de cette subordination permet de la différencier de la simple dépendance économique d'une personne envers une autre. Situation qui peut aujourd'hui être illustrée par les professionnels dits indépendants qui ont pour clients des entreprises dominantes. V. sur ce critère de qualification : M. Despax, *L'évolution du rapport de subordination*, *Dr. soc.* 1982, p. 11 ; F. Gaudu, R. Vatinet, *Traité des contrats. Les contrats de travail*, préc., n° 28 ; J. Maillard, *Scolie sur le rapport de subordination*, *Dr. soc.* 1982., p. 20 ; A. Supiot, *Les nouveaux visages de la subordination*, *Dr. soc.* 2000, p. 131.

utilise invariablement ce critère, et les précisions qu'il suscite⁶⁷⁷, pour retenir la qualification de contrat de travail. C'est ainsi, par exemple, qu'une cour d'appel a, selon la Chambre criminelle⁶⁷⁸, caractérisé la véritable nature des conventions intervenues entre les parties en constatant que « s'il est vrai que les transporteurs affrétés étaient inscrits au registre du commerce et des sociétés et cotisaient à une caisse d'assurance maladie pour profession libérale, l'analyse des conditions d'exercice de leur activité démontre qu'ils étaient de véritables subordonnés du donneur d'ordre, au même titre que les chauffeurs salariés ». Plus précisément, les juges utilisent une série d'éléments afin de distinguer le travail salarié du travail indépendant : la propriété des biens, le pouvoir de direction ou encore le pouvoir autonome d'intervention auprès de la clientèle ou des partenaires économiques⁶⁷⁹. Ces différents indices permettent au juge de déterminer s'il y a subordination juridique et s'il est donc en présence d'un contrat de travail. S'en suit alors, par exemple, une application de l'incrimination de travail dissimulé dès lors que l'employeur ne s'est pas soumis aux obligations imposées par la loi⁶⁸⁰. La rigueur de cette opération de qualification témoigne de la volonté du juge pénal de lutter contre la violation des dispositions inhérentes au contrat de travail et permet d'illustrer les implications de l'insertion d'un élément contractuel nommé dans un texte pénal. Le juge pénal se voit en effet imposer l'utilisation des critères permettant de caractériser la subordination juridique afin d'établir la potentielle application des infractions relatives au contrat de travail.

Cette précision dans l'opération de qualification s'explique par l'exigence du législateur : en faisant référence à un contrat particulier, il soumet le juge pénal à une recherche moins compréhensive qu'en cas d'infractions contractuelles inconnues. Cette même démarche législative justifie le rejet des qualifications contractuelles approximatives.

⁶⁷⁷ Lorsque la dépendance juridique est difficile à caractériser au vu de l'autonomie dont dispose le salarié dans l'exercice de ses fonctions, la Chambre sociale accepte qu'il puisse se prévaloir d'un contrat de travail s'il peut prouver qu'il a exécuté sa prestation de travail dans un « service organisé » par le donneur d'ouvrage. Toutefois, cette vision du travail salarié ne vient en aucun cas se substituer au critère de la subordination juridique (Cass. soc., 13 nov. 1996, Dr. soc. 1996. 1067, note J.-L. Dupeyroux, RJS. 12/96, n° 1316, D. 1996, IR. p. 268).

⁶⁷⁸ Cass. crim., 24 févr. 1998 pourvoi n° 97-80236. Dans le même sens, Cass. crim., 17 juin 2003, JCP E. 2004. 72, note J.-H. Robert : les travailleurs « n'avaient pas la possibilité de négocier librement la rémunération de leur travail, se voyaient imposer des horaires et des contraintes spécifiques et étaient soumis à des directives et à des contrôles », ce dont il résultait que « leur activité s'exerçait dans le cadre d'un lien de subordination ».

⁶⁷⁹ v. par ex. Cass. crim., 15 juin 1984, Bull. crim., n° 229 : le contrat litigieux ne présentait pas les caractères d'un contrat d'entreprise puisque les salariés étaient placés sous l'autorité de l'entreprise utilisatrice, que celle-ci définissait les tâches à exécuter, fournissait elle-même les pièces de rechange, que le montant des prestations était calculé en fonction du prix de la main-d'œuvre et que la société de prestation de service ne mettait en œuvre aucune technique propre.

⁶⁸⁰ Cass. crim., 16 févr. 1999, Juris-Data n° 002834 (prétendue entraide amicale). D'autres infractions peuvent être l'occasion de discussions relatives à la qualification de contrat de travail. V. par ex. Cass. crim., 3 déc. 2002, préc. (requalification d'une convention de stage).

2) Le rejet des qualifications approximatives

137. Le rejet des qualifications alternatives. Tout d'abord, contrairement aux infractions visant une situation potentiellement contractuelle, le juge pénal ne saurait se contenter d'une alternative entre deux conventions. En se référant dans le texte d'incrimination à un contrat précis, connu du droit civil, le législateur lui impose d'identifier, pour reconnaître l'infraction, le contrat en cause.

Une hésitation est alors logiquement permise s'agissant des infractions qui prévoient elle-même une alternative. Ainsi en est-il de l'un des versants contractuels du délit de proxénétisme pour lequel le législateur incrimine le fait de vendre ou de louer des véhicules à une personne en sachant qu'elle s'y livrera à la prostitution⁶⁸¹. Le juge pénal se doit ainsi de caractériser les éléments constitutifs de la vente et refuser une alternative entre le contrat de vente et celui d'échange, présentant pourtant de nombreux traits communs⁶⁸².

La question a été soulevée en jurisprudence au sujet de l'ancienne incrimination d'abus de confiance. La Cour de cassation avait alors posé en règle générale que les juges du fait étaient tenus de spécifier, sous une forme précise, qui doit faire écarter à peine de nullité toute désignation alternative, le contrat en exécution duquel ont été confiés ces objets détournés⁶⁸³. La décision est sage, qui met en lumière la particularité de l'élément contractuel nommé.

La solution est moins évidente à propos de certaines infractions du droit pénal de la consommation⁶⁸⁴ qui prévoient l'option entre une vente et une prestation de services⁶⁸⁵. Ces infractions envisagent, en effet, à la fois deux types d'éléments contractuels, l'un nommé,

⁶⁸¹ C. pén., art. 225-10, 3° et 4°.

⁶⁸² En ce sens, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, Dalloz 2011, 6^{ème} éd., n° 643. Il faut préciser, ceci dit, que le texte prévoit également le fait de « tenir à disposition ». Le législateur autorise, par cette précision, le juge pénal à détourner la rigueur requise par la mention de contrats nommés. Ces précisions perdent d'ailleurs tout leur sens, dans la mesure où le juge peut se contenter, dans tous les cas, de constater la mise à disposition du bien.

⁶⁸³ V. par ex. : Cass. crim., 12 août 1910, Bull. crim., n° 455 ; 18 janv. 1913, *ibid.*, n° 37 ; 7 avril 1932, GP 1932.2.195.

⁶⁸⁴ Ces infractions recèlent toutefois une vraie spécificité puisque le contrat de prestation de services n'est pas un contrat nommé mais une catégorie de contrat opposée traditionnellement aux contrats relatifs aux biens (La distinction est parfois critiquée pour son inadaptation à certains contrats mais demeure utile et utilisée. V. F. Collart dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 625). Par conséquent, ces incriminations présentent une ambiguïté quant à la classification des infractions contractuelles : le renvoi aux contrats de prestation de services ne permet pas de faire de l'élément contractuel un véritable élément contractuel nommé. Le renvoi à une catégorie de contrats implique plutôt un rapprochement avec l'élément contractuel innommé.

⁶⁸⁵ V. *supra*, n° 121.

l'autre innommé⁶⁸⁶. Par conséquent, le juge pénal devrait pouvoir se contenter d'une alternative entre différents contrats de prestation de services mais ne pourrait le faire entre une vente et un contrat de transport. Ce résultat peut ne pas satisfaire, qui résulte de la rédaction maladroite de ces incriminations. L'objectif de ces infractions étant de protéger les consommateurs dans le cadre de contrats commerciaux⁶⁸⁷, pourquoi ne pas avoir choisi un élément contractuel innommé visant à englober ces différents contrats ?

138. Le rejet des contrats *sui generis*. Ensuite, le juge pénal peut se retrouver face à une convention *sui generis*, c'est-à-dire inclassable dans les catégories de contrats nommés⁶⁸⁸. Dans ce cas, l'on a précédemment avancé qu'il pouvait s'en satisfaire pour caractériser la composante contractuelle dès lors que cette dernière réside dans la simple description d'une situation contractuelle⁶⁸⁹. Au contraire, le juge pénal ne saurait conclure à la constitution de cette composante pour les infractions visant précisément un contrat, si celui soumis à son examen n'entre pas dans sa définition. Les juridictions criminelles doivent déterminer si le contrat présente ou non les caractéristiques de l'élément contractuel visé. La précision de ce type d'infractions contractuelles impose une telle rigueur. En effet, le législateur n'était pas tenu d'opter pour une nomination de l'élément contractuel. En choisissant de le faire, il commande nécessairement la qualification exacte de l'opération.

La jurisprudence obéit à cette distinction puisqu'elle a refusé d'appliquer l'ancien délit d'abus de confiance en présence de contrats innommés⁶⁹⁰. C'est ainsi qu'une relaxe fut prononcée pour un détournement commis par un chirurgien au détriment de son confrère dans le cadre d'un contrat de collaboration chirurgicale non assorti de mandat⁶⁹¹, ou pour celui commis par un ingénieur des sommes avancées par une société pour financer ses recherches contre concession d'une licence d'exploitation exclusive des brevets⁶⁹². La jurisprudence se trouve alors dans l'obligation de qualifier le contrat de convention *sui generis*⁶⁹³ et de relaxer la

⁶⁸⁶ En visant « les prestations de service », le législateur retient une catégorie de contrat et décrit ainsi une situation contractuelle particulière. V. *supra*, n° 122.

⁶⁸⁷ En ce sens, C. Ambroise-Castérot, *Consummation, Rép. pén. Dalloz*, 2009, n° 182. V. *infra*, n° .

⁶⁸⁸ Pour la présentation de cette catégorie, v. *supra*, n° 111.

⁶⁸⁹ V. *supra*, n° 111.

⁶⁹⁰ CA Paris, 10 juillet 1989, Dr. pén. 1990, comm. 92 : la relaxe est prononcée parce que « la convention ayant uni le prévenu aux plaignants ; qualifiée de location-gérance, apparaît en réalité comme un contrat innommé ».

⁶⁹¹ Trib. corr. de Niort, 19 juin 1952, JCP 1953. II. 7389.

⁶⁹² CA Paris, 16 janvier 1960, JCP 1960. II. 11473.

⁶⁹³ Expression employée par la Cour d'appel de Paris, arrêt précité.

personne poursuivie. Le législateur, en modifiant la présentation de l'élément contractuel de l'abus de confiance⁶⁹⁴, permet désormais au juge plus de souplesse dans sa caractérisation.

139. L'hésitation quant aux contrats complexes. Enfin, le juge pénal peut se retrouver face à un contrat complexe, opération unique résultant de la combinaison de plusieurs contrats spéciaux⁶⁹⁵. Deux possibilités sont alors offertes aux magistrats⁶⁹⁶. La première revient à considérer cette catégorie contractuelle comme une juxtaposition de contrats distincts soumis chacun au régime propre à sa nature. La seconde serait d'y voir « une opération originale n'obéissant aux règles régissant les contrats qui la constituent que dans la mesure où elles sont compatibles avec son essence »⁶⁹⁷. Le juge pénal doit donc choisir entre refuser en bloc l'opération, en la considérant comme une convention à part entière, ou admettre que la convention complexe peut faire l'objet d'une dissociation entre les différents contrats qui la composent.

Parfois, le législateur scelle lui-même la solution en prévoyant la possibilité d'un contrat complexe dans le texte d'incrimination. Ainsi, le délit d'exercice illégal de la profession de banquier⁶⁹⁸ suppose l'accomplissement d'opérations de banque parmi lesquelles figure l'opération de crédit que le législateur choisit expressément d'associer à une opération de crédit-bail⁶⁹⁹. Cependant, les infractions contractuelles ne sont pas toujours aussi disertes et transmettent au juge pénal le soin de déterminer si un contrat complexe peut ou non caractériser l'élément contractuel nommé et non complexe d'une infraction.

La jurisprudence se prononça rapidement en faveur de l'acceptation d'une vision compréhensive du contrat visé. Toutefois, cette solution présume, pour être admise, que le contrat complexe contienne les éléments de définition de l'élément contractuel requis. Le délit d'abus de confiance, telle qu'anciennement rédigé, a ainsi pu être admis en considérant le contrat de louage de chose⁷⁰⁰ caractérisé par un contrat de crédit-bail⁷⁰¹. Par conséquent, le

⁶⁹⁴ La rigidité du système retenu au sujet des infractions contractuelles nommées n'est probablement pas étrangère au choix de la reformulation de l'abus de confiance. En faisant le choix d'un élément contractuel innommé, le législateur permet ainsi d'étendre considérablement le champ de cette infraction en autorisant le juge pénal à se satisfaire de contrats *sui generis*.

⁶⁹⁵ V. pour la prise en compte de ce type de contrats par les infractions contractuelles innommées, *supra*, n° .

⁶⁹⁶ Sur ces questions, V. A. Bénabent, *L'hybridation dans les contrats*, in *Prospectives du droit économique : dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27.

⁶⁹⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 76.

⁶⁹⁸ C. mon. fin., art. L.313-1. V. sur cette infraction, A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 1116 et s.

⁶⁹⁹ Art. L. 313-1 al. 2.

⁷⁰⁰ C. civ., art. 1709.

⁷⁰¹ Le crédit-bail est une convention complexe par laquelle un établissement financier loue un bien à une personne qui dispose d'une option à l'expiration d'une période irrévocable de location (Ph. Malaurie, L. Aynès,

crédit-preneur qui ne restituait pas le matériel loué dans les délais prévus au contrat commettait l'infraction⁷⁰². De telles discussions sont désormais dépassées pour cette infraction, par choix du législateur⁷⁰³. Cependant, d'autres textes d'incrimination occasionnent, aujourd'hui encore, une même interrogation. Le délit d'usure par exemple, peut-il être caractérisé lorsque le taux excessif concerne un crédit-bail alors que l'infraction vise un prêt conventionnel ou un crédit accordé à l'occasion d'une vente à tempérament⁷⁰⁴ ? Certains auteurs encouragent cette admission en faisant valoir la fonction économique de ce contrat⁷⁰⁵ et le risque de détournement de la répression en cas d'excès de précision de l'élément contractuel⁷⁰⁶. Pourtant, la jurisprudence refuse clairement, jusqu'à présent, l'assimilation d'un tel contrat à l'élément contractuel visé par l'infraction. Le motif est clair : les composantes du crédit-bail ne permettent d'identifier ni le prêt conventionnel ni le crédit accordé à l'occasion de ventes à tempérament⁷⁰⁷. Ainsi, la qualification de crédit-bail exclut le délit d'usure, faute de pouvoir y déceler l'élément contractuel requis⁷⁰⁸. D'une part, les risques de détournement potentiel de la répression sont à minimiser puisque le juge pénal n'est en aucun cas lié par la qualification donnée par les parties et peut choisir de requalifier le contrat en fonction des éléments qui lui sont soumis⁷⁰⁹. D'autre part, la rigidité qu'implique l'exclusion des contrats ne correspondant pas précisément à l'élément contractuel requis est imposée par le choix législatif. En effet, le législateur a opté pour un élément contractuel nommé en précisant expressément les contrats seuls à même d'emporter un taux usuraire pénalement répréhensible. Il aurait, en effet, été envisageable de proposer un élément contractuel plus compréhensif en visant par exemple toute opération de crédit. Cette prescription textuelle précise commande ainsi la rigueur adoptée par la jurisprudence. La

P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, préc., p. 461), contrat que l'on peut qualifier de contrat complexe nommé dans la mesure où sa définition ainsi que son régime découlent de la loi (loi du 12 juillet 1966).

⁷⁰² Cass. crim., 14 fév. 1979, Bull. crim., n° 68, D. 1979. IR. p. 177, obs. G. Roujou de Boubée et p. 215, obs. M. Puech.

⁷⁰³ L'infraction visant désormais un élément contractuel innommé. V. alors *supra*, n° 106 et s.

⁷⁰⁴ C. conso., art. L. 313-3 al. 1 et al. 2.

⁷⁰⁵ W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 153 : « leasing et location-vente sont bel et bien des mécanismes de crédit d'un point de vue économique ».

⁷⁰⁶ V. notamment, Ch. Dessens, note sous CA Rouen, 3 juillet 1970, D. 1971, p. 465, spéc., p. 467 ; G. Duteil, P. Amenc-Bougi, *Usure, Rép. pén. Dalloz*, 2008, n° 27.

⁷⁰⁷ « Les dispositions de cette loi sont inapplicables à l'opération de leasing qui s'analyse en un contrat de louage de chose assorti d'une promesse de vente et qui ne peut se confondre ni avec le prêt, ni avec la vente à tempérament » : CA Rouen, 3 juillet 1970, préc. –*Adde* : Cass. crim., 14 févr. 1979, Bull. crim., n° 68, D. 1979. IR. p. 1977, note G. Roujou de Boubée.

⁷⁰⁸ En ce sens : F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 831 ; N. Ferrier, *Les incertitudes du régime de l'usure liées à sa codification. Contribution à l'analyse critique de la « codification-compilation »*, RTDcom. 2005, p. 219, spéc., n° 35 ; J.-L. Rives-Langes, M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, 5^{ème} éd., Dalloz, 1995, n° 435.

⁷⁰⁹ Sur cette faculté, v. *infra*, n° 149.

rigueur d'une telle analyse paraît devoir être maintenue depuis la réforme du 11 juillet 2010⁷¹⁰ qui maintient à l'article L. 311-2 al. 2⁷¹¹ l'association du crédit à certains contrats parmi lesquels ne figure pas le crédit-bail. En définitive, les contrats complexes ne peuvent être considérés comme exclus ou inclus par principe de la caractérisation d'un élément contractuel nommé non complexe. La clé de leur prise en compte réside uniquement dans la possible coïncidence de l'opération avec l'élément contractuel requis.

140. Une opération de qualification systématisée. En toute hypothèse, le juge doit nécessairement, pour pouvoir envisager de déclarer l'infraction constituée, établir au préalable la coïncidence entre l'élément contractuel de l'infraction et le contrat qui lui est soumis. Cette opération nécessite alors la prise en compte de certains outils contractuels dont l'influence sur la qualification se révèle décisive. Malgré l'hostilité d'une partie de la doctrine, le juge pénal impose d'admettre pleinement le rôle potentiel des mécanismes contractuels.

Section 2 - Les outils de l'opération de qualification du contrat

141. La prise en compte de l'hybridité de l'élément contractuel. Le juge pénal doit, pour entrer en voie de condamnation, constater l'ensemble des éléments constitutifs d'une infraction. Pour la plupart d'entre eux, cet examen s'opérera sans qu'aucun recours aux autres disciplines juridiques ne soit exigé. La mention d'une opération potentiellement contractuelle dans un texte d'incrimination impose un constat différent. Sans exiger l'ensemble des conditions du contrat telles qu'énoncées par le droit civil, l'élément contractuel suppose, pour pouvoir être caractérisé, qu'il puisse être identifié. Si les conditions d'existence de ce dernier sont acquises, le juge pénal devra alors déterminer si les prescriptions du texte d'incrimination correspondent au contrat présenté. La jurisprudence reconnaît alors le nécessaire appel à la matière contractuelle. S'impose d'une part, le passage par l'interprétation du contrat. « En stricte logique, interprétation et qualification s'inscrivent dans une chronologie où la première apparaît comme un préalable nécessaire de la seconde »⁷¹². Le juge pénal se trouvera à cette occasion nécessairement confronté, d'autre part, à certains procédés contractuels.

⁷¹⁰ Cette réforme, issue de la Loi n° 2010-737 portant réforme du crédit à la consommation a pour objet la transposition de la directive n° 2008/48/CE relative aux crédits à la consommation.

⁷¹¹ La rédaction de cet article n'a pas reçu de modification substantielle si ce n'est que le texte ne prévoit désormais plus que l'assimilation « à la location-vente et la location avec option d'achat ».

⁷¹² F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 444.

Ces derniers (§2) comme les directives d'interprétation (§1) sont, à raison, utilisés afin de procéder à la qualification de l'élément contractuel.

§1- L'utilisation des directives d'interprétation du contrat

142. Une liberté sous contrôle. Conformément aux mécanismes applicables devant le juge civil⁷¹³, les juridictions criminelles organisent l'opération d'interprétation du contrat selon un principe de liberté. Les directives d'interprétation du contrat peuvent librement être appliquées par les juges du fond, qui exercent alors leur pouvoir souverain. Toutefois, pouvoir souverain ne saurait vouloir dire pouvoir arbitraire. La Cour de cassation, que le contrat soit ou non l'élément constitutif d'une infraction, se réserve alors un droit de contrôle de dénaturation. La mise en œuvre de l'interprétation du contrat dans l'opération de qualification de l'élément contractuel (A) s'opère ainsi librement, par principe, à l'exception du constat d'une dénaturation du contrat (B).

A- La mise en œuvre de l'opération d'interprétation du contrat

143. Une conception uniforme de l'opération. Qu'il fasse ou non l'objet d'une infraction, le contrat doit, pour être qualifié, être préalablement interprété par le juge. Cette opération aura pour objet la découverte de la réalité de l'échange. L'objectif de l'interprétation du contrat se révèle ainsi identique devant les juges pénal et civil. A cette fin, la Chambre criminelle prescrit explicitement l'application des règles civiles⁷¹⁴. Autrement dit, l'hybridité de l'élément contractuel de l'infraction s'illustre de manière évidente à travers l'opération de qualification. La méthode mise en œuvre par le droit civil se retrouve donc devant le prétoire pénal (1), ainsi que les facultés qui en découlent (2).

⁷¹³ V. pour une présentation générale et critique, O. Pujolar, *Interprétation des contrats : la lettre, la volonté ou l'esprit ?*, RRJ 2005-4/1, p. 1869 et s.

⁷¹⁴ « Lorsque la preuve d'un délit ou l'existence de l'un de ses éléments constitutifs, sont subordonnés à l'existence ou au sens à attacher à un contrat, ce contrat doit être interprété d'après les règles établies par le Code civil » (Cass. crim., 27 déc. 1934, DH. 1935, p. 53).

1) La méthode d'interprétation du contrat

144. La pluralité des directives. Le Code civil, s'il reste discret au sujet de la méthode applicable pour l'interprétation de la loi, propose des règles générales à l'intention des juges pour celle des contrats. La première d'entre elles figure à l'article 1156 du Code civil. Cette disposition illustre ce que d'aucuns nomment la méthode subjective, qui consiste à rechercher la volonté des parties⁷¹⁵, et plus précisément leur volonté commune. Considérée comme « la règle des règles » par Demolombe⁷¹⁶, cette directive induit toute une série de procédés indiqués au juge dans l'opération d'interprétation⁷¹⁷. Jugée insuffisante⁷¹⁸, cette méthode est complétée par des propositions plus objectives. Le juge, dans cette optique, n'a plus à s'évertuer à rechercher une commune intention des parties parfois introuvable, mais peut s'en remettre à un critère comme celui de la bonne foi, l'équité contractuelle ou encore les usages des affaires. Appréciables de manière complémentaire, pareilles directives offrent un panel de solutions au juge. Chacune est régulièrement utilisée par le juge civil afin de parvenir à interpréter le contrat soumis. La qualification de l'élément contractuel, impérative lorsque le juge pénal doit statuer sur une infraction contractuelle, impose la même complémentarité. Dès lors, l'ensemble des critères proposés par le droit civil doit être susceptible de recevoir application pour qualifier l'élément contractuel.

145. L'utilisation par le juge pénal de la méthode subjective. Afin de déterminer la commune intention des parties, le juge pénal examine les différentes clauses du contrat. L'application de la méthode subjective ne revient toutefois pas à « sonder les reins et les cœurs » mais à observer concrètement l'opération contractuelle. Refusant de se détacher de la réalité des échanges, le juge pénal observe, au moins pour les infractions visant la phase

⁷¹⁵ Th. Ivainer, *La lettre et l'esprit de la loi des parties*, JCP 1981. I. 3023 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 448.

⁷¹⁶ *Cours de Code Napoléon, XXV. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général. T. II*, Lahure, 1879, n° 3, p. 4. G. Cornu attribue à cette disposition « la force coutumière d'un adage » (cité par P. Catala, *Interprétation et qualification dans l'avant-projet de réforme des obligations*, in *Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 243, spéc., p. 244.

⁷¹⁷ Ainsi, toute clause du contrat doit s'interpréter en considération des autres clauses (art. 1161). De même, quand une clause est susceptible de deux sens, l'on doit retenir celui qui convient le plus à la matière du contrat (art. 1158). Cette même idée de recherche de la volonté des parties fait prédominer les clauses manuscrites sur les clauses imprimées, les premières étant considérées comme plus nécessairement voulues (v. E-H. Perreau, *Clauses manuscrites et clauses imprimées*, RTDciv. 1927, p. 303.). Par ailleurs, cette méthode permet au juge de rechercher cette commune intention dans des données extrinsèques à l'*instrumentum* du contrat.

⁷¹⁸ O. Pujolar, *Interprétation des contrats : la lettre, la volonté ou l'esprit ?*, RRJ 2005-4/1, p. 1869 et s.

d'exécution du contrat⁷¹⁹, ce qui s'est réellement passé, c'est-à-dire comment effectivement les obligations se sont réalisées. C'est ainsi que la Chambre criminelle de la Cour de cassation vérifie les circonstances de la formation d'un contrat afin de déterminer sa qualification de gage, seule à même de permettre une condamnation pour détournement de gage⁷²⁰. De manière encore plus manifeste, la Chambre criminelle avait pris l'habitude, sous l'empire de l'ancienne infraction d'abus de confiance, d'établir la commune intention des parties en examinant si, en pratique, un transfert de propriété avait bien eu lieu. En effet, les parties s'ingéniaient à dissimuler la qualification de vente à tempérament sous d'autres qualifications à même d'intégrer le champ d'application de l'ancien abus de confiance, telles que le prêt à usage⁷²¹, le nantissement⁷²² ou encore le dépôt⁷²³. Le juge vérifiait si le transfert de propriété était ou non avéré, caractérisant ainsi l'opération de vente exclusive du délit d'abus de confiance.

146. L'utilisation par le juge pénal de la méthode objective. La recherche de la qualification la plus appropriée au contrat invite parfois le juge pénal, à l'instar de son homologue civil, à s'en remettre à certaines références plus objectives. Le modelage des parties peut ainsi recevoir une qualification en fonction de ce qui est habituellement pratiqué dans le domaine concerné. L'opération d'interprétation, dans ce cas, repose sur des schémas classiquement appliqués par les contractants dans certains domaines.

La jurisprudence pénale illustre de telles hypothèses au sujet d'accords qualifiés par les parties de contrat de confié : les juges du fond, pour retenir la qualification de dépôt, s'appuyaient sur le fait que « suivant les usages courants de cette profession les marchandises confiées restent en dépôt jusqu'au moment où le propriétaire en réclame le retour, à moins

⁷¹⁹ Les infractions pour lesquelles la seule formation du contrat est exigée pour leur consommation ne permettent pas une telle analyse et ce, pour plusieurs raisons. D'une part, l'exécution du contrat ne fait pas partie de l'infraction et supposerait donc la prise en compte, pour caractériser un élément constitutif, des suites du comportement délictueux. Or, les éléments constitutifs doivent être appréhendés au moment des faits (Ph. Conte, *Droit pénal général*, préc., n° 226 ; W. Jeandidier, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Montchrestien, 1991, n° 192 : « La qualification d'une infraction doit se faire au temps de l'action et tout changement ultérieur de la situation ayant engendré cette qualification est inopérant » ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 386, qui tirent argument de l'article 122-1 du Code pénal qui emploie la formule « au moment des faits » ; A. Tsarpalas, *Le moment et la durée des infractions pénales*, LGDJ, 1967, préf. R. Vouin, n° 95). D'autre part, le schéma de ce type d'infraction contractuelle empêche dans bien des cas l'exécution et partant l'inexécution du contrat remis. En effet, les procédés incriminés suite auxquels la remise d'un consentement est effectuée permettent de croire au vice du contrat souscrit.

⁷²⁰ Cass. crim., 30 janv. 1963, Bull. crim., n° 60.

⁷²¹ Cass. crim., 18 oct. 1934, GP 1934. 2. 675.

⁷²² Cass. crim., 4 déc. 1936, GP 1937. 1. 136.

⁷²³ Trib. corr. Paris, 27 mars 1972, JCP 1972. II. 17218.

que le dépositaire en acquitte le montant⁷²⁴». Les juges du fond confrontent alors ce mécanisme à la situation contractuelle présentée afin de déterminer la véritable qualification à donner à la convention.

147. Objectif de l'interprétation. Que le contrat soit ou non l'objet d'une infraction, les magistrats doivent s'immiscer dans la loi des parties afin d'en appréhender chacune des clauses. Le but de cette opération est identique quel que soit le juge saisi : la qualification du contrat. Néanmoins, l'objectif de la qualification va différer selon que le contrat se trouve être ou non l'élément constitutif d'une infraction. En effet, dans ce dernier cas, la qualification aura pour objet de déterminer la constitution de l'infraction alors qu'en principe, le contrat est qualifié afin de lui appliquer le régime correspondant⁷²⁵.

2) La portée de l'interprétation du contrat

148. La possible qualification du contrat. Il appartient aux parties de qualifier expressément, dans l'*instrumentum* qui le constate, le contrat auquel elles ont souscrit. A défaut, ce n'est qu'en procédant à une interprétation du contrat que le juge pénal pourra qualifier l'opération litigieuse. Or, cette étape peut se révéler indispensable dans l'appréhension de l'élément contractuel⁷²⁶. Le droit pénal des sociétés en fournit une illustration avec le concept de sociétés créées de fait. A la différence des sociétés de fait qui ont vocation à régir la période antérieure à l'annulation d'un contrat et suppose donc sa nullité⁷²⁷, la société créée de fait ne comporte pas véritablement de vices⁷²⁸. Sa particularité réside dans le fait que les parties se comportent comme des associés mais refusent ou négligent de qualifier leur relation de société⁷²⁹. Le juge pénal, devra alors, à l'instar de ses

⁷²⁴ Cass. crim., 12 déc. 1972, Bull. crim., n° 385.

⁷²⁵ V. *supra*, n° 102.

⁷²⁶ Avec une variabilité d'exigence en fonction du type d'infraction contractuelle concerné. V. *supra*, n° 105 et s. L'importance de cette qualification est évidente pour les infractions contractuelles nommées. Elle l'est moins pour les infractions ne visant qu'une situation contractuelle innommée. Toutefois, le juge pénal retient dans la plupart des cas une qualification spéciale afin de caractériser l'élément contractuel de ces infractions.

⁷²⁷ V. sur la société de fait, *infra*, n° 226 et 310.

⁷²⁸ L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, préc., n° 194.

⁷²⁹ B. Dondero, *Société créée de fait*, *Rép. des soc.* Dalloz, 2009, n° 1 ; J. Hémar, *Les sociétés de fait en droit français*, in Travaux de l'Association H. Capitant, T. XI, Les Situations de fait, les sociétés de fait, le gouvernement de fait, Dalloz, 1960, p. 131, spéc., p. 148 et s.

homologues civils et commerciaux⁷³⁰, procéder à la qualification de contrat de société⁷³¹ afin de lui appliquer les infractions requérant un tel élément contractuel⁷³².

Plus radicalement, le juge pénal comme le juge civil, peuvent faire fi de la qualification retenue par les parties en procédant à une requalification du contrat.

149. La possible requalification du contrat. Dans bien des cas, les parties donnent une qualification à leur accord. Le contrat étant considéré comme la chose des parties, l'on pourrait être tenté de croire que ce choix s'impose au juge pénal. A cela s'ajoute que la recherche de la commune intention des parties appartient aux directives fondamentales de l'interprétation. L'appellation choisie par elles pourrait donc paraître devoir s'imposer. Pourtant, dès lors que cette dernière se révèle douteuse ou inexacte, le juge doit⁷³³ procéder à une requalification⁷³⁴. A l'instar du juge civil⁷³⁵, le juge pénal se voit investi d'une telle

⁷³⁰ « C'est un problème de qualification qui se pose au juge, tenu de donner un statut juridique à cette situation » : J. Hémar, *Les sociétés de fait en droit français*, préc., p. 148. Cette société n'étant forcément pas immatriculée, se verra appliquer le régime des sociétés en participation (C. civ., art. 1873).

⁷³¹ La nature de la société fait l'objet d'un intense débat (qui n'est d'ailleurs pas propre au droit français : K. Peglow, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, LGDJ, 2003, préf. J.-B. Blaise), qui repose essentiellement sur une opposition entre les thèses contractuelle et institutionnelle. Historiquement, la qualification de contrat fut la première proposée. Le texte de l'article 1832 du Code civil insistait en effet sur l'idée d'un accord de volontés en disposant que « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». La disposition est désormais plus floue, qui substitue le terme « instituée » à celui de « constituée ». Ces lignes ne peuvent naturellement avoir pour vocation de statuer sur cet immense, sur lequel v. F. Deboissy, *Le contrat de société*, in *Le contrat*, Travaux de l'Association H. Capitant, T. LV, Société de législation comparée, 2008, page 119 ; T. Favario, *Regards civilistes sur le contrat de société*, Rev. sociétés 2008 p. 53 ; R. Libchader, La société, contrat spécial, in *Prospectives du droit économique : dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 281 ; J.-C. May, *La société : contrat ou institution*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 122 ; J. Mestre, *La société est bien encore un contrat...*, in *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, p. 151 ; G. Wicker, *Personnes morales, Rép. civ.*, préc. spéc. n°94. Toutefois, même en adhérant à la très contestée théorie de l'institution, le juge pénal doit constater la présence des composantes autorisant la qualification de société.

⁷³² Les infractions relevant du droit pénal des sociétés restent innombrables malgré les différentes vagues de dépénalisations. Pour ne prendre qu'un exemple dans lequel le législateur requiert un contrat de société formé, l'on peut évoquer les infractions relatives à la modification du capital social et, plus précisément, les infractions relatives à la réduction de ce capital. L'article L. 242-23 dispose qu'« est puni d'une amende de 9000 euros le fait, pour le président ou les administrateurs d'une société anonyme, de procéder à une réduction du capital social : 1° Sans respecter l'égalité des actionnaires ; 2° Sans assurer la publicité de la décision de réduction du capital, au registre du commerce et des sociétés et dans un journal habilité à recevoir les annonces légales. ». V. sur cette infraction : A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 737 et s.

⁷³³ « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. ». V. F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préc., n° 654 qui analyse l'hypothèse d'une distorsion entre la qualification avancée par les parties et les éléments de faits : « Dans ce cas, et en vertu d'un principe constant, ce que font les parties prévaut sur ce qu'elles disent, sous réserve de ce fait que le nom utilisé par les volontés individuelles constitue lui aussi un fait et que, dès lors, le contenu n'est pas homogène. Dans cette mesure, le choix d'un « *nomen* » impropre n'est pas indifférent. Il faut en effet présumer que ce qu'ont fait les parties est conforme à ce qu'elles ont dit. Mais si la contradiction est établie, ce qu'elles ont fait prévaut ».

⁷³⁴ Ce mécanisme peut alors être opposé à celui de l'apparence dont le but est de faire primer l'apparence sur la réalité. L'opération de requalification suppose de déjouer « l'apparence en faisant triompher la réalité » (A.

mission au sujet de l'élément contractuel⁷³⁶. Cette possibilité peut rassurer car si nombre de qualifications erronées peuvent sembler résulter d'une simple négligence des parties, beaucoup d'autres révèlent une « arrière pensée »⁷³⁷ de leur part, celle de bénéficier de la sûreté supplémentaire des sanctions pénales ou au contraire de s'extraire du champ d'application d'une réglementation pénale ou extra-pénale⁷³⁸.

Le juge pénal ne se prive pas de cette faculté et procède, par exemple, à une requalification du de l'opération contractuelle en cause en contrat de travail⁷³⁹ lorsque des ouvriers employés en qualité d'artisans en vertu de contrats de sous-traitance sont, en dépit des apparences, intégrés dans un ensemble les plaçant en état de dépendance économique et de subordination juridique caractérisant des rapports de salariés à employeurs⁷⁴⁰. Le délit de dissimulation de travail salarié⁷⁴¹ implique naturellement⁷⁴² que soient souvent rectifiées de fausses qualifications⁷⁴³. Dans le même ordre d'idée, le délit d'usure⁷⁴⁴ impose la qualification d'un contrat de prêt⁷⁴⁵. Dès lors, les parties à une telle opération peuvent être tentées de dissimuler cette appellation sous la qualification de dépôt⁷⁴⁶ ou de leasing⁷⁴⁷, afin d'échapper à leur responsabilité. Loin

Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, préc.). La jurisprudence relève d'ailleurs parfois que l'opération prenait « l'apparence » d'un autre contrat (v. par ex. Cass. soc., 2 déc. 1997, D. 1998 IR. p. 12).

⁷³⁵ « Il appartient au juge de donner ou restituer son exacte qualification à un acte sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». v. par ex. : Cass. com., 14 mai 1985, Bull. civ. IV, n° 153 ; 21 déc. 1987, *ibid.*, n° 281.

⁷³⁶ Si le contenu de l'accord est en principe libre, sa qualification ne l'est pas ; celle-ci sera judiciairement rectifiée si elle est entachée d'une inexactitude... » : M. Brusetti in *Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes*, th. Grenoble, 1977, p. 55. Certains auteurs cherchent à justifier de manière civile cette vérification faite par le juge pénal : « Le contrat, aux termes de l'article 1134 du Code civil, n'est en effet qu'une « loi privée » qui n'a d'effet qu'entre les parties contractantes » : J. Boré, L. Boré, *La cassation en matière pénale*, 3^{ème} éd., Dalloz Action, 2011, n° 102.11.

⁷³⁷ Selon la formule empruntée à G. de Lestang sous CA Paris, 18 mai 1953, JCP 1953. II. 7776.

⁷³⁸ Les juges doivent en effet démasquer la simulation ou la fraude. Le contrat de travail fournit des illustrations avec le contrat de travail fictif ne correspondant à aucune prestation réelle pour bénéficier des prestations des ASSEDIC. A l'inverse, les parties tentent d'échapper au paiement des charges sociales en qualifiant leur contrat de louage d'ouvrage ou de mandat. V. Cass. soc., 15 oct. 1981, Bull. V. 790 ; 25 oct. 1990, Bull. V. 500. Par volonté d'échapper aux droits fiscaux grevant une donation, les parties tentent de déguiser le contrat sous la qualification de vente, beaucoup moins taxée.

⁷³⁹ Sur les critères de qualification de ce contrat, v. *supra*, n° 134 et s.

⁷⁴⁰ Cass. crim., 29 oct. 1985, Bull. crim., n° 335. V. dans le même sens, Cass. crim., 6 mai 1997, *ibid.*, n° 178.

⁷⁴¹ L'interdiction est formulée aux articles L. 8221 et s. du Code du travail et la sanction pénale figure aux articles L.8224-1 et s.

⁷⁴² Les personnes employées sont généralement présentées comme des amis ou des professionnels indépendants. V. pour les critères utilisés pour déterminer la qualification de contrat de travail, *supra*, n° 134 et s.

⁷⁴³ V. par ex. Cass. crim., 5 janv. 1995, JCP E. 1996. I. 549 ; 31 mars 1998, DO. 1998. 441, note M. Richevaux.

⁷⁴⁴ C. conso., art. 313-5.

⁷⁴⁵ V. sur la portée de cette exigence au regard des contrats complexes tels que le crédit-bail ou la location vente, *supra*, n° 139.

⁷⁴⁶ Méfiance partagée par W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 153.

⁷⁴⁷ TGI Angers, 6 juin 1978, D. 1979, p. 641, note G. Parléani. La requalification s'impose également dès lors que le prétendu contrat aléatoire dissimulait une cession : Cass. crim., 8 mai 1969, Bull. crim., n° 162.

d'une manifestation de l'autonomie du droit pénal⁷⁴⁸, ce pouvoir de requalification du contrat permet ainsi au juge pénal, à l'instar de ses homologues civil ou fiscal, de « restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée »⁷⁴⁹.

150. Une liberté surveillée. Les juges du fond disposent ainsi d'une véritable liberté dans l'appréciation de la qualification à donner au contrat ; ils ne sont aucunement liés par le choix de qualification fait par les parties. Cependant, leur liberté n'est pas infinie car si leur indépendance est manifeste par rapport aux contractants, la Cour de cassation conserve, dans une certaine mesure, un droit de contrôle de l'opération.

B- Le contrôle de l'opération d'interprétation du contrat

151. La répartition des rôles. En principe, les juges du fond bénéficient d'une appréciation souveraine dans l'interprétation du contrat. Dès lors, il peut arriver que certaines erreurs soient commises sans que les solutions prononcées ne puissent être contrôlées. Toutefois, les juges du fond ne peuvent modifier, sous couvert d'interprétation, le contenu ou le sens d'un contrat, incontestablement clair. Dans un tel cas, l'appréciation souveraine des juges du fond (1) cède devant le contrôle de la Cour de cassation (2).

1) Le principe de l'appréciation souveraine des juges du fond

152. La nature factuelle de l'appréciation. L'opération de qualification de l'élément contractuel revient à déterminer le schéma contractuel retenu dans chaque espèce. Une telle présentation soulève inévitablement une difficulté : la qualification est-elle une question de droit ou de pur fait ? Initialement, la Cour de cassation avait opté pour une vision juridique de l'opération d'interprétation conduisant à un possible contrôle de sa part. Cependant, très vite, la jurisprudence proposa de manière définitive, de renoncer à cette conception pour envisager l'interprétation comme relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, et ce, même si

⁷⁴⁸ En ce sens, à propos du pouvoir de requalification du juge fiscal : M. Cozian, *Propos désobligeants sur une « tarte à la crème » : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal*, in *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 4^{ème} éd., Litec, 1999, p. 3, spéc., p. 10 ; F. Deboissy, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ, 1997, préf. M. Cozian, n° 691.

⁷⁴⁹ C. proc. civ., art. 12.

la volonté des parties a mal été interprétée⁷⁵⁰. Plusieurs arguments sont avancés à l'appui d'une telle conception⁷⁵¹, parmi lesquels figure celui de la nature factuelle de l'opération. La Cour de cassation ne saurait par conséquent intégrer l'opération dans son champ de contrôle.

153. Le refus général de l'immixtion. Le principe est clairement et depuis longtemps affirmé par la Chambre criminelle selon une formule quasi immuable : « la détermination du contrat [...] échappe au contrôle de la Cour de cassation lorsqu'elle résulte d'une interprétation sans dénaturation du contrat, fondée sur une appréciation souveraine de la volonté des parties »⁷⁵². De la même manière, elle considère que « saisis d'une poursuite du chef de détournement de gage, les juges du fond, qui déterminent la portée de la convention de gage, dont les termes sont contradictoires ou ambigus, et considèrent que le prévenu a agi en qualité de débiteur donneur de gage au sens de l'article 400, alinéa 5 du Code pénal, usent ainsi du pouvoir d'interprétation, qui échappe au contrôle de la Cour de cassation »⁷⁵³. Ainsi, la Chambre criminelle, à l'instar des juges civils, abandonne, par principe, les contrats à l'appréciation souveraine des juges du fond. Cependant, quelle que soit la formule utilisée par la jurisprudence, un bémol à cette souveraineté s'imisce dans le système présenté

2) Le contrôle exceptionnel de la Cour de cassation

154. L'exercice du contrôle en cas de dénaturation du contrat. Le juge civil s'octroie le droit de censurer les décisions des juges du fond lorsque les termes employés par les parties sont clairs et précis et que les obligations résultant du contrat ont été dénaturées par les magistrats. La Chambre criminelle relaye en tout point cette exception et précise que l'appréciation des juges du fond échappe à son contrôle en l'absence de « dénaturation du contrat »⁷⁵⁴ ou si les termes de la convention « sont contradictoires ou ambigus »⁷⁵⁵. Le principe de l'absence de contrôle de la part de la Chambre criminelle est ainsi réservé aux cas dans lesquels un doute est permis sur l'interprétation à donner aux clauses du contrat. Les juges du fond ont par exemple bénéficié d'une souveraineté au sujet d'une convention pour le

⁷⁵⁰ Cass. Sect. réun., 2 févr. 1808, S. chron., Grands arrêts n° 159.

⁷⁵¹ V. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 457.

⁷⁵² V. par ex. Cass. crim., 24 mars 1969, Bull. crim., n° 127.

⁷⁵³ Cass. crim., 30 janv. 1963, Bull. crim., n° 60.

⁷⁵⁴ Cass. crim., 14 fév. 1973, GP 1973. 1. 474 (arrêt précité).

⁷⁵⁵ Cass. crim., 30 janv. 1963, Bull. crim., n° 60 (arrêt précité).

moins ambiguë comportant la « mission de vendre au mieux » un lot de timbres⁷⁵⁶. Au contraire, le principe cède la place au contrôle par les juges de cassation en cas de dénaturation du contrat⁷⁵⁷. Sous couvert de cette formule plutôt vague, la chambre criminelle s'offre un droit de vérification de deux ordres dont seul le premier peut convaincre.

155. La dénaturation officielle. D'une part, la souveraineté de l'appréciation des juges du fond tombe en cas de refus d'appliquer des clauses contractuelles claires et précises. Telle est la définition classique de l'expression « dénaturation », employée pour justifier la cassation de multiples arrêts⁷⁵⁸.

156. La dénaturation officieuse. D'autre part, la Cour de cassation utilise la même expression pour refuser la qualification donnée au contrat par les juges du fond si elle ne correspond pas aux définitions du Code civil. Il s'agit moins ici de sanctionner un refus de tenir compte de clauses claires et précises que de s'immiscer dans l'appréciation des juges du fond même en cas de contrat obscur. En effet, dans un arrêt du 12 mars 1974⁷⁵⁹, une décision de cour d'appel fut cassée pour dénaturation alors même que la convention complexe soumise aux juges était passablement confuse comme en témoigne d'ailleurs la divergence d'interprétation entre le premier et le second degré de juridiction. On pourrait alors être tenté de considérer que la Cour de cassation déborde sur les compétences des juges du fait en cédant à la tentation de se conduire en troisième degré de juridiction. Cependant, il semble pouvoir n'en être rien si l'on considère, avec certains auteurs⁷⁶⁰, que la cassation dans cette dernière hypothèse de dénaturation est une véritable cassation pour fausse application de la loi : « l'erreur de qualification est nécessairement une violation de la loi qui a déterminé les caractères légaux de ces contrats »⁷⁶¹. La Cour de cassation, ayant pour mission de contrôler la correcte application des textes, se doit de vérifier que les qualifications retenues par les juges du fond correspondent aux définitions contractuelles. Il serait cependant peut être envisageable, et en tout cas souhaitable, que la Chambre criminelle ne censure pas les arrêts des juges du fond sous la même appellation de « cassation pour dénaturation » pour des

⁷⁵⁶ Cass. crim., 27 janvier 1971, JCP 1971. II. 16869. Pour un autre exemple d'appréciation souveraine des juges du fond, v. Cass. crim., 3 nov. 1994, Bull. crim., n° 345.

⁷⁵⁷ Pour un arrêt formulant clairement ce champ réduit du contrôle : Cass. crim., 3 oct. 1991, Bull. crim., n° 326 : « la détermination de la nature du contrat [...] est soumise au contrôle de la Cour de cassation lorsqu'elle résulte de la dénaturation des clauses d'une convention ».

⁷⁵⁸ V. par ex. Cass. crim., 24 sept. 1997, Bull. crim., n° 309.

⁷⁵⁹ D. 1974, p. 607, note M. Véron.

⁷⁶⁰ J. Boré, *Le contrôle de la Cour de cassation de la dénaturation des actes*, RTDciv. 1972, p. 249 et s.

⁷⁶¹ J. Boré, *Le contrôle de la Cour de cassation de la dénaturation des actes*, préc., n° 16

situations distinctes : si la censure pour rejet d'une clause limpide revient à dénaturer la convention des parties, casser un arrêt qui ne respecte pas les définitions du Code civil ne constitue pas une dénaturation de la convention mais de la loi. A deux réalités différentes devraient donc correspondre deux formules différentes. Néanmoins, dans les deux cas, l'objectif de la Cour de cassation est de parvenir à une confrontation la plus réaliste possible du contrat à la définition de la situation contractuelle.

157. L'interprétation nécessaire mais insuffisante. L'opération de qualification de l'élément contractuel consiste ainsi, à l'instar de l'interprétation d'un contrat « non pénalisé », en une fine analyse de la convention dont l'objectif est de dépasser les apparences. Dans cette optique que faire des mécanismes volontairement intégrés par les parties dans la convention ? Malgré certaines voix hostiles, la Chambre criminelle de la Cour de cassation fait une place à pareils procédés. Sans se prononcer sur leur portée à l'égard d'une quelconque exécution forcée ou d'une éventuelle indemnisation, le juge pénal accepte de tenir compte des mécanismes contractuels dans la mesure de leur répercussion sur l'identification du contrat.

§2 : *La prise en compte des mécanismes contractuels*

158. Analyse des mécanismes susceptibles d'influer sur l'élément contractuel. La référence à un contrat dans une incrimination invite inévitablement l'observateur à déterminer la façon dont certains procédés purement contractuels peuvent ou doivent être pris en compte par le juge pénal au stade de la qualification dudit élément. Il faut dès lors proposer une distinction selon la portée du procédé. En effet, certains mécanismes vont avoir un impact sur la formation du contrat et donc potentiellement sur l'opération de qualification de ce dernier. D'autres, telle la compensation ou le droit de rétention, ne peuvent avoir aucune influence sur la qualification de l'élément contractuel, mais seulement éventuellement sur le fait délictueux de certaines infractions⁷⁶². Ces procédés contractuels doivent alors être exclus du propos⁷⁶³, seules la clause de réserve de propriété (A) et la novation (B) étant à même de participer à l'identification de l'élément contractuel.

⁷⁶² V. alors *infra*, n° 363.

⁷⁶³ Ces mécanismes feront l'objet d'une étude ultérieure réservée aux infractions envisageant la phase de l'exécution du contrat.

A-L'influence de la clause de réserve de propriété

159. Une admission sous réserves. S'il est évident que l'insertion d'une clause de réserve de propriété peut influencer sur la physionomie d'un contrat, sa prise en compte par le juge pénal pour qualifier l'élément contractuel ne s'impose pas avec certitude. Pour l'admettre, il faut d'une part accepter la recevabilité d'un tel mécanisme en droit pénal (1) et d'autre part, à supposer ce principe acquis, envisager sa réception potentielle par les infractions susceptibles d'être concernées (2).

1) La nécessaire recevabilité de principe du mécanisme

160. Une influence potentielle sur l'élément contractuel. La clause dite de réserve de propriété est celle qui stipule que le transfert de propriété de la chose déjà livrée ne se produira qu'au moment où le prix sera intégralement payé⁷⁶⁴. Jusqu'au dernier versement, le vendeur reste donc le propriétaire du bien. Ce mécanisme, relativement courant en pratique⁷⁶⁵, modifie les contours des contrats translatifs de propriété tels la vente ou le prêt. Faut-il alors le prendre en compte dans la détermination de l'élément contractuel d'une infraction ?

161. Un accueil doctrinal hostile. La doctrine pénaliste n'est pas toujours favorable à l'intégration d'une telle clause dans l'examen de la composante contractuelle de l'infraction. Ces auteurs invoquent l'autonomie nécessaire du droit pénal face à des concepts purement civils : la matière se doit d'être réaliste et « les faits doivent être décrits tels qu'ils apparaissent réellement et non tels que peuvent les qualifier des constructions juridiques issues du droit privé des conventions, certes subtiles, mais fictives »⁷⁶⁶. Le juge pénal devrait, à s'en tenir à cette proposition, faire fi de cet « aménagement purement privé et artificiel de la réalité »⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ Sur la notion V. notamment M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, préc., n° 529 et s., J. Ghestin, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, p. 1, F. Pérochon, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, Litec, 1988, avant-propos J.-Mousseron, préf. F. Derrida.

⁷⁶⁵ Particulièrement depuis la loi du 12 mai 1980 qui l'a déclarée opposable aux créanciers du débiteur en faillite

⁷⁶⁶ V. Wester-ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 21

⁷⁶⁷ V. Wester-Ouisse, *ibid.*, n° 251.

162. Le dépassement de l'hostilité. La difficulté rencontrée pour admettre la recevabilité de principe du mécanisme s'identifie aisément dans le souci de réalisme du droit pénal⁷⁶⁸. Sans pour autant rechercher systématiquement l'autonomie⁷⁶⁹, cette discipline doit veiller à s'extraire des mécanismes non conformes à la réalité⁷⁷⁰. Par conséquent, il semblerait logique de refuser toutes incidences des fictions mises en place par les autres disciplines⁷⁷¹. En effet, de manière générale, la fiction consiste « à supposer un fait ou une situation différents de la réalité en vue de produire un effet de droit »⁷⁷². Ainsi, « spontanément, le terme fiction évoque l'artifice, la dénégation de la réalité »⁷⁷³. Qualifier la clause de réserve de propriété de fiction implique alors son exclusion du champ pénal.

Cependant, ladite qualification ne peut s'imposer avec autant d'évidence au vu de la complexité de la notion de fiction. La doctrine a su, en effet, mettre en exergue la dualité de cette notion, fondée sur la dualité de l'objet de comparaison. La fiction peut, d'une part, résulter de la contrariété ou de l'inadéquation d'une règle avec la réalité matérielle. Cette règle peut revêtir la qualification de fiction-règle⁷⁷⁴. Elle peut, d'autre part, caractériser une situation dans laquelle la règle méconnaît la réalité juridique⁷⁷⁵. Plus précisément, la fiction dite juridique⁷⁷⁶ suppose soit l'absence d'une des composantes de la définition, soit la production d'un effet différent de ceux logiquement attachés à la règle en cause⁷⁷⁷. Or, le

⁷⁶⁸ La jurisprudence criminelle elle-même affirme ce réalisme du droit pénal comme un principe : Cass. crim., 17 nov. 2004, pourvoi n° 04-80.078. Les juges du fond considèrent ainsi que « le moyen tiré des effets d'une clause de transfert immédiat de propriété en Turquie ne saurait faire obstacle au réalisme du droit pénal et douanier ». Ce principe n'est pas une originalité du droit pénal français. La doctrine étrangère manifeste cette même volonté, en droit Italien, notamment. V. F. Palazzo, *La responsabilité pénale dans l'entreprise : vers un espace judiciaire européen unifié ? La responsabilité dans l'entreprise en Italie*, RSC 1997, p. 309, spéc. n° 9.

⁷⁶⁹ Certains auteurs veillent ainsi à distinguer l'autonomie du droit pénal de son principe de réalisme : M. Segonds, *Prise illégale d'intérêts par un agent public*, note sous Cass. crim., 14 mai 2003, D. 2004, somm. p. 319.

⁷⁷⁰ Le réalisme du droit pénal « autorise à faire prévaloir la réalité des faits sur les faux-semblants juridiques mis en oeuvre par les délinquants pour tromper la vigilance du juge répressif » : M. Segonds, comm. sous Cass. crim., 10 sept. 2003, D. 2004, somm. p. 2458.

⁷⁷¹ Certains considèrent que le droit pénal lui-même met en place des fictions, telles que le principe « nul n'est censé ignorer la loi » (J. Larguier, A.-M. Larguier, *Le rejet de l'analyse rétroactive en matière pénale*, RSC 1972, p. 759, n° 12. –Adde : R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 550). Cependant, indispensable au bon fonctionnement de la matière, cette fiction –à supposer que l'on puisse la qualifier de telle (d'autres auteurs lui préfèrent le terme de présomption. V. Notamment, B. Bouloc, *Droit pénal général*, préc., n° 435)– n'empêche pas le droit pénal de chercher à neutraliser celles façonnées par les autres disciplines en vertu du principe de réalisme.

⁷⁷² *Vocabulaire juridique* (sous la direction de G. Cornu), préc., v. « Fiction » (1).

⁷⁷³ G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1996, préf. J. Amiel-Domat, n° 1.

⁷⁷⁴ G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n° 2-1.

⁷⁷⁵ V. R. Houin, *Rapport in Travaux de l'Association H. Capitant*, T. III, *Le problème des fictions en droit civil*, Dalloz, 1948, p. 242.

⁷⁷⁶ G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n° 2-2.

⁷⁷⁷ « La fiction juridique peut donc se définir comme l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application » : *ibidem*.

réalisme prôné par la matière pénale ne s'oppose pas aux deux fictions mais seulement à la première, la fiction-règle : seule celle-ci contrevient à la réalité matérielle recherchée par ce droit⁷⁷⁸. Dès lors, la prise en compte potentielle de la clause de réserve de propriété par le juge pénal dépend du point de savoir si cette dernière peut ou non être qualifiée de telle. Or, la présentation doctrinale en faveur de la qualification de fiction se révèle trompeuse. En effet, pour apprécier la réalité d'un échange contractuel, les limites des droits de chaque partie, il faut utiliser l'ensemble des données caractérisant le contrat confectionné. Or, comment peut-on apprécier la réalité d'une situation contractuelle en faisant fi de certaines données participant au modelage de l'échange ? Ne faut-il pas considérer que l'on s'éloigne de la vérité des faits en affirmant que l'acquéreur est propriétaire alors que les parties ont décidé qu'il ne le serait qu'au paiement du prix ? Certes, ce retard du transfert de propriété semble mettre à mal la cohérence du système juridique en contrevenant au principe du transfert de propriété *solo consensu*⁷⁷⁹. Cependant, en aucun cas, cet aménagement des parties ne nie la réalité ; au contraire, il l'expose⁷⁸⁰. Finalement, la proposition avancée par cette doctrine revient à prendre en compte l'apparence de la situation analysée : l'acquéreur utilise le bien donc il donne l'apparence d'en être le propriétaire. N'est-ce pas alors pure fiction ? Le fait de réserver la propriété n'est contraire qu'à l'apparence, non à la réalité : l'acquéreur utilise le bien comme s'il en était propriétaire –clause contraire à l'apparence–, mais il est obligé de le conserver –réalité imposée par la clause. Il ne s'agirait ainsi que d'un mécanisme d'aménagement des rapports qui révèle des faits, des obligations véritables. La qualification de fiction ne saurait alors convaincre, qui repose semble-t-il sur une confusion entre réalité et apparence. Le juge pénal se doit, dans l'opération de qualification de l'élément contractuel, de s'approcher au plus près de la réalité de l'échange, en s'éloignant alors uniquement des véritables fictions n'ayant aucune prise possible sur cette réalité.

L'embarras des pénalistes face à une telle situation doit alors être dépassé. Certes, tenir compte d'une clause purement civile et volontaire pour caractériser l'un des éléments d'une infraction rompt nettement avec l'indépendance de la matière pénale⁷⁸¹. La véritable crainte de faire perdre son autonomie au droit pénal imposerait alors une prise en compte de la simple

⁷⁷⁸ Le fait qu'un mécanisme mette à mal la cohérence d'un système acquis ne peut suffire à l'exclure de l'appréciation du juge pénal puisqu'il ne préfigure pas nécessairement d'une altération de la réalité matérielle.

⁷⁷⁹ C. civ., art. 1583.

⁷⁸⁰ Ainsi, le vendeur conserve le droit de propriété dans son patrimoine et supporte alors les risques jusqu'au complet paiement. L'acheteur, non propriétaire pendant cette même période, se trouve tenu par une obligation de conserver la chose. V. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil. Contrats spéciaux*, préc., n° 152.

⁷⁸¹ Les mêmes avanceront d'ailleurs que cette prise en compte contredit la physionomie du délit en faisant de sa priorité la protection de la foi contractuelle : V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 251.

apparence de la situation. Le réalisme du droit pénal auquel les autonomistes tiennent impose pourtant la prise en compte de la clause de réserve de propriété. L'ambiguïté mise en exergue par la doctrine résulte uniquement de la particularité de l'élément constitutif en cause : l'hybridité de l'élément contractuel. Sa place dans l'infraction ne peut faire oublier la référence à la matière contractuelle. Cela conduit inévitablement à la reconnaissance de procédés propres à cette discipline et émanant de la seule volonté des parties.

D'ailleurs, l'ensemble des auteurs qui analyse la compatibilité d'une telle clause avec le droit pénal s'efforce de déterminer *in fine* si la situation engendrée par la présence d'une telle clause correspond aux prescriptions faites par le législateur dans l'incrimination.

2) La mise à l'épreuve de la recevabilité du mécanisme

163. Concrétisation de la recevabilité du mécanisme. Si la qualification de l'élément contractuel suppose, par principe, la prise en compte de l'ensemble des mécanismes permettant d'identifier le contrat en cause, seules certaines infractions contractuelles permettent d'offrir l'illustration des répercussions potentielles de la clause de réserve de propriété.

a- La clause de réserve de propriété dans l'abus de confiance

164. L'exclusion de l'ancien délit d'abus de confiance. L'hésitation au sujet de la prise en compte de la clause de réserve de propriété s'est tout d'abord cristallisée autour de l'abus de confiance, et ce, dès l'ancienne incrimination. En effet, rappelons que cette infraction était totalement incompatible avec une quelconque vente, ce contrat ne figurant pas dans la liste imposée par le législateur. Le juge pénal n'avait d'autre solution que d'exclure l'infraction en cas de vente même avec clause de réserve de propriété⁷⁸². D'ailleurs, ladite clause servait d'indice au juge pénal dans sa tâche d'interprétation de la convention : sa présence impliquait nécessairement la requalification du contrat en vente⁷⁸³.

⁷⁸² CA Paris, 19 déc. 1988, GP 1989. 1. 467 ; Cass. crim., 27 fév. 1997, pourvoi n° 96-81.787. –Adde : J. Ghestin, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, préc., spéc., n° 23

⁷⁸³ CA Versailles, 24 janvier 1991, D. 1991, somm., p. 273, obs. G. Azibert et de manière plus implicite : Cass. crim., 11 octobre 1990, RSC 1991, p. 765, obs. P. Bouzat.

165. L'admission potentielle d'une remise précaire. Qu'en est-il désormais depuis la suppression de cette liste limitative ? La plupart des auteurs considère que la clause de réserve de propriété ne doit pas, aujourd'hui plus qu'hier, permettre de poursuivre l'acquéreur pour abus de confiance. L'argument avancé est celui de la présence, malgré la clause, d'un transfert de propriété exclusif de l'infraction. Cette conclusion peut découler de plusieurs propositions d'analyse.

166. L'hostilité doctrinale. La première proposition repose sur le principe de l'autonomie du droit pénal qui imposerait le rejet de toute fiction civile. La seconde parvient à la même solution mais de manière moins catégorique. Il s'agit de considérer que le juge pénal, dans son opération de qualification, doit se concentrer sur l'objectif final du contrat qu'il doit analyser indépendamment des clauses pouvant aménager cet objectif. Ainsi, la vente avec clause de réserve de propriété a pour véritable finalité le transfert de propriété, la clause ne venant que « se greffer sur la vente sans la dénaturer »⁷⁸⁴. Pour ces auteurs, cette clause ne saurait ainsi permettre au juge pénal de poursuivre l'acquéreur d'un bien.

167. L'hostilité ignorée par le juge pénal. Le rejet de principe de la clause de réserve de propriété peut ne pas convaincre et n'a d'ailleurs pas convaincu la jurisprudence. Le juge pénal utilise, en effet, ce mécanisme afin de déterminer le caractère précaire de la remise. L'abus de confiance a ainsi été retenu à l'encontre d'un concessionnaire ayant revendu des voitures avant d'en avoir payé le prix au fabricant. La Cour de cassation se fonde sur les énonciations de la Cour d'appel qui démontre que le contrat prévoyait que les voitures restaient la propriété du fabricant jusqu'au paiement du prix. Une telle clause entraîne dès lors le constat selon lequel « les véhicules n'étaient remis [...] qu'à titre précaire »⁷⁸⁵. Le mécanisme n'est, par conséquent, pas exclu de l'abus de confiance puisqu'il permet bien au contraire de caractériser la précarité de la remise⁷⁸⁶. Plus tôt, la Cour d'appel de Toulouse⁷⁸⁷

⁷⁸⁴ C. Ophéle Rosetto, *Clause de réserve de propriété et droit pénal des biens*, RTDcom. 1995, p. 87 et s. spéc., p. 102. Dans le même sens, P. Gauthier, B. Lauret, *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., Economica, 1996, p. 146.

⁷⁸⁵ Cass. crim., 8 avr. 2009, Dr. pén. 2009, comm. n° 108, note M. Véron.

⁷⁸⁶ Cependant, la solution retenue par la Chambre criminelle s'éloigne des prescriptions légales qui se contentent d'exiger une remise « à charge » sans que la propriété ne soit en cause. La nouvelle incrimination de ce délit n'impose pas expressément cette conclusion et semble permettre au contraire d'inclure la vente dans les contrats pouvant donner lieu à un détournement pénalement répréhensible (En ce sens, Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 554 ; R. Haïk, *Droit pénal des contrats*, préc. n° 81 ; C. Souweine, *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal*, préc., n° 18) V. sur ce point *supra*, n° 384 et 427. Aujourd'hui le seul guide permettant de déterminer si un contrat peut entrer dans le champ de l'abus de confiance doit être celui de la finalité de la remise et non plus la nature du titre de celle-ci. La clause de réserve de propriété ne devrait alors n'être qu'utilisée pour qualifier ladite charge.

avait déjà formulé le principe de la prise en compte de la clause de réserve de propriété pour qualifier l'élément contractuel. Les juges ont dans un second temps cherché à déterminer très logiquement quelle charge prévue par le texte pouvait être identifiée dans un tel cas.

168. Une admission mesurée. Aucun argument n'empêche par principe d'admettre la prise en compte de la clause de réserve de propriété dans la caractérisation de l'abus de confiance. Ni le caractère prétendument fictif, ni le caractère assurément civil de ce mécanisme ne peuvent en effet s'opposer à son utilisation par le juge pénal. Cependant, accepter la recevabilité de principe de la clause de réserve de propriété dans la caractérisation de l'abus de confiance ne revient pas à affirmer son bien-fondé. En effet, la question de savoir si la violation de l'obligation découlant de cette clause est à même de caractériser le détournement ne se trouve pas pour autant résolue, mais relève de la recherche de la notion différente d'inexécution pénalement répréhensible⁷⁸⁸.

b- La clause de réserve de propriété dans le détournement de gage

169. La nécessaire prise en compte du mécanisme. Le schéma infractionnel du détournement de gage invite à s'interroger, en des termes différents, sur la prise en compte de la clause de réserve de propriété dans la détermination de l'élément contractuel : pour qualifier le contrat de gage, le juge pénal doit-il tenir compte de l'insertion dans la convention d'une clause retardant le transfert de propriété au moment du paiement du prix ? Ce contrat suppose l'absence de pareil transfert au profit du créancier gagiste, ce dernier ne pouvant pas être en même temps propriétaire du bien⁷⁸⁹. Rien ne devrait par principe s'opposer à la prise en compte de la clause de réserve de propriété dans l'opération de qualification de l'élément contractuel afin de déterminer si l'auteur du détournement est bien le propriétaire du bien.

170. Illustration de la prise en compte du mécanisme. Peut en effet être envisagée l'hypothèse dans laquelle un bien est vendu à crédit avec clause de réserve de propriété au profit du vendeur jusqu'au complet paiement du prix. Ledit bien ne peut alors être le gage du

⁷⁸⁷ Juris-Data n° 2000-119919.

⁷⁸⁸ C'est pourquoi, v. *infra*, n° 418.

⁷⁸⁹ Le constituant doit être le propriétaire du bien : C. civ., art. 2335. Pour une affirmation de cette incompatibilité au sujet du délit de détournement de gage, v. J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 235.

vendeur, resté propriétaire. Par conséquent, l'acheteur qui détourne le bien avant de s'être acquitté du prix ne devrait pas pouvoir être poursuivi pour détournement de bien donné en gage. La jurisprudence a eu, à plusieurs reprises, à se prononcer sur cette question. Si certaines juridictions du fond n'ont pas considéré cette donnée comme un obstacle à la condamnation⁷⁹⁰, la Chambre criminelle l'a refusé au motif que l'acte de détournement doit émaner du propriétaire de l'objet gagé. La clarté de la solution doit être remarquée : « Une chose ne peut être remise en gage à celui qui n'a cessé d'en être le propriétaire ; ainsi, une voiture automobile vendue à crédit avec réserve de propriété au profit du vendeur jusqu'au règlement intégral du prix, et mise à la disposition de l'acheteur avec prohibition d'en disposer, n'est pas et ne peut pas être le gage du vendeur ; par suite l'acheteur qui vend la voiture avant d'en avoir payé le prix ne commet pas le délit de détournement de gage »⁷⁹¹. Ainsi, l'opération de qualification du gage suppose la prise en compte de la clause de réserve de propriété.

171. Bilan. La qualification de l'élément contractuel suppose l'identification des caractéristiques du contrat mentionné ou le constat des obligations directement proposées par le texte d'incrimination. Dans l'une comme l'autre des situations, le juge pénal témoigne de sa volonté de parvenir à la réalité du contrat devant lui présenté. L'hybridité de l'élément contractuel suppose alors la possible prise en compte de mécanismes contractuels greffés par les parties au contrat. Ce constat, manifeste pour la clause de réserve de propriété, ne doit pas rester isolé. Ainsi, si le mécanisme en cause permet ou exclut l'assimilation du contrat examiné à l'élément contractuel, le juge pénal doit en tenir compte. L'opération de novation⁷⁹² fournit une nouvelle épreuve à cette proposition.

B- L'influence de la novation

172. Une admission sous réserves. A l'instar de la clause de réserve de propriété, le juge pénal accepte de prendre en compte la novation avec mesure. Tout d'abord, il ne s'agit là pour lui que d'en tirer les conséquences sur l'identification du contrat. Ensuite, le mécanisme de la novation ne peut avoir un quelconque impact sur la caractérisation de l'élément

⁷⁹⁰ T. corr. Seine, 12 mai 1933 : DH 1933, p. 566. Comp. CA Montpellier, 6 févr. 1951, D. 1951, somm. p. 76.

⁷⁹¹ Cass. crim., 6 mars 1937, DP. 1938. 1. 92, note M. Nast, GP 1937. 1. 814.

⁷⁹² C. civ., art. 1271 et s.

contractuel que s'il respecte certaines conditions imposées à tous les éléments constitutifs de l'infraction.

Ainsi, la source contractuelle de cet élément ne peut suffire à son exclusion (1) mais sa prise en compte suppose un cadre dans lequel la novation doit s'insérer pour ne pas être ignorée (2).

1) La recevabilité du mécanisme

173. Les interactions potentielles. La novation est une opération qui consiste à « éteindre une obligation originaire pour la remplacer par une nouvelle obligation, différente de la précédente par l'un de ses éléments »⁷⁹³. Cette modification du contenu de la convention est susceptible d'avoir des répercussions sur l'opération de qualification de l'élément contractuel. En effet, envisageons l'hypothèse d'un contrat comprenant initialement une obligation caractérisant un contrat de gage. Pendant l'exécution de ce contrat, le débiteur décide d'autoriser le créancier à utiliser la somme remise en gage et change l'obligation initiale en une obligation caractéristique d'un mandat par exemple. La novation ainsi opérée, va modifier la nature du contrat en excluant la qualification de gage. Dans un tel cas, le délit de détournement de bien donné en gage peut-il être caractérisé par le juge pénal ? Dans le même ordre d'idée, il faut envisager que pour un même objet, un dépôt se substitue à une vente. Dans ce dernier cas, au contraire, le contrat, tel que modifié, devrait pouvoir correspondre à l'élément contractuel de l'infraction d'abus de confiance. Le juge pénal doit-il alors tenir compte de ce mécanisme permettant tantôt de caractériser tantôt d'exclure une infraction ?

174. La nécessaire prise en compte du mécanisme. L'opération de novation modifie en profondeur le contrat concerné⁷⁹⁴. Faire preuve d'autonomie en refusant de tenir compte d'un mécanisme purement contractuel reviendrait en ce cas à une véritable négation de la réalité. Il convient en effet de « tracer les frontières de l'autonomie raisonnable et de

⁷⁹³ Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 779. Pour une présentation de la notion et de son régime, v. notamment : J.-L. Aubert, « Novation », *Rép. civ.*, Dalloz ; A. Ghozi, *La modification de l'obligation*, LGDJ, 1980 ; P. Maistre du Chambon, *Le régime des obligations civiles*, PUG, 1992, p. 105 et s. ; J. Mestre, obs. RTDciv. 1985, p. 732.

⁷⁹⁴ La novation n'est d'ailleurs que très rarement retenue lorsque le changement s'applique aux modalités de l'obligation. Certes, il y a novation quand une dette conditionnelle est remplacée par une dette pure et simple, et inversement : la suppression ou l'adjonction d'une condition doit être considérée comme un élément suffisamment nouveau. En revanche, la novation n'est pas constituée si la modalité affecte notamment le délai d'exécution ou si elle concerne les moyens de paiement.

l'autonomie absurde, contraire au bon sens et par conséquent dangereuse »⁷⁹⁵. La Chambre criminelle n'a marqué aucune hésitation à ce sujet en affirmant qu' « il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si une convention a subi une novation par suite d'un contrat ultérieur »⁷⁹⁶.

175. Une prise en compte encadrée. Cependant si le principe de la prise en compte de la novation est acquis, qui impose au juge pénal d'en tenir compte dans son opération de qualification de la composante contractuelle, cette prise en compte ne se fait pas sans limite. L'élément contractuel, s'il fait nécessairement référence à la matière contractuelle pour être identifié, demeure une composante infractionnelle. A ce titre, certaines règles lui sont imposées qui conditionnent l'appel aux procédés contractuels, et spécialement la novation qui intervient après la formation du contrat.

2) La recevabilité conditionnée du mécanisme

176. Le moment de l'existence de la novation. D'une part, pour que ce mécanisme de substitution contractuelle⁷⁹⁷ soit à même de se répercuter sur des poursuites pénales, il faut que la novation intervienne avant la consommation du délit⁷⁹⁸. A défaut, le juge pénal se verrait reprocher de tenir compte d'éléments postérieurs aux faits pour qualifier pénalement ces derniers. Or, l'appréciation des différents éléments de l'infraction doit se faire au moment de la commission de l'infraction⁷⁹⁹. Dans nos hypothèses de détournement de gage ou d'abus de confiance, la novation doit ainsi, pour pouvoir être prise en compte par le juge pénal, avoir eu lieu avant l'acte de détournement. Malgré l'évidence de la règle, la Cour de cassation, à

⁷⁹⁵ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 150.

⁷⁹⁶ Cass. crim., 4 janv. 1958, Bull. crim., n° 8 ; 13 oct. 1960, *ibid.*, n° 447, JCP 1960. II. 11836 (1ère esp.).

⁷⁹⁷ Qualifié par certains de « métamorphose » : Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 1062.

⁷⁹⁸ En ce sens, R. Garraud qui envisage l'hypothèse d'une novation faisant du mandataire ou du dépositaire un propriétaire. Dans ce cas, l'auteur affirme que la novation postérieure à la consommation du délit d'abus de confiance serait équivalente à la réparation tardive du préjudice causé par ce délit (*Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T. VI, 3^{ème} éd., Sirey, 1935).

⁷⁹⁹ V. *supra*, n° 145. —Adde : pour une présentation de l'élément temporel de l'infraction, v. L. Saenko, *Le temps en droit pénal des affaires*, préc., n° 751 et s.

plusieurs reprises, a du réaffirmer que « la prétendue novation ne saurait produire d'effet alors que le délit d'abus de confiance est déjà consommé »⁸⁰⁰.

177. La preuve de l'existence de la novation. D'autre part, la prise en compte de la novation afin de caractériser l'élément contractuel est subordonnée à la preuve de ce dernier. Le juge pénal doit s'assurer de la réalité de l'existence d'un tel procédé en dépassant l'illusion parfois donnée par les parties. La Cour de cassation est en ce sens, qui veille à ce qu'aucune novation fictive ne soit prise en compte : « La volonté de nover ne résulte pas de la simple remise de traites par le débiteur à son créancier, dès lors que la remise de ces traites a été un artifice ayant un caractère frauduleux »⁸⁰¹.

178. Bilan. Ainsi, les conséquences de la novation sont parfaitement intégrées dans l'opération de qualification de l'élément contractuel. Le juge pénal refuse, à raison, de se priver d'un tel outil et accepte alors de faire entrer dans ses critères de qualification des procédés purement contractuels dès lors qu'ils se révèlent déterminants dans l'opération de qualification.

⁸⁰⁰ Cass. crim., 16 nov. 1934, Bull. crim., n° 195 ; 30 nov. 1945, *ibid.*, n° 127 ; 17 déc. 1953, *ibid.*, n° 349 ; 19 déc. 1961, *ibid.*, n° 532 ; 21 déc. 1971, *ibid.*, n° 363.

⁸⁰¹ Cass. crim., 19 oct. 1977, Bull. crim., n° 309. V. Plus généralement sur la question de la preuve de l'élément contractuel, v. *infra*, n° 270 et s.

Conclusion du second chapitre

179. La qualification du contrat en droit pénal. En faisant référence au contrat dans un texte d'incrimination, le législateur impose inévitablement son constat. L'évidence de cette affirmation ne peut toutefois pas dissimuler l'ambiguïté de l'opération : inévitablement rattaché à la matière pénale en tant qu'élément constitutif d'une infraction, le contrat trouve sa source en droit civil. Cette particularité se répercute alors logiquement sur l'opération de qualification.

D'abord, en participant à l'identification du contrat et non à son efficacité, les règles relatives à la qualification du contrat doivent nécessairement s'imposer en droit pénal. Ce dernier peut et doit en effet rester indifférent à certaines conditions relatives à la phase de formation du contrat mais en aucun cas à celles permettant d'identifier ce dernier. Le juge pénal est alors raisonnablement en ce sens, qui se réfère abondamment aux règles comme aux mécanismes prévus par le droit contractuel

Ensuite, la présence du contrat au sein d'une incrimination impose une transposition des règles civiles dans un cadre particulier. D'une part, elle justifie que le juge pénal reste compétent et elle explique, d'autre part, pourquoi l'incrimination demeure le guide de son appréhension. Le législateur fournit ainsi le degré d'intensité du renvoi au droit des contrats. En visant un contrat nommé, il accepte de s'en remettre pleinement aux prescriptions civiles. En revanche, par la référence à de simples indications, parfois même seulement potentiellement contractuelles, il invite à plus de souplesse.

Conclusion du premier titre

180. L'identification du contrat en droit pénal. En mentionnant le contrat parmi les éléments constitutifs d'une infraction, le législateur n'impose pas nécessairement la transposition intégrale du régime contractuel mais suppose toutefois qu'il puisse être identifié. La dissociation fonctionnelle des conditions de formation du contrat précise cette proposition : le recours aux règles civiles doit s'imposer dans l'optique d'identifier le contrat visé par l'infraction. Par suite, le juge pénal n'avait d'autre choix que de souscrire à la dualité de l'opération, telle que prévue en droit civil.

La première étape réside dans l'appréhension d'une situation contractuelle, autrement dit dans le constat de la présence d'un contrat. A cette fin, le recours à l'apparence, pourtant formulé par une partie importante de la doctrine, se révèle insuffisant. La distinction fonctionnelle des conditions relevant de la formation du contrat permet en revanche de trouver une solution plus adéquate pour exprimer les contours exacts de l'élément contractuel d'une infraction. Le recours aux règles contractuelles, nécessaire pour identifier le contrat en droit pénal, conduit en effet à déterminer positivement les conditions nécessaires à l'identification d'une opération contractuelle et ce, par une notion connue du droit civil : l'existence du contrat. Ainsi, le contrat en droit pénal n'a pas à revêtir l'apparence d'un contrat mais doit caractériser les conditions de son existence.

Intervient alors, dans un second temps, la recherche de la situation contractuelle. Les juridictions criminelles procèdent alors à la qualification spéciale du contrat. En participant à l'identification du contrat et non à son efficacité, les règles relatives à la qualification du contrat doivent nécessairement s'imposer en droit pénal. La référence à la matière civile, naturelle donc au stade de l'identification de l'élément contractuel, se fait alors dans une double mesure. D'une part, le juge pénal se voit imposer avec plus ou moins de souplesse la référence au droit contractuel, selon les directives du législateur : l'infraction nommée commande une précision à laquelle l'infraction innommée substitue la souplesse. D'autre part, la référence à la matière civile s'effectue dans la limite de l'identification du contrat.

Ainsi, pour être constaté le contrat, même en droit pénal, doit pouvoir être identifié et ce, nécessairement à partir de ce qu'il est en droit civil. Pareil renvoi à la matière contractuelle ne

signifie cependant pas que l'ensemble du régime contractuel doive être transposé au constat de l'élément contractuel d'une infraction. Conformément à la distinction fonctionnelle des conditions relatives à la formation du contrat, celles uniquement consacrées à la production de ses effets juridiques doivent rester aux portes de la notion pénale de contrat.

Titre II - L'inutilité pénale des conditions d'efficacité du contrat

181. Le constat d'une incohérence initiale. Original, l'élément contractuel implique des discussions qui lui sont propres. Le juge pénal a alors, très tôt, dû s'interroger sur les limites à fournir aux incursions de la matière contractuelle dans le constat de l'infraction. A ce sujet, la réponse jurisprudentielle se révèle décousue. Si l'indifférence au défaut des conditions de validité et d'opposabilité du contrat s'impose de manière générale, le juge pénal exige, pour certaines infractions, l'application du régime probatoire contractuel. Le paysage jurisprudentiel relatif aux conditions applicables à l'élément contractuel laisse alors perplexe.

182. Le dépassement de l'incohérence initiale. La contradiction des positions prises par la jurisprudence ne peut satisfaire. Parce que le juge pénal choisit d'exclure les règles de validité et d'opposabilité, cela signifie qu'il prend le parti de faire fi de l'efficacité du contrat. Or, si ces deux corps de règles relèvent incontestablement de ladite efficacité, rien ne permet d'en exclure la preuve. Prouver le contrat ne permet, en effet, en aucun cas de l'identifier mais seulement de faire que l'identification préalable acquière une force permettant au contrat de produire ses effets⁸⁰². Les exigences probatoires du contrat font d'ailleurs, plus radicalement, l'objet d'un rattachement au formalisme contractuel⁸⁰³. La recherche de la notion pénale de contrat par la mise en œuvre d'une distinction fonctionnelle des conditions de formation du contrat impose alors d'exclure tout recours aux règles de preuve contractuelles pour caractériser l'élément contractuel de certaines infractions.

⁸⁰² « Les formes probatoires ne conditionnent nullement l'existence ou la validité de l'acte juridique. En leur absence l'acte juridique existe, et il est valable ; mais en cas de contestation il risque de ne pouvoir être prouvé et sera dépourvu d'efficacité dans la mesure où son exécution risque de se trouver paralysée. » : M.-A. Guerriero, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, 1975, préf. J. Vidal.

⁸⁰³ J. Flour, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, in *Le droit privé français au milieu de 20^{ème} siècle : Etudes offertes à G. Ripert*. T. I. Etudes générales, droit de la famille, LGDJ, 1950, p. 93 ; F. Génay, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. III, Elaboration technique du droit positif*, Dalloz, 1921, n° 203 ; X. Lagarde, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, JCP 1999 I. 170, n° 7 ; J.-Ch. Saint-Pau, *L'anonymat et le droit*, préc., n° 265 : « l'essentiel du formalisme indirect réside dans les formalités de publicité et de preuve ». *Contra* : J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, préc., n° 1004 : « dans la théorie juridique, la forme et la preuve relèvent de deux mondes différents : la forme intéresse l'existence même, en tout cas la validité du contrat ; au lieu que le contrat existe à l'état pur indépendamment de la preuve, celle-ci ne devenant nécessaire qu'à partir du moment où une partie est obligée de réclamer la réalisation de son droit » ; M. Gobert, *Evocation de J. Flour*, in *Le formalisme*, Journées J. Flour, Defrénois, 2000, n° spécial 15-16, art. 37208.

183. Le moyen du dépassement de l'incohérence initiale. Le droit pénal, par essence distinct par ses finalités du droit civil⁸⁰⁴, doit réserver sa sanction aux comportements attentatoires à l'intérêt collectif. Appliquée à la recherche de la notion pénale de contrat, cette courante assertion autorise une organisation pertinente des composantes de ce dernier. Parmi les conditions liées à la phase de formation du contrat, certaines participent en effet à son identification, tandis que d'autres relèvent de sa seule efficacité. Ces dernières n'ont alors pour seul intérêt que d'assurer au contrat en cause la possibilité de produire ses effets juridiques. Etrangère à la matière pénale, pareille vocation impose politiquement l'exclusion de ces conditions. Cette proposition implique un tri parmi les conditions de formation du contrat qui conduit à poser que seules les composantes permettant l'identification de la situation contractuelle sont requises en droit pénal. Par suite, les règles participant à l'efficacité du contrat doivent être exclues de la recherche de l'élément contractuel de l'infraction. Or, si la solution semble bien acquise au sujet des conditions de validité comme d'opposabilité, la jurisprudence reste ambiguë à propos des règles de preuve applicables à cette composante. Pourtant, le régime mis en place par la jurisprudence demeure non seulement intrinsèquement condamnable mais il empêche, de plus, une présentation cohérente des conditions nécessaires à la notion pénale de contrat.

Une seule solution s'impose alors, qui repose sur l'appartenance de la question de la preuve du contrat à la rubrique de son efficacité. La preuve du contrat n'a, en effet, pour seule vocation que de lui faire produire l'un quelconque de ses effets juridiques⁸⁰⁵. Ainsi, à l'instar des règles de régularité, le système probatoire contractuel dépasse le stade de l'identification du contrat pour intégrer celui de sa vie juridique, bref de son efficacité.

Par conséquent, la notion d'élément contractuel de l'infraction implique une indifférence tant aux règles permettant sa régularité (Chap. 1) qu'au régime probatoire applicable au contrat (Chap. 2).

⁸⁰⁴ V. *supra*, n° 19.

⁸⁰⁵ « La preuve d'un acte juridique conditionne son efficacité dans la mesure où elle constitue le moyen d'établir son existence judiciaire » : V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préc., n° 182.

Chapitre I - L'indifférence pénale aux conditions de régularité du contrat

184. La proclamation de l'indifférence. S'il est un point sur lequel la jurisprudence relative à l'infraction contractuelle fait montre d'unanimité, il est celui de l'ignorance de l'irrégularité du contrat. La Chambre criminelle affirme ainsi le principe de l'indifférence aux conditions de validité et d'opposabilité pour caractériser le contrat lorsqu'il est l'élément constitutif d'une infraction. Cette position, maintes fois commentée, reçoit diverses propositions de justification.

185. La justification de l'indifférence. Si certains auteurs affirment avec le sceau de l'évidence que la nullité du contrat ne peut écarter l'existence du délit⁸⁰⁶, d'autres veillent à en fournir les raisons. La première réside dans le constat d'une criminalité identique que le contrat soit valable ou nul⁸⁰⁷. Cette explication, courante en doctrine, prévaut particulièrement pour les infractions visant une violation du contrat⁸⁰⁸. En effet, l'immoralité du détournement ne paraît pas renforcée ou atténuée par la nullité du contrat violé. A cela s'ajoute le fait que l'auteur du détournement pourrait, si la pleine efficacité du contrat était exigée, s'en servir comme un moyen dilatoire⁸⁰⁹. Les infractions de formation, quant à elles, proposent pour la plupart, la solution dans le texte d'incrimination. Faut-il à ce titre rappeler la possible coïncidence entre les causes de nullité du contrat et certaines infractions⁸¹⁰? Ainsi, « l'autonomie du droit pénal lui permet, pour remplir son objectif de protection des valeurs

⁸⁰⁶ P. Salvage, *Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse*, *J.-Cl. Pén.*, art. 223-15-2 à 223-15-4, fasc. 20, 2006, n° 31 : « Il va de soi qu'une telle cause de nullité et son éventuelle concrétisation ne sauraient écarter l'existence du délit ».

⁸⁰⁷ « Quoique irrégulière, la situation envisagée n'en a pas moins permis l'extériorisation de l'état dangereux » : Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 137, p. 173.

⁸⁰⁸ J. Borricand, *Détournement de gage ou d'objet saisi*, *J.-Cl. Pén.*, art. 314-5 et 314-6, 2004, n° 66 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, par A. Vitu, préc., n° 2442 ; C. Souweine, *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur J. Larguier : droit pénal, procédure pénale*, PUG, 1993, p. 303, spéc., n° 13 ; B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 784 ; M. Vasseur, *Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines*, RDC 1951, p. 1, spéc., n° 1.

⁸⁰⁹ *Ibidem*.

⁸¹⁰ V. *supra*, n° 61.

sociales, de s'affranchir des conditions posées par la loi civile qu'un délinquant astucieux pourrait utiliser pour faire obstacle à une condamnation pénale »⁸¹¹.

De manière plus générale, l'explication de l'indifférence pénale tant jurisprudentielle que légale à la régularité du contrat paraît pouvoir mieux s'expliquer par le recours à la distinction des conditions d'identification et d'efficacité du contrat : si la référence à la matière contractuelle demeure indispensable pour identifier le contrat, rien ne permet de justifier que le droit pénal s'intéresse aux conditions n'ayant pour objectif que de rendre le contrat efficace. Ainsi, le droit pénal n'a pas vocation à s'intéresser à l'efficacité du contrat, seule la situation créée par lui devant être prise en compte car à même d'augurer des comportements répréhensibles.

Toutefois, l'admission de la solution jurisprudentielle suppose une mise en adéquation du principe de l'indifférence avec les exigences de chaque infraction.

186. Les conditions de l'indifférence. L'insertion d'une référence contractuelle dans une infraction n'est pas anodine, qui soulève des interrogations particulières. L'hybridité de l'élément contractuel, déjà formulée à l'occasion des deux étapes d'identification, implique en effet des références tantôt aux règles contractuelles, tantôt aux règles infractionnelles.

D'une part, le recours à la matière contractuelle impose de déterminer dans quelle mesure les conditions de régularité du contrat doivent être exclues de la caractérisation du contrat en droit pénal. D'autre part, en tant qu'élément constitutif, la composante contractuelle doit pouvoir permettre la consommation de l'infraction même en l'absence d'une de ses conditions de régularité. Plus précisément, certaines infractions contractuelles qui requièrent l'existence d'un préjudice, rendent donc nécessaire la compatibilité de cette exigence avec le principe de l'indifférence à ces conditions.

Ainsi, pour être acceptée, l'indifférence à la régularité du contrat doit être mise à l'épreuve de l'élément contractuel lui-même (Section 1) mais aussi de la composante préjudicielle de l'infraction (Section 2).

⁸¹¹ B. de Lamy, note sous CA Toulouse, 27 juin 2002, Dr. fam. 2003, comm. 6. –*Adde* : P. Bouzat, obs. sous Cass. crim., 10 mai 1990, RSC 1991, p. 767, n° 3 : « Le rôle du droit pénal n'est pas seulement de sanctionner les situations juridiques dont la loi civile, commerciale ou administrative a reconnu la validité ou la licéité » ; M. Vasseur, *Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines*, RSC 1951, p. 1 et s.

Section 1 - La régularité du contrat à l'épreuve de la composante contractuelle

187. Une directive primordiale. L'indifférence affirmée par la jurisprudence à l'efficacité du contrat se cristallise autour de sa validité et de son opposabilité. Ainsi, c'est la régularité du contrat de manière générale qui doit être ignorée par le droit pénal. Présentée de manière positive, cette vision contractuelle pénale commande de rechercher les conditions d'identification du contrat en général d'une part et d'un contrat en particulier d'autre part. Autrement dit, le contrat doit à la fois exister et pouvoir être qualifié pour caractériser l'élément contractuel.

188. La réception de l'irrégularité du contrat par l'infraction pénale. L'affirmation selon laquelle le contrat en droit pénal ne requiert que les conditions de son identification à l'exclusion de celles relevant de sa régularité impose des précisions.

Il faut en effet d'une part déterminer dans quelle mesure l'irrégularité du contrat doit rester étrangère à l'infraction et ce, avant même qu'elle n'ait fait l'objet d'une décision judiciaire. Si par principe, le juge pénal affirme son indifférence au contrat non efficace indépendamment d'une quelconque décision judiciaire⁸¹², cela suppose une double mesure. D'abord, la condition indifférente doit réellement être une condition de régularité et donc ne pas entamer l'identification du contrat. Ensuite, le principe ne peut trouver à s'appliquer que si le législateur n'exprime pas, par exception, une volonté contraire.

D'autre part, l'indifférence à la régularité du contrat doit être précisée lorsque le juge pénal ne se trouve plus confronté à un vice du contrat mais à une décision d'annulation effective. Dans cette hypothèse, affirmer l'exclusion de l'efficacité du contrat pour caractériser l'élément contractuel d'une infraction dépend de la possibilité de constater son existence. L'annulation du contrat peut, en effet, poser la question du maintien de son existence même alors qu'elle ne sanctionne qu'un défaut d'efficacité.

⁸¹² En pratique, les termes d'annulation de nullité et d'irrégularité sont souvent employés sans distinction véritable. Pourtant, rigoureusement, ces termes ne renvoient pas aux mêmes réalités. L'annulation suppose la nullité d'un contrat qui n'est qu'un préalable. Autrement dit, l'annulation consiste en la décision judiciaire qui constate la nullité du contrat. Un contrat nul est donc celui auquel il manque une condition de validité avant que ce défaut ne soit constaté par le juge. Pour une dissociation entre ces deux notions, v. J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, préc., n° 1020 et s. V. également : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc. v. « nullité » (1) : « Sanction encourue par un acte juridique [...] qui consiste dans l'anéantissement de l'acte ; se distingue de l'annulation qui proclame la nullité ». Par ailleurs, envisager l'irrégularité d'un acte permet de dépasser les seules causes de nullité et d'embrasser les conditions permettant son opposabilité. Chacune de ses étapes de l'efficacité du contrat doit être mise en perspective de l'élément contractuel.

Ainsi, affirmer l'indifférence à l'irrégularité du contrat pour caractériser l'élément contractuel suppose des précisions qui peuvent se distinguer selon que l'irrégularité du contrat a fait (§2) ou non (§1) l'objet d'un constat judiciaire.

§1- L'irrégularité non constatée du contrat

189. Une indifférence pénale à l'irrégularité du contrat mesurée. En présence d'un contrat entaché d'un vice, la première question qui vient à l'esprit consiste à s'interroger sur la portée de son annulation sur l'élément contractuel d'une infraction⁸¹³. Cependant, cela ne doit pas éluder le caractère potentiellement décisif de la seule irrégularité, non encore constatée en justice. En effet, le juge pénal doit décider si un contrat simplement vicié peut constituer la composante contractuelle de l'infraction. Or, la dichotomie entre conditions d'existence et de validité applicables à l'ensemble des contrats paraît permise par une analyse conjointe des exigences civiles et pénales et permet ainsi d'identifier, par principe, les éléments relevant de la sphère de l'indifférence pénale⁸¹⁴. Néanmoins, certains contrats requièrent des éléments particuliers qui leur sont propres, participant à leur efficacité juridique. C'est au sujet de ces conditions spéciales que le doute entame la généralité du principe de l'indifférence.

190. Une indifférence pénale à l'irrégularité du contrat raisonnée. Si le principe de l'indifférence pénale à l'irrégularité du contrat paraît acquis, sa portée doit être précisée à propos des règles spécialement applicables à certains contrats et ce, pour plusieurs raisons. D'une part, une infraction semble opposer une exception franche à cette règle. En effet, le juge pénal exige, pour le délit de bigamie⁸¹⁵, que les contrats de mariage⁸¹⁶ requis par l'incrimination soient pleinement valables. Toutefois, la contradiction au principe de l'indifférence à la nullité du contrat n'est finalement qu'apparente dès lors qu'une présentation rationnelle de cette infraction est admise.

⁸¹³ Sur laquelle, v. *infra*, n° 213 et s.

⁸¹⁴ V. *supra*, n° 73 et s.

⁸¹⁵ C. pén., art. 433-20.

⁸¹⁶ Le Code pénal prévoit lui-même le terme « contracter », et impose ainsi de relier l'infraction à la matière contractuelle malgré la discussion sur la nature juridique du mariage (sur laquelle v. M.-T. Meulders-Klein, *L'évolution du mariage et le sens de l'histoire : de l'institution au contrat et au-delà*, in *La personne, la famille, le droit*, Bruylant-LGDJ, 1999). Il faut toutefois, dès à présent, distinguer le contrat de mariage, tel que visé par le Code pénal, de la convention matrimoniale telle que prévue par l'article 1387 du Code civil (sur laquelle v. J. Revel, *Régimes matrimoniaux*, *Rép. civ. Dalloz*, 2009, spéc., n° 54 et s.).

D'autre part, la seule nullité du contrat ne peut à elle seule permettre de justifier l'indifférence pénale à l'irrégularité du contrat. La nature de la sanction ne peut en effet suffire à considérer l'élément contractuel comme constitué ou non ; seule la portée de cette sanction doit être prise en compte par les magistrats. Pour cela, ces derniers doivent rechercher si l'identification⁸¹⁷ du contrat est ou non compromise par l'un de ses défauts. Ce n'est, ainsi, pas de manière systématique que l'indifférence doit s'appliquer.

En définitive, l'irrégularité du contrat, lorsqu'elle est prise en compte, peut être raisonnable (A) et raisonnée lorsque le juge pénal applique le principe de l'indifférence (B).

A- La prise en compte raisonnable de l'irrégularité du contrat

191. Une prise en compte conditionnée. Le juge pénal, relayé par une doctrine quasi unanime, accorde, à titre exceptionnel, un rôle à l'irrégularité du contrat dans l'infraction de bigamie. Or, si de prime abord, cette affirmation a de quoi choquer au vu du principe général d'indifférence, elle peut finalement se révéler justifiée par l'incrimination elle-même. Cela suppose cependant de dépasser l'explication traditionnelle pour accepter de dissocier les deux contrats exigés pour cette infraction. La présentation du rôle de la nullité de ces contrats (1) doit ainsi précéder celle des explications envisageables (2).

1) Présentation du rôle de la nullité dans la bigamie

192. L'exigence d'un double mariage. L'article 433-20 du Code pénal incrimine « le fait par une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent ». L'infraction suppose ainsi la conclusion de deux contrats de mariage pour être constituée. La question se pose alors de savoir si ces contrats peuvent abriter une cause de nullité ou au contraire doivent satisfaire à l'ensemble des conditions de validité du contrat en général et du mariage en particulier.

193. L'exigence d'une double validité. L'infraction de bigamie exigeant deux contrats, faut-il que ceux-ci soient pleinement valables au sens du droit civil ? C'est

⁸¹⁷ La formule doit encore s'entendre dans un sens général, comme l'identification d'une situation contractuelle (existence) et de la situation contractuelle requise (qualification).

unanimement que la doctrine soumet la condition du premier mariage à sa validité⁸¹⁸. Ainsi, pour pouvoir constater une bigamie répréhensible, le premier mariage doit se plier aux règles du droit civil⁸¹⁹. Un même consensus s'opère autour de l'exigence de la validité du second mariage⁸²⁰. La bigamie ne serait ainsi consommée que si les deux mariages répondent à l'ensemble des conditions de validité de ce contrat. Une telle solution emporte nécessairement des conséquences tant procédurales que substantielles.

194. Conséquences procédurales. Exiger, pour qu'une infraction soit constituée, que les contrats ne soient pas nuls suppose non seulement qu'aucune annulation n'ait été effectivement prononcée mais aussi que les contrats visés remplissent toutes les conditions de validité. Cette dernière requête n'est pas sans impact sur le déroulement du procès puisqu'elle soulève la question de la compétence du juge pénal pour apprécier le respect de ces conditions de validité. Or, sur ce point, la jurisprudence se révèle unanime pour reconnaître que la validité du premier mariage doit être appréciée par le seul juge civil⁸²¹. Le juge pénal reconnaît ainsi la nécessité de recourir à une exception préjudicielle⁸²² afin de déterminer si la première condition de l'infraction peut être caractérisée. Ainsi, la règle selon laquelle « le juge de l'action est le juge de l'exception », telle que formulée à l'article 111-5 du Code pénal⁸²³, trouve une dérogation supplémentaire dans l'infraction de bigamie. En revanche, les juridictions criminelles conservent leur compétence pour apprécier la validité du second mariage⁸²⁴. Dès lors, une question identique –le contrat de mariage est-il valable?–, appelle tantôt une réponse du juge civil, tantôt une réponse du juge pénal. Cette règle distributive

⁸¹⁸ V. en ce sens, Ph. Bonfils, *Bigamie, Rép. pén. Dalloz*, 2002, n° 18 ; P. Decheix, *Bigamie, J.-Cl. Pén.*, art. 433-20, fasc. 20, 1997, n° 51 et s. R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, par A. Vitu, préc., n° 2055 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, préc., n° 697.

⁸¹⁹ Le Code civil prévoit expressément de nombreux cas de nullités du contrat de mariage. Aux conditions de validité générales applicables à tout contrat, s'ajoutent des vices propres au mariage telles que le défaut de publicité ou l'incompétence de l'officier d'état civil (C. civ., art. 191). V. notamment : F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, préc., n° 407 et s.

⁸²⁰ V. Ph. Bonfils, *Bigamie, Rép. pén. Dalloz*, 2002, n° 29 ; P. Decheix, *Bigamie, J.-Cl. Pén.*, art. 433-20, fasc. 20, 1997, n° 60 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, préc., n° 698 ; M. Véron, *Droit pénal spécial*, 13^{ème} éd., Sirey, 2010, p. 312.

⁸²¹ Cass. crim., 16 janv. 1826, Bull. crim., n° 10, S. 1825-1827. 1. 260 ; CA Rennes, 23 janv. 1879, S. 1881. 2. 129, DP. 1880. 2. 189 ; Cass. crim., 18 févr. 1942, Bull. crim., n° 11, D. 1942, p. 83.

⁸²² Il s'agit en effet d'une exception préjudicielle au jugement et non d'une question préjudicielle à la mise en mouvement de l'action publique. Celle-ci doit donc être soulevée soit devant le juge d'instruction soit devant le juge de jugement. V. sur cette notion, R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 712 et s.

⁸²³ « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ».

⁸²⁴ Cass. crim., 18 févr. 1942, préc. ; CA Rennes, 27 Août 1879, D. 1880, 2, p. 189.

reflète, selon la doctrine⁸²⁵, la distinction entre condition préalable et éléments constitutifs de l'infraction⁸²⁶. Le premier mariage, en tant que condition préalable, peut « constituer une question préjudicielle, alors que le second mariage est un élément constitutif de l'infraction qui fait l'objet de la question principale pour laquelle le juge pénal est exclusivement compétent »⁸²⁷. Si la chronologie des mariages ne peut être niée, elle ne permet pour autant pas de ratifier une telle présentation. En effet, au-delà du constat que la question soulevée est identique quel que soit le mariage envisagé⁸²⁸, il faut remarquer que cette règle viole le principe énoncé par l'article 384 du Code de procédure pénale⁸²⁹. A défaut de disposition textuelle prévoyant expressément une dérogation à la compétence du juge pénal, ce dernier doit demeurer le seul à appréhender les différentes composantes de l'incrimination. La distinction du juge compétent pour statuer sur la validité du premier et du second mariage s'oppose à la logique du système et emporte ainsi sa critique⁸³⁰.

195. Conséquences substantielles. Si la recherche de la validité des contrats constitutifs de la bigamie impose la mise en place de règles de compétence particulières, cela implique également, à titre exceptionnel, l'absence d'infraction en cas de nullité de l'un des contrats. En effet, pour cette infraction, et pour cette infraction seulement, la jurisprudence refuse la condamnation dès lors qu'une cause de nullité peut être identifiée dans l'un ou l'autre des contrats requis. Ce constat aurait de quoi choquer, au vu de la conception pénale de contrat, s'il ne pouvait pas clairement s'expliquer. Or, les justifications traditionnellement avancées peuvent ne pas satisfaire, qui toutes cherchent à fonder de manière identique l'exigence de validité des deux éléments contractuels.

⁸²⁵ Ph. Bonfils, *Bigamie, Rép. pén. Dalloz*, 2002, n° 18 ; D. Foroufani, *Le fardeau de la preuve en matière pénale*, Th. Paris 1977, n° 816 ; M.-P. Lucas de Leyssac, *Décision de justice civile et répression pénale*, th. Paris II, 1975, n° 645 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 698 ; B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 329.

⁸²⁶ Sur laquelle, v. *infra*, n° 277.

⁸²⁷ B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 329.

⁸²⁸ « La nullité, que ce soit celle du premier ou du second mariage, pose toujours le même problème ; elle devrait dès lors être considérée comme question préjudicielle dans les deux cas, ou mieux encore, ne l'être dans aucun » : B. Bouloc, *Procédure pénale*, 22^{ème} éd., Dalloz, 2010, n° 564.

⁸²⁹ « Le tribunal saisi de l'action publique est compétent pour statuer sur toutes les exceptions proposées par le prévenu pour sa défense, à moins que la loi n'en dispose autrement ou que le prévenu n'excipe d'un droit réel immobilier ».

⁸³⁰ En ce sens, R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 713 ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, 4^{ème} éd., A. Colin, 2002, n° 122, B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n° 564.

2) Explication du rôle de la nullité dans la bigamie

196. Diversité des fondements. Reconnaître que la jurisprudence exige, pour que le délit de bigamie soit constitué, que les deux contrats soient valables, impose consécutivement d'en rechercher l'explication. Au vu de la position générale, opposée à la subordination des infractions à la validité du contrat, jurisprudence et doctrine veillent à justifier cette dérogation et ce, sans distinguer la place des deux contrats dans cette infraction. Pourtant, une appréhension rationnelle de cette infraction semble imposer une différenciation des deux éléments contractuels, pour n'admettre la nécessaire validité que du premier.

a- Les explications envisageables

197. L'explication historique. C'est à la fameuse note du président Barris du 5 novembre 1813⁸³¹ que revient la première proposition d'analyse de la solution⁸³². Ce document émet une distinction, pour le premier mariage, parmi les conditions de validité des contrats en fonction du caractère absolu ou relatif de la nullité la sanctionnant, en associant la nullité absolue à l'inexistence du contrat. Par conséquent, l'infraction de bigamie ne peut être constatée faute de la présence d'un contrat de mariage. Au contraire, la nullité relative « ne détruirait pas l'accusation, parce que, si le mariage pouvait être dissous par un jugement sur cette nullité, il n'en était pas moins valable jusqu'à ce que cette dissolution fût prononcée par les tribunaux. Le prévenu était donc jusque là engagé dans les liens d'un premier mariage. Son second mariage l'a donc rendu coupable du crime de bigamie »⁸³³. Cette distinction, une seule fois consacrée⁸³⁴, fut très vite abandonnée par la jurisprudence.

198. L'explication jurisprudentielle. Pour condamner la solution proposée par la note Barris, les juges affirment à propos de l'ancienne infraction d'adultère, mais en des termes très généraux, qu'« il importe peu que le mariage soit annulé à raison d'une nullité relative ou à raison d'une nullité absolue, que l'une et l'autre de ces nullités prennent naissance au jour

⁸³¹ Adoptée à l'unanimité par la Cour de cassation le 12 novembre 1813 avec l'entière approbation du Procureur général Merlin.

⁸³² Cette note sert également de référence au sujet de la preuve du contrat, composante d'une incrimination. Toutefois, en ce qui concerne cette question probatoire, la note ne fournit pas une explication historique mais actuelle du système jurisprudentiel. Sur ce point, v. *infra*, n° 276.

⁸³³ *Ibidem*.

⁸³⁴ Cass. crim., 16 janv. 1826, Bull. crim., n° 10.

de la célébration du mariage ; que leurs effets remontent nécessairement à cette date et sont identiquement les mêmes »⁸³⁵. Cette affirmation aboutit à une uniformisation des effets de la nullité du contrat et soumet cette question à la confrontation aux dispositions textuelles.

199. L'explication doctrinale. Il est vrai que la décision d'annulation a pour principal effet sa rétroactivité, que la nullité soit relative ou absolue, ce qui impose de retenir une solution unique. Toutefois, le raisonnement mis en place par la note pourrait paraître renvoyer à l'idée qui anime, en matière contractuelle, la distinction entre l'inexistence et la nullité. Le contrat, au titre de la première, présente le défaut d'un élément essentiel⁸³⁶, alors que la nullité sera réservée aux lacunes ne participant pas à la définition du contrat⁸³⁷. Par suite, seules les causes d'inexistence du mariage conduiraient le juge pénal à refuser la bigamie, puisque « ce lien n'a jamais existé »⁸³⁸. Une telle présentation permettrait une application des directives générales de la notion pénale de contrat à l'infraction de bigamie.

Cependant, l'observation du texte d'incrimination de cette infraction sème le trouble quant à l'opportunité d'une application de la conception pénale du contrat. En effet, le législateur formule la condition du premier mariage non pas comme tel mais en exigeant qu'une « personne soit engagée dans les liens du mariage ». Une telle formule ne peut être assimilable à la simple mention d'un premier contrat de mariage. Cela laisse, en effet, supposer que l'auteur du délit soit valablement marié. Autrement dit, le premier contrat de mariage doit avoir dépassé le simple stade de son existence et démontrer l'ensemble des conditions nécessaires à son efficacité juridique. Ainsi, ce n'est pas la présence d'une composante contractuelle dans l'infraction qui justifie, à elle seule, l'exigence de la validité du contrat, mais bien la formulation particulière choisie pour cette infraction⁸³⁹.

En revanche, le législateur adopte une autre formulation lorsqu'il évoque la condition du second mariage puisqu'il incrimine le fait par la personne engagée dans les liens d'un premier mariage « d'en contracter un autre ». Faut-il dès lors s'en remettre à la doctrine majoritaire et exiger la validité de ce second mariage⁸⁴⁰ ou admettre, avec certains, la possibilité d'un

⁸³⁵ Cass. crim., 13 avr. 1867, DP. 1867. 1. 353 ; S. 1867. 1. 341.

⁸³⁶ V. *supra*, n° 70.

⁸³⁷ Pour une détermination de la frontière entre conditions d'existence et conditions de validité, v. *supra*, n° 73.

⁸³⁸ Conformément à la présentation faite par la note du Président Barris.

⁸³⁹ « Le premier étant nul, on ne pourrait plus dire que l'accusé était engagé dans les liens du mariage » : E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. I, préc., v. art. 340, n° 12.

⁸⁴⁰ V. notamment, Ph. Bonfils, *Bigamie*, *Rép. pén. Dalloz*, 2002, n° 30 : « cette solution est logique, et s'appuie, au-delà d'un certain parallélisme avec la situation du premier mariage, sur la possibilité pour le prévenu d'invoquer la nullité du second mariage pour échapper à une responsabilité pénale. » ; E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. I, préc., n° 12 qui considère que si le second mariage est nul, l'accusé « n'en contracte pas un autre ».

contrat entaché d'une cause de nullité⁸⁴¹ ? Si le texte ne fournit pas de réponse aussi claire que pour le premier mariage, d'aucuns avancent que la vision du second contrat doit dépendre de l'objectif de l'infraction de bigamie. En effet, reconnaître que ce contrat n'a pas à respecter toutes les conditions de validité pour constituer le fait délictueux modifie nécessairement la physionomie de l'infraction pour la rapprocher de considérations liées à la foi conjugale, ou plus juridiquement, au devoir de fidélité entre époux. Or, en supprimant l'adultère du Code pénal⁸⁴², le législateur n'a probablement pas entendu maintenir la répression de la bigamie de fait. A cela s'ajoute la nature instantanée⁸⁴³ de cette infraction qui milite en faveur de l'incrimination non pas de l'état de bigamie mais de l'atteinte à la solennité du mariage⁸⁴⁴. En effet, le fait délictueux n'a pas à constituer une véritable activité délictueuse, mais se consomme par la seule conclusion du contrat⁸⁴⁵. La place de l'infraction confirme cette proposition puisque, contrairement à l'ancien Code pénal, aujourd'hui, l'article 433-20 figure parmi les textes relatifs aux atteintes à l'état civil des personnes⁸⁴⁶. Ainsi, seul un contrat valable semble pouvoir permettre d'atteindre de manière effective cette valeur protégée⁸⁴⁷.

⁸⁴¹ En ce sens, v. notamment, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, préc., n° 698.

⁸⁴² L'adultère était réprimé par les articles 336 à 339 du Code pénal (v. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T. V, 3^{ème} éd., Sirey, 1924, n° 2146 et s., E. Garçon, *Code pénal annoté*. T. I, préc., art. 336 à 339) et fut supprimé par la loi du 11 juillet 1975.

⁸⁴³ « Les infractions instantanées s'exécutent en un instant plus ou moins long, sans que la durée soit un élément de la définition juridique de l'infraction » : X. Pin, *Droit pénal général*, préc., n° 90.

⁸⁴⁴ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, par A. Vitu, préc., n° 2053. –Adde : Ph. Bonfils, *Bigamie, Rép. pén. Dalloz*, 2002, n° 14 ; B. Bouloc, *Mariage et droit pénal, Séance de section du 30 novembre 1963*, RPDP 1964, p. 285 et s., spéc. p. 297 et 298.

⁸⁴⁵ V. notamment, pour la distinction entre les infractions instantanées et continues : Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc. n° 203. Le principal effet de la qualification d'infraction instantanée réside dans le point de départ du délai de prescription. Or, « le délit de bigamie est consommé et la peine en est encourue au moment même où le deuxième mariage a été contracté avant la dissolution du premier ; il en résulte que le délai de prescription commence à courir à compter du jour du deuxième mariage » : Cass. crim., 5 févr. 1963, Bull. crim., n° 65.

⁸⁴⁶ Livre IV, Titre III « Des atteintes à l'autorité de l'Etat ». L'association de la bigamie à la protection de l'état civil a d'ailleurs servi, un temps, à justifier l'exclusion de l'extension de son champ d'application au pacte civil de solidarité. L'argument a perdu sa force depuis que la Loi du 23 juin 2006 impose l'inscription de ce pacte en marge de l'acte d'état civil. V. plus généralement sur les liens qu'entretient le PACS avec le droit pénal notamment : A. Bourrat-Guegen, *Les incidences du PACS en droit pénal*, in *Des concubinages*, Droit interne, droit international, droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 193.

⁸⁴⁷ Un parallèle peut alors être opéré avec l'infraction de faux, prévue dans son acception générale par l'article 441-1 du Code pénal. Cette infraction propose un lien éventuel avec la matière contractuelle dans la mesure où le fait délictueux de cette infraction consiste à altérer frauduleusement la vérité dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée. La jurisprudence affirme alors l'indifférence à la nullité du document servant de support à la falsification (Cass. crim. 13 nov. 1857, S. 1858.1.169 ; 6 nov. 1930, DH. 1930.573 ; 2 août 1951, Bull. crim., n° 244 ; 18 mai 1960, *ibid.*, n° 272) ce que la doctrine approuve généralement (A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 312 ; J.-H. Robert, H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004, n° 122). Certains auteurs font toutefois valoir que le faux suppose un préjudice social puisqu'il protège la foi publique dont la présence peut être rendue douteuse en cas d'acte nul (V. Malabat, *Faux, Rép. pén. Dalloz*, 2004, n° 25). L'hésitation semble effectivement permise à la lecture des précisions prévues par le législateur. Ce dernier exige en effet expressément « un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ».

Si ces explications ont de quoi convaincre, toutes partent du postulat d'une validité nécessaire pour les deux contrats exigés par l'infraction. Or, l'entorse manifeste au principe de l'indifférence à la régularité du contrat, tel que formulé par la jurisprudence, impose d'examiner précisément en quoi cette double validité peut être requise. Si celle du premier contrat emporte la conviction, celle du second laisse planer de véritables doutes.

b- Le dépassement nécessaire de la présentation traditionnelle

200. La nécessité d'une vision duelle. Si la proposition doctrinale peut convaincre pour les raisons présentées, la cohérence des infractions contractuelles ne peut que sembler bafouée. En effet, la vision pénale du contrat trouverait ses limites dans cette seule infraction. Toutefois, même si cette particularité repose sur une argumentation raisonnable, il semble possible de proposer une conception alternative pour l'un des deux contrats exigés. Le texte n'impose de rechercher la validité que du premier contrat mentionné dans l'infraction. Par conséquent, l'incohérence apparente des infractions contractuelles cèderait face à la seule exigence explicite du législateur.

201. L'exigence raisonnable de la validité du premier mariage. En exigeant qu'une « personne soit engagée dans les liens du mariage », le législateur énonce expressément la particularité de la situation : le contrat tel que perçu par le droit pénal ne peut suffire. L'argumentation développée par certains défenseurs de l'exigence d'un premier contrat valable⁸⁴⁸ s'impose comme pertinente. Pour ce premier contrat, et pour ce contrat seulement, le législateur ne se contente pas de mentionner la référence à un contrat nommé, comme pour nombre d'infractions contractuelles. Au contraire, en exprimant le nécessaire engagement dans les liens du mariage, il exige, à titre exceptionnel, l'efficacité du contrat requis⁸⁴⁹. Si ce contrat était nul « on ne pourrait plus dire que l'accusé était engagé dans les liens du mariage »⁸⁵⁰. Toute autre est la mention du second mariage.

⁸⁴⁸ *Supra*, n° 199.

⁸⁴⁹ *Contra* : M. Vasseur, *Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines*, préc., n° 19, p. 34 : « Le fait pour une personne mariée d'entretenir des relations adultères ou de contracter un nouveau mariage produit, en effet, le même trouble social et suscite le même scandale public, que le mariage dans les liens duquel elle paraît engagée soit valable ou nul ».

⁸⁵⁰ E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. I, préc., art. 340, n° 12.

202. L'exigence contestable de la nullité du second mariage. Contrairement au premier, le second mariage caractérisant la bigamie, ne reçoit pas de précision textuelle. Certes, le Code pénal fournit des indices –la place dans le Code, la suppression de l'adultère⁸⁵¹–, mais leur force n'est que relative. Faut-il rappeler les incohérences de classement dont peuvent être victimes les infractions contractuelles⁸⁵² ? A cela s'ajoutent les différentes justifications de la notion pénale de contrat et notamment l'identité de criminalité que le contrat soit nul ou valable. Or, un individu n'est-il pas blâmable de conclure un contrat de mariage, même nul, alors qu'il est déjà marié ? Il semble en effet que la validité du second mariage n'apporte pas d'intérêt du point de vue de la répression pénale : « En ne se contentant pas, si l'on peut dire, d'une liaison extra-conjugale, celui qui s'engage dans un second mariage en sachant qu'il n'est pas libéré du premier, n'entend pas uniquement tromper sa première femme mais attende aux principes de l'institution du mariage »⁸⁵³.

De plus, certaines formulations jurisprudentielles font douter de la pertinence de cette exigence de validité du second mariage au vu de son fondement. Le juge pénal a ainsi affirmé que « la nullité prenant naissance au jour de célébration du mariage et ses effets remontant à cette date, le délit reproché au prévenu n'est pas constitué »⁸⁵⁴. Cela implique que les juges, dans cette espèce, se fondent non pas sur la nullité du mariage –*stricto sensu*– mais sur la rétroactivité de l'annulation prononcée. La question n'est alors plus la même car il ne s'agit plus de considérer le seul vice du contrat de mariage mais la portée de l'effet rétroactif de son anéantissement judiciaire sur l'élément contractuel. Pourtant, la rétroactivité de l'anéantissement doit également, pour des raisons particulières ultérieurement présentées, rester aux portes du droit pénal⁸⁵⁵.

Ainsi, il semble préférable d'adopter une vision duelle du délit de bigamie. En exigeant deux éléments contractuels, le législateur impose précisément les contours du premier en laissant le second à l'appréciation des juges. Or, rien ne semble permettre de déroger à la conception

⁸⁵¹ V. *supra*, n° 199.

⁸⁵² Le délit de détournement de gage fournit, au sujet des infractions contractuelles, le parfait exemple de l'impossibilité de considérer le plan du Code pénal comme un argument décisif. En effet, l'incrimination trouve son siège à l'article 314-5 lui-même classé dans le titre I « Des appropriations frauduleuses ». Or, la particularité de ce délit est de faire de son auteur le propriétaire du bien détourné. V. E. Baron, C. Claverie et M.-A. Raymond, *Propositions pour un nouveau plan du Code pénal*, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, préc., p. 17, spéc., n° 7 et s.

⁸⁵³ B. de Lamy, note sous CA Toulouse, 27 juin 2002, Dr. fam. 2003, comm. 6.

⁸⁵⁴ CA Toulouse, 27 juin 2002, Dr. fam. 2003, comm. 6, note B. de Lamy.

⁸⁵⁵ V. *infra*, n° 225 et s.

pénale du contrat pour ce dernier. La nullité du second contrat de mariage ne doit pas empêcher l'infraction⁸⁵⁶.

203. Bilan. En définitive, le délit de bigamie n'offre qu'une contradiction partielle et apparente au principe de l'indifférence pénale à l'irrégularité du contrat : partielle, d'une part, puisque seul le premier contrat doit être pleinement valable pour constituer le premier élément contractuel de cette infraction ; apparente, d'autre part, au vu de la particularité de rédaction de la composante concernée. En effet, le législateur, de manière très exceptionnelle, propose une précision quant aux contours de cet élément contractuel en refusant de citer simplement le contrat de mariage⁸⁵⁷. Cette précision permet d'aisément justifier la particularité de la solution. Ainsi, le principe d'indifférence à l'irrégularité cède lorsque le législateur l'exprime de manière explicite.

Ce même principe doit par ailleurs être confronté aux ambiguïtés de la notion d'irrégularité du contrat. En effet, il paraît de prime abord tentant de considérer que l'ensemble des causes de nullité d'un contrat doit relever de la seule efficacité du contrat et rester, par conséquent, extérieur à l'appréhension d'un élément contractuel. Cela suppose néanmoins de conduire une appréciation critique de ces différentes causes au vu de leurs effets et ainsi d'adopter une conception raisonnée du principe d'indifférence de l'infraction pénale à l'irrégularité du contrat.

B- L'indifférence raisonnée à l'irrégularité du contrat

204. La sélection des irrégularités. Parallèlement aux conditions d'efficacité requises pour l'ensemble des contrats, certaines ne le sont que pour des contrats en particulier. Le législateur prévoit ainsi des éléments spéciaux, propres à des opérations spécifiques, dont la violation emporte tantôt la nullité tantôt l'inopposabilité du contrat. Un premier raisonnement pourrait conduire à rejeter toutes ces exigences du champ pénal, au motif qu'elles ne

⁸⁵⁶ Certains auteurs relèvent d'ailleurs, que cette nullité neutraliserait systématiquement l'infraction au vu de l'article 147 du Code civil qui prévoit cette sanction en cas de bigamie. Le contrat caractérisant la bigamie se trouve *ipso facto* entaché d'une cause de nullité. V. B. de Lamy, note sous CA Toulouse, 27 juin 2002, Dr. fam. 2003, comm. 6. C'est pourquoi les auteurs militant en faveur de la nécessaire validité du second mariage réservent cette hypothèse. V. Par exemple, P. Bonfils, *Bigamie, Rép. pén. Dalloz*, 2002, n° 29.

⁸⁵⁷ D'aucuns pourront alors y voir une référence à la nature juridique particulière du contrat de mariage, parfois présenté comme « hybride » en ce qu'il renvoie à la fois au contrat et à l'institution : « contrat lorsque l'on désigne l'accord de volontés qui le crée, institution lorsque l'on considère le statut qui en résulte » (J.-J. Lemouland, *Droit de la famille*, Dalloz-action 2008/2009, sous la direction de P. Murat, n° 110-13).

participent qu'à l'efficacité juridique du contrat. Pourtant, une telle directive ne peut satisfaire : la seule nature de la sanction ne doit pas suffire à déterminer si la règle sanctionnée relève de la vie juridique du contrat, supposant la phase de son identification préalablement acquise. Cette insatisfaction repose sur le constat de l'incertitude attachée aux sanctions contractuelles : la nullité ne peut être systématiquement associée à la régularité du contrat. En effet, certaines dispositions, dont la violation se trouve sanctionnée par la nullité du contrat, semblent interférer dans l'opération d'identification de ce dernier. Or, si l'irrégularité doit rester, par principe, indifférente, ce ne peut être au prix de la possible qualification de et du contrat. Ainsi, la règle de l'indifférence ne peut avoir de sens que si les conditions de l'identification de l'élément contractuel sont satisfaites. Par conséquent, un tri doit s'opérer parmi les conditions de formation spécialement requises pour certains contrats, afin de déterminer celles empêchant la constitution de l'élément contractuel (1) et celles la sauvegardant (2).

1) L'élément contractuel empêché par l'irrégularité du contrat

205. L'ambiguïté de la nullité. Une frontière parmi les conditions de formation générales du contrat à dû être dressée entre celles relevant de son existence et celles appartenant à la sphère de son efficacité juridique, afin de préciser les contours de l'élément contractuel d'une infraction. Cette opération n'a pu que partiellement régler la question de la notion pénale de contrat puisque le contrat peut demeurer assujéti à des conditions de régularités spéciales, indépendantes des règles générales. Or, dans bien des cas, la même sanction est offerte en cas de violation de ces dispositions : la nullité du contrat. Cette identité de sanction ne doit pourtant pas cacher l'éventuelle différence de nature des règles sanctionnées⁸⁵⁸. En effet, si certaines relèvent indubitablement de la seule efficacité, d'autres sont plus ambiguës, qui participent davantage à la définition même du contrat concerné. Cette équivoque peut être mise en lumière par les nullités propres au contrat de société ainsi que par la nullité associée à la remise dans les contrats réels.

⁸⁵⁸ La définition de la nullité n'emporte pas de précisions quant à sa portée. Conçue comme « la sanction de l'inobservation de l'une des conditions prescrites par la loi pour la formation du contrat » (J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les Obligations. L'acte juridique*, préc., n° 322), cette définition ne propose pas de distinction parmi ces différentes conditions de formation.

206. L'ambiguïté des nullités spéciales du contrat de société. Envisagé comme un contrat spécial⁸⁵⁹, le contrat de société doit se soumettre aux conditions contractuelles générales⁸⁶⁰. Cet appel aux règles de formation classiques implique, pour le droit pénal des sociétés, de ratifier la distinction entre conditions de validité et conditions d'existence du contrat⁸⁶¹. Cependant, là ne s'arrête pas la présentation des causes de nullité de ce contrat puisque l'article 1844-10 du Code civil prévoit cette sanction pour « la violation des dispositions des articles 1832 et 1833 » du même code. Ces conditions spéciales s'ajoutent donc aux conditions générales. Ainsi, le contrat de société peut théoriquement être annulé sur le fondement de l'article 1832, pour unicité d'associé, absence d'apport ou de participation aux résultats et enfin à défaut d'*affectio societatis* et, sur le fondement de l'article 1833, pour illicéité de l'objet et absence d'intérêt commun des associés⁸⁶². Si l'une des causes spéciales de nullité paraît recouper les exigences contractuelles générales⁸⁶³, les autres demeurent propres au contrat de société. Or, toutes ne semblent pas participer à sa seule régularité mais bien à sa qualification. Qu'est ce qu'un contrat de société si ce n'est la définition qui en est donnée par l'article 1832 du Code civil⁸⁶⁴ ?

La confusion s'impose alors puisque les différentes composantes présentes dans cet article peuvent entraîner, par leur absence, la nullité du contrat. Le droit pénal doit-il privilégier le caractère qualificatif de ces éléments ou au contraire associer la nullité à la seule irrégularité du contrat ? Le droit des sociétés fournit lui-même la réponse : le juge se voit reconnaître la possibilité de requalifier le contrat de société, à défaut de l'un de ses éléments caractéristiques⁸⁶⁵. Ainsi, comme l'enseignait Pothier, si le contrat concerne l'intérêt particulier d'une des parties, il doit être qualifié de mandat⁸⁶⁶. Si le défaut d'un élément

⁸⁵⁹ La nature contractuelle de la société doit l'emporter, malgré le vif débat doctrinal à ce sujet. V. *supra*, n° 148.

⁸⁶⁰ Il suppose ainsi la réunion des conditions de l'article 1108 du Code civil. Pour une application de ces conditions générales au contrat de société, v. notamment P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2009, n° 380 et s.

⁸⁶¹ V. *supra*, n° 73. Le contrat de société présente toutefois des aspects particuliers –qui ont d'ailleurs milités en faveur du rejet de sa qualification contractuelle. Il est en effet possible de relever que le défaut de consentement n'est qu'une hypothèse d'école en la matière (V. en ce sens, M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 24^{ème} éd., Litec, 2011, n° 99).

⁸⁶² Cette dernière cause de nullité peut être rapprochée de l'exigence de l'*affectio societatis*.

⁸⁶³ Requérir, à titre spécial, que la société repose sur un objet licite permet simplement de rappeler la règle générale posée par l'article 1128 du Code civil. La société doit ainsi être annulée, au même titre que n'importe quel contrat, si elle consiste à distribuer des médicaments vétérinaires au mépris de la réglementation applicable (Cass. com., 11 juil. 2006, JCP E. 2007. 1049, obs. J.-L. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker). A ce titre, cette condition doit rester indifférente à la détermination de l'élément contractuel. V. *supra*, n° 96.

⁸⁶⁴ Le Code Napoléonien définissait déjà la société comme « le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter » (art. 1832).

⁸⁶⁵ En ce sens, P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, préc., n° 386.

⁸⁶⁶ R.-J. Pothier, *Traité du contrat de société. Traité de droit civil et de jurisprudence française*, t. 2, 1781, n° 11.

présenté à l'article 1832 permet la requalification du contrat, il devient impossible de douter de l'appartenance de ses éléments à l'identification du contrat⁸⁶⁷.

Par conséquent, la nullité ne peut à elle seule révéler la démarche à suivre pour le juge pénal puisque certaines dispositions protégées par cette sanction relèvent nettement non pas de la régularité du contrat mais de sa qualification. Ce même constat anime certains des contrats dits réels.

207. L'ambiguïté de la nullité des contrats réels. La catégorie des contrats réels, encore qu'elle soit contestée en doctrine⁸⁶⁸, repose sur une exception au principe du consensualisme⁸⁶⁹. En effet, la validité du contrat réel suppose non seulement un accord de volontés mais aussi la remise d'une chose⁸⁷⁰. La nullité encourue en cas d'absence de cette composante sème alors le trouble sur sa nature : est-elle une condition de son efficacité juridique ou participe-t-elle directement à la qualification de ces contrats ? Dépendante de la définition des contrats concernés, la réponse à cette interrogation ne peut se faire de manière unanime. Le choix d'une classification de la remise parmi les conditions d'identification du contrat ne correspond qu'à certains d'entre eux.

Tout d'abord, il semble que plusieurs contrats, classiquement visés dans la catégorie des contrats réels, incitent naturellement à l'insertion de la remise dans les conditions spéciales d'identification. Ainsi en est-il du contrat de don manuel, pour lequel l'unanimité est de mise autour de sa qualification de contrat réel⁸⁷¹. En effet, le don manuel est traditionnellement

⁸⁶⁷ Certains auteurs vont même plus loin à propos de l'*affectio societatis* en considérant cette condition comme une simple reformulation de l'exigence du consentement des parties au contrat : « En réalité, il ne s'agit ni plus ni moins de la volonté de participer au pacte social, autrement dit du consentement de chacune des parties au contrat de société » (M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc., n° 142). Sans remettre en cause l'affirmation de la nécessité de cet élément pour caractériser l'élément contractuel des infractions du droit pénal des sociétés, cette vision proposerait cependant de la fonder sur l'appartenance aux conditions générales d'existence du contrat et non à ses composantes de qualification.

⁸⁶⁸ La doctrine « anti-réaliste » s'est développée à partir du XIX^{ème} siècle avec Combescurre qui soutint la suppression de cette catégorie de contrats par le Code civil (*Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ?*, Rev. crit. 1903. 477 et s.). –Adde : M.-N. Jobard-Bachellier, *Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ?*, RTDciv. 1985, p. 1 et s.

⁸⁶⁹ Ce principe n'est, en droit français, affirmé par aucun texte mais fait traditionnellement l'objet d'une déduction de l'article 1108 du Code civil qui énonce les conditions de validité du contrat sans mentionner une quelconque forme. Le projet de réforme de la Chancellerie prévoit l'insertion d'une disposition consacrée à ce principe à l'article 45 : « Les contrats sont parfaits par le seul échange des consentements quelle qu'en soit la forme. Par exception, la validité d'un contrat peut être assujettie à l'observation de formalités déterminées par la loi ».

⁸⁷⁰ Pour une présentation historique de ce type de contrat, v. C. Plenisla, *Analyse critique de la théorie des contrats réels*, th. Paris, Sirey, 1910, p. 13.

⁸⁷¹ V. notamment, N. Peterka, *Les dons manuels*, LGDJ, 2001, préf. P. Catala, n° 331 ; A. Colomer, *Don manuel*, Rép. civ. Dalloz, 1996, n° 42, Ph. Malaurie, *Les successions. Les libéralités*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2010, n° 397, p. 228 ; R. Tendler, *Le don manuel : une institution anachronique ?*, D. 1989, p. 245 et s., spéc., p. 246-247.

défini comme « une donation de la main à la main »⁸⁷² et ne suppose ainsi, pour exister, que cette remise. Une telle définition justifie alors que la remise constitue, pour ce contrat, un élément nécessaire à sa qualification.

Ensuite, certains contrats dits réels, tel le dépôt⁸⁷³, ne permettent pas un constat aussi rapide. Ce dernier est « le contrat par lequel une personne, le dépositaire, reçoit une chose, à charge de la garder et de la restituer quand son co-contractant, le déposant, la lui réclame »⁸⁷⁴. La question peut être ici transposée : faut-il qu'il y ait remise pour que le contrat intègre la vie juridique ou, plus radicalement, pour que le dépôt puisse être identifié ? La question prend un relief véritablement pénal puisque ce contrat figurait dans la liste de contrats à même d'occasionner l'abus de confiance de l'ancien article 408⁸⁷⁵. Désormais, l'incrimination ne mentionne plus le dépôt, pas plus qu'un autre contrat, et se contente, rappelons-le⁸⁷⁶, d'une « remise à charge ». Cette situation semble alors éluder la question de la classification de cette condition de la remise puisque l'infraction elle-même la requiert : pour qu'il y ait abus de confiance, l'auteur du détournement doit s'être vu remettre le bien. Ainsi, cette condition de validité du contrat s'impose comme élément de l'infraction. Toutefois, cela ne signifie pas que ce texte requiert l'efficacité juridique du contrat, en plus de son identification. En effet, il paraît tout à fait envisageable de considérer cette remise comme relevant de la qualification du dépôt. S'il fallait n'en retenir qu'une preuve, il conviendrait d'envisager la jurisprudence considérant qu'à défaut de remise, l'accord n'est qu'une promesse de dépôt, non assimilable à ce dernier, son inexécution ne pouvant alors donner lieu qu'à des dommages-intérêts⁸⁷⁷.

208. Bilan. La sanction de la violation d'une disposition par la nullité ne doit donc pas emporter de constats trop hâtifs. La nullité d'un contrat peut ainsi révéler non pas une faille dans l'accès de celui-ci à la vie juridique mais un défaut dans son identification. Si le contrat de société permet d'éclairer assez aisément cette mixité, la catégorie des contrats réels fournit elle aussi l'illustration d'une condition de validité, participant à la définition même du contrat. Ce constat permet ainsi de mettre en lumière la difficulté inhérente à ce type de contrat,

⁸⁷² F. Terré, Y. Lequette, *Les successions. Les libéralités*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1996, n° 77 ; N. Peterka, *Les dons manuels*, préc., n° 1 : « la donation de meubles réalisée par la simple tradition, de la main à la main ».

⁸⁷³ C. civ., art. 1915 et s. La qualification de contrat réel n'est que peu discutée, certains auteurs allant même jusqu'à dire que le dépôt est le plus réel des contrats réels R. Rodière, Ph. Delebecque, *Dépôt, Rép. civ. Dalloz*, 1994, n° 19.

⁸⁷⁴ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 792.

⁸⁷⁵ L'abus de confiance par détournement du contrat de dépôt était déjà incriminé par le Code pénal de 1810.

⁸⁷⁶ V. *supra*, n° 120.

⁸⁷⁷ Cass. civ. 1, 20 juil. 1981, Bull. civ. I, n° 267.

depuis toujours contesté⁸⁷⁸ : la remise peut, pour certains contrats dits réels, participer à leur qualification, plus qu'à leur efficacité juridique⁸⁷⁹. En revanche, toutes les conventions associées à la catégorie des contrats réels ne semblent pas faire de la remise une condition de sa définition, et partant de sa qualification, mais seulement un élément permettant au contrat d'intégrer la sphère juridique. Par conséquent, le défaut de remise ne remet pas en cause la présence de l'élément contractuel et permet de constituer une infraction contractuelle.

2) L'élément contractuel sauvegardé malgré l'irrégularité du contrat

209. L'irrégularité incarnée par le formalisme. « Le formalisme n'apparaît qu'autant que le consentement doit être développé dans une enveloppe strictement déterminée par la loi, telle que si les prescriptions édictées par celle-ci ne sont pas respectées, la manifestation de la volonté soit frappée d'inefficacité juridique à un degré quelconque »⁸⁸⁰. Même si le formalisme a véritablement évolué depuis l'écriture de ces lignes⁸⁸¹, cette définition permet toujours d'en saisir la portée : l'atteinte au principe du consensualisme. Cependant, toutes les règles formalistes ne participent pas de la même manière à cette atteinte. Certaines consacrent de véritables exceptions, dans le cas où la sanction encourue en cas de violation est la nullité du contrat. D'autres n'en constituent que des atténuations lorsque « la forme est nécessaire pour que le contrat connaisse sa pleine efficacité »⁸⁸². Dans cette dernière hypothèse, la forme s'associe soit au régime probatoire du contrat⁸⁸³, soit à son enregistrement et à sa publicité. Indépendamment de la question de la preuve, le formalisme permet ainsi de viser notamment les contrats réels et solennels mais aussi les contrats pour lesquels la

⁸⁷⁸ Nombre d'auteurs proposent ainsi de supprimer la catégorie de contrats réels pour lui préférer la qualification de contrats consensuels synallagmatiques.

⁸⁷⁹ Certains auteurs proposent alors de ratifier la dichotomie entre conditions d'existence et condition de validité du contrat, en constatant que « la tradition est moins une condition de validité qu'une condition d'existence de l'obligation [...] l'absence de tradition ne saurait en aucun cas justifier une action en nullité, et, par suite, une répétition de la chose remise. D'une certaine manière, la tradition constitue une formalité dont l'irrégularité éventuelle est nécessairement couverte par l'exécution du contrat ; en quoi elle se distingue des autres formes exigées *ad validitatem*, à telle enseigne qu'il est permis de douter qu'il faille l'intégrer parmi celles-ci. » : X. Lagarde, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, JCP 1999. I. 170, spéc., p. 1771.

⁸⁸⁰ J. Flour, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, préc., p. 95 et s.

⁸⁸¹ V. notamment, X. Lagarde, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, JCP 1999. I. 170 : « le but de cette étude est de montrer qu'il n'y a finalement à peu près aucun point commun entre les solutions formalistes du Code civil et celles imposées par les lois modernes ».

⁸⁸² Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 336.

⁸⁸³ Sur lequel v. *infra*, n° 270 et s.

formalité n'est exigée que pour leur visibilité⁸⁸⁴. Si l'écrit exigé pour les contrats solennels doit être cantonné à leur régularité⁸⁸⁵, l'étude de certains contrats réels a révélé que la forme pouvait participer à l'identification même du contrat et permettre ainsi sa qualification. Cependant, ce constat doit être formulé au cas par cas. En effet, tous les contrats ne semblent pas intégrer la remise d'un bien dans leur définition, cette dernière ne constituant dès lors qu'une condition de leur efficacité. Cette disparité des effets du formalisme n'est pas anodine puisque les contrats potentiellement concernés se trouvent être l'élément contractuel nommé de certaines infractions. Ainsi en est-il du gage –visé par le détournement de gage⁸⁸⁶– ou du prêt d'argent –indispensable au délit d'usure⁸⁸⁷.

210. Les effets potentiels du formalisme sur l'élément contractuel. Le délit d'usure, tout d'abord, suppose, pour être caractérisé, le constat d'un prêt usuraire. Avant d'être usuraire, le prêt lui-même doit faire l'objet d'une identification, ce qui a soulevé certaines difficultés en jurisprudence⁸⁸⁸. Traditionnellement rattaché à la catégorie des contrats réels⁸⁸⁹, le prêt d'argent invite plus spécialement à s'interroger sur la nécessité de la remise des fonds pour caractériser l'élément contractuel de l'usure. Le changement de qualification du contrat en l'absence d'une telle remise incite, dans un premier temps, à penser que celle-ci participe à son identification. En effet, tant que les fonds ne sont pas transférés, les parties ne sont liées que par une ouverture de crédit⁸⁹⁰, analysée alors comme une promesse de prêt⁸⁹¹. Il faudrait dès lors considérer que cette remise relève de la qualification du contrat de prêt et s'impose pour caractériser l'élément contractuel du délit d'usure. Cependant, la remise semble pouvoir s'analyser comme permettant d'assurer la réflexion du prêteur. Or, considérant que le prêteur professionnel du crédit n'a pas à être créancier d'une telle mesure protectrice, la jurisprudence

⁸⁸⁴ Peuvent être réunies sous ce vocable d'une part les formalités publicitaires –dont l'objet est de rendre l'acte opposable aux tiers-, administratives –afin d'assurer le contrôle administratif des activités privées– ou encore fiscales– destinées à assurer le paiement d'une taxe.

⁸⁸⁵ Il semble en effet impossible de considérer que l'exigence d'un écrit participe à l'identification du contrat, alors même qu'un défaut d'écrit se trouve sanctionner par sa nullité. V. pour le gage, *infra*, n° 211 et s.

⁸⁸⁶ C. pén., art. 314-5.

⁸⁸⁷ C. conso., art. L.313-5.

⁸⁸⁸ V. *supra*, n° 139.

⁸⁸⁹ V. par exemple, Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 425 ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 842 ; M.-N. Jobard-Bachellier, *Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ?*, préc., n° 25 et s. L'auteur envisage le contrat de prêt à intérêt parmi les contrats réels maintenant « une certaine spécificité ».

⁸⁹⁰ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 842. –Adde : M.-T. Pain-Masbrenier, *Réflexions sur la notion de contrat de prêt et son incidence sur la qualification de l'ouverture de crédit*, CCC, 2006, chron. 3.

⁸⁹¹ V. notamment : Cass. com., 21 janv. 2004, Bull. civ. IV, n° 13, D. 2004. 1149, note Ch. Jamin, JCP 2004. I. 10062, note S. Piedelièvre, JCP E. 2004. 649, note O. Salati, LPA 9 févr. 2004, rapp. M. Cohen-Branche ; RTDcom. 2004, p. 352, obs. D. Legeais, RDC 2004. 743, obs. D. Houtcieff.

a transformé, dans cette hypothèse, le prêt en contrat consensuel⁸⁹². Ainsi, la remise n'est pas une condition de sa formation⁸⁹³. Cette modification du schéma contractuel du prêt n'empêche pour autant pas sa qualification dans ce cas⁸⁹⁴. Par conséquent, le prêt d'argent peut se passer d'une remise⁸⁹⁵. Ainsi, l'élément contractuel du délit d'usure doit pouvoir être caractérisé avant une quelconque remise des fonds.

Ensuite, l'infraction de détournement de gage impose de déterminer quels sont les éléments de ce contrat qui participent à sa définition et ceux qui relèvent de sa seule opposabilité. Si la dépossession, anciennement sujette à confusion⁸⁹⁶, fut très tôt reléguée à juste titre au rang des conditions indifférentes pour la détermination de cet élément contractuel⁸⁹⁷, la question reste posée à propos des formalités requises pour ce contrat. Avant la réforme opérée par l'Ordonnance du 23 mars 2006, le gage supposait un écrit dûment enregistré⁸⁹⁸ et signifié⁸⁹⁹ au débiteur de la créance donnée en gage. Parallèlement à ces exigences générales, les gages spéciaux proposaient également leur lot de formalités⁹⁰⁰. Confronté à une infraction recelant un gage parmi ses éléments constitutifs, le juge pénal doit déterminer si ces dernières relèvent des conditions de régularité indifférentes ou des composantes de qualification nécessaires. Cette infraction fournit à la Chambre criminelle l'occasion d'illustrer la rationalité de sa recherche.

211. L'indifférence motivée au formalisme. Que la formalité soit applicable au gage de droit commun ou aux gages spéciaux, le juge pénal propose un examen minutieux de son impact potentiel sur l'élément contractuel. En effet, ce n'est qu'après avoir constaté que « l'inscription du contrat de gage est une formalité qui a pour objet d'aviser les tiers » que la

⁸⁹² « Par l'effet de l'accord des volontés, le prêteur est obligé au paiement de la somme convenue » : Cass. civ. 1, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 105, D. 2000. 482, note S. Piedelièvre, JCP 2000. II. 10296, concl. Sainte-Rose, D. 2001, somm. 1615, obs. M.-N. Jobard-Bachelier. Par le même effet, « l'emprunteur est obligé au remboursement de la somme prêtée » : 27 nov. 2001, Bull. civ., n° 297, Defrénois, 2002. 259, obs. R. Libchaber.

⁸⁹³ D'ailleurs, le Code monétaire et financier, dans la définition qu'il donne du crédit, autorise cette conception. L'article L.313-1 dispose ainsi que « Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie ».

⁸⁹⁴ V. pour les incidences civiles : S. Sabathier, *Les espoirs suscités par la remise en cause du caractère réel du contrat de prêt*, RTDcom. 2005, p. 29.

⁸⁹⁵ V. pour un raisonnement identique à propos du gage, *supra*, n° 133.

⁸⁹⁶ La question qui se posait était celle de savoir si la dépossession du bien par le débiteur constituait une condition de qualification du gage. Désormais, l'article 2337 du Code civil associe explicitement la dépossession à l'opposabilité du gage et non à sa définition.

⁸⁹⁷ V. *supra*, n° 133.

⁸⁹⁸ C. civ., anc. art. 2074.

⁸⁹⁹ C. civ., anc. art. 2075.

⁹⁰⁰ Pour des exemples d'application de ce délit aux gages spéciaux : Cass. crim., 2 févr. 1935, Bull. crim., n° 19 ; 10 mars 1976, *ibid.*, n° 89, GP 1976. 2. 460 (gage sur les véhicules automobiles) ; 26 mars 1963, Bull. crim., n° 130 (nantissement d'outillage et de matériel d'équipement).

Cour de cassation accepte de reconnaître le délit de détournement de bien donné en gage en son absence⁹⁰¹. Les juges admettent également le constat de l'élément contractuel de cette infraction dès lors que l'absence de cette formalité n'a qu'un effet civil, celui de rendre le contrat inopposable⁹⁰². La même directive est adoptée en présence de gages spéciaux puisque la jurisprudence pénale reconnaît ce même élément contractuel malgré le défaut d'inscription telle que prescrite pour les nantissements de fonds de commerce⁹⁰³ ou l'absence des formalités légales imposées pour les gages automobiles⁹⁰⁴.

212. Une ligne directrice ostensible. La jurisprudence propose ainsi une position tranchée : les dispositions relevant de l'efficacité du contrat ne peuvent interférer dans le constat de l'élément contractuel⁹⁰⁵. Cette directive permet ainsi de dessiner la frontière entre le contrat et l'élément contractuel de l'infraction.

Cette ligne doit alors, de manière plus accessoire, être complétée par l'hypothèse dans laquelle le législateur émet expressément une réserve quant à l'application du principe d'indifférence⁹⁰⁶. Ainsi, la notion pénale de contrat permet d'être envisagée de manière claire. En principe, seules les conditions participant aux deux phases d'identification du contrat relèvent de l'appréciation de l'élément contractuel.

Cette consigne doit également permettre de déterminer la portée du constat judiciaire de la nullité : l'annulation.

⁹⁰¹ Cass. crim., 10 mars 1976, Bull. crim., n° 209, D. 1976, IR. p. 128, GP 1976. 2. 460.

⁹⁰² CA Caen, 19 mai 1870, D. 1871, 2, p. 228 ; T. corr. Seine, 20 déc. 1962, JCP 1964. II. 13480, note G. de Lestang.

⁹⁰³ Cass. crim., 25 juil. 1912, DP. 1913. 1. 123, S. 1914. 1. 116.

⁹⁰⁴ CA Montpellier, 7 févr. 1951, JCP 1951. II. 6347, note J. Magnol, D. 1951, somm. p. 76. Le juge civil lui-même a admis que les formalités de publicité du gage automobile, telles que prescrites par le décret du 30 sept. 1953, ne sont requises qu'afin de rendre le gage opposable aux tiers (Cass. civ. 1, 3 juil. 1996, Bull. civ., I, n° 298 ; 10 juil. 1996, *ibid.*, n° 312 : « l'inscription du gage n'est pas une condition de son existence, mais conditionne son opposabilité aux tiers »). Pour une appréciation critique de cette qualification : G. Wicker, P. Gaubil, *L'efficacité du gage automobile non inscrit (à propos d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 20 septembre 1995)*, D. 1997, p. 1. L'Ordonnance du 23 mars 2006 qui insère dans le Code civil trois articles relatifs à ce type de gage (2351 à 2353), prévoit le maintien de sa règle de publicité (art. 2351).

⁹⁰⁵ La formulation du nouvel article 2336 du Code civil ne devrait pas changer la solution, malgré la nullité désormais attachée au défaut d'écrit (M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9^{ème} éd., Litec, 2010, n° 731 ; Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, préc., n° 612). En effet, le texte précise que « le gage est parfait » par cette formalité, ce qui suppose qu'il existe mais demeure inefficace.

⁹⁰⁶ Le cas de figure se trouve en effet réduit au seul cas de bigamie. Toutefois, rien n'empêche le législateur d'étoffer cette catégorie d'élément contractuel en requérant explicitement une dérogation au principe d'indifférence.

213. Annulation et consommation de l'infraction. L'impact de la décision d'annulation du contrat sur l'élément contractuel doit être appréhendé selon qu'elle intervient avant (A) ou après la commission de l'acte consommant l'infraction (B).

A- L'annulation antérieure à la consommation de l'infraction

214. Cas de figure. Déterminer si l'annulation du contrat laisse possible la caractérisation de l'élément contractuel impose d'isoler un seul type d'infraction contractuelle. Seules celles incriminant une violation de l'élément contractuel permettent d'envisager l'éventuel impact de l'annulation effective antérieure à la commission du fait délictueux. En effet, la particularité des infractions de formation contractuelle réside dans le constat que le fait délictueux est la formation du contrat. Il n'existait donc aucun contrat avant la réalisation de l'infraction ; c'est par l'infraction que le contrat se forme⁹⁰⁷. L'annulation antérieure n'est donc pas envisageable. Toute autre est la situation dans laquelle l'infraction suppose l'existence d'un contrat mais se consomme par un comportement postérieur à celle-ci, consistant en la violation de l'élément contractuel⁹⁰⁸. Il est alors aisé de détecter la présence d'une difficulté en cas d'annulation du contrat avant l'inexécution pénalement répréhensible.

215. Une hypothèse vierge de jurisprudence. La solution jurisprudentielle en cas de nullité du contrat est connue pour certaines infractions telles que l'abus de confiance ou le détournement de gage. En effet, le principe de l'indifférence du droit pénal à l'égard de l'irrégularité du contrat servant de base au détournement sert d'illustration classique de l'autonomie du droit pénal à l'égard des autres disciplines⁹⁰⁹. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence prônant expressément l'indifférence à la nullité du contrat ne pourra pas être utilisée pour nourrir la question de l'annulation antérieure à la consommation de l'infraction. En effet, l'ensemble des arrêts se prononçant contre l'influence de l'irrégularité du contrat sont rendus dans une hypothèse toute autre : le contrat n'est pas annulé mais annulable. En d'autres termes, il existe une irrégularité dans le contrat mais elle n'a pas été constatée en

⁹⁰⁷ L'emploi du terme formation est entendu ici dans son sens général, dénué de toute référence à la validité.

⁹⁰⁸ Sur ces infractions v. *infra*, n° 331 et s.

⁹⁰⁹ V. *supra*, n° 16.

justice avant la commission de l'infraction. La question de l'annulation effective et antérieure à la commission de l'infraction ne fait donc l'objet d'aucune directive jurisprudentielle.

216. Les effets variables de l'annulation. Le jugement prononçant l'annulation d'un contrat produit le même effet que la nullité soit relative ou absolue : l'anéantissement du contrat, en principe total et rétroactif⁹¹⁰. Ainsi, lorsque la nullité est prononcée, l'acte est évidemment privé d'effets pour l'avenir. Mais la nullité remet aussi en cause les effets que l'acte a déjà produits : *quod nullum est nullum producit effectum*⁹¹¹. Les répercussions de l'annulation de l'élément contractuel sur les infractions dont le fait délictueux se place au stade de l'exécution du contrat sont alors nécessairement différentes selon que le contrat a commencé (2) ou pas (1) à être exécuté.

1) L'absence de commencement d'exécution du contrat

217. Le constat de l'impact sur l'infraction contractuelle. En matière civile, la rétroactivité de l'annulation est insensible lorsque l'acte n'a connu aucun commencement d'exécution. « Il n'y a plus ni dette, ni créance et l'acte ne peut donner lieu à aucune action en exécution »⁹¹². Les effets de cette annulation doivent nécessairement s'imposer tant en matière civile qu'en droit pénal. En effet, la décision prononçant l'annulation met fin au contrat et à la situation qui la sous-tend. Concrètement, il n'y a plus rien entre les parties initialement liées. Par suite, aucune obligation ne s'impose à la charge de quiconque. Prenons l'exemple du détournement de gage⁹¹³ pour lequel l'acte de détournement est le fait délictueux qui consiste à violer l'entité contractuelle –le gage– préalablement formé⁹¹⁴. Si un jugement d'annulation du gage est prononcé avant même qu'il n'ait pu recevoir exécution, le débiteur n'a plus aucune obligation sur le bien consacré à cette sûreté. A défaut d'obligation, ce dernier ne peut pas se rendre coupable d'un détournement.

⁹¹⁰ On constate en pratique que la nullité ne s'étend pas toujours à l'ensemble du contrat. L'anéantissement peut être total ou partiel suivant que ce qui est nécessaire pour supprimer le vice. V. sur ces questions la thèse de Ph. Simler : *La nullité partielle des actes juridiques*, th. Strasbourg, LGDJ, 1969. –Adde, B. Teyssié, *Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat*, D. 1976, p. 281.

⁹¹¹ A. Piedelièvre, *Quelques réflexions sur la maxime « quod nullum est, nullum producit effectum »*, in Mélanges offerts à P. Voirin, LGDJ, 1966, p. 638.

⁹¹² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 424.

⁹¹³ C. pén., art. 314-5.

⁹¹⁴ V. sur ce type d'inexécution contractuelle pénalement répréhensible, *infra*, n° 338 et s.

218. La cause de l'impact sur l'infraction contractuelle. Il peut paraître tentant, suite à ce constat de l'incidence de l'annulation sur l'infraction contractuelle, de remettre en cause l'affirmation initiale selon laquelle l'élément contractuel ne suppose la réunion que de ses conditions d'identification. Ici, en effet, le droit pénal ne peut résister au constat, par le juge civil, de l'irrégularité du contrat. Toutefois, si l'infraction contractuelle cède face à une telle décision, ce n'est pas dû au constat de l'irrégularité mais au prononcé de la décision. Plus précisément, l'annulation sanctionne certes la défaillance du contrat mais atteint par là même son existence. L'engagement des parties, seul à même de caractériser l'élément contractuel, n'existe plus. Ainsi, l'on ne doit pas en déduire que l'irrégularité du contrat figure parmi les conditions de l'élément contractuel des infractions ; le contrat doit, pour caractériser la composante contractuelle des infractions de ce type, simplement exister. Or, la décision d'annulation le prive de cette existence.

219. Le nécessaire défaut de commencement d'exécution. Toute autre est la situation dans laquelle les parties ont commencé à exécuter leur contrat. Ce constat permet en effet de s'interroger non plus sur l'empêchement de constituer les infractions d'inexécution contractuelle mais au contraire sur la création d'une situation permettant d'envisager leur constitution.

2) Le constat d'un commencement d'exécution du contrat

220. L'annulation créatrice de restitutions. Dans le cas où le contrat a fait l'objet d'un commencement d'exécution, le principe est celui du retour au *statu quo ante*⁹¹⁵. Dès lors, les parties doivent se soumettre au jeu des restitutions. Il s'agit, selon le doyen Carbonnier⁹¹⁶, d'un « contrat synallagmatique renversé ». La création, par le prononcé de l'annulation, d'une obligation de restitution invite alors à s'interroger sur la possible caractérisation d'un élément contractuel et non plus sur son éventuelle disparition.

221. La création éventuelle d'un élément contractuel. Le schéma découlant de l'annulation d'un contrat ayant fait l'objet d'un commencement d'exécution peut être le

⁹¹⁵ V. sur ce point, notamment : Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 386 et s., E. Poisson-Drocourt, *Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat*, D. 1983, p. 85.

⁹¹⁶ Cité par Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 586.

suivant : les parties ont effectué des remises que la décision d'annulation commande de restituer. Une telle proposition incite à envisager l'élément contractuel de l'abus de confiance⁹¹⁷. En effet, cette infraction impose de caractériser une remise ainsi qu'une charge la grevant. Or, cette charge peut consister en une obligation de restitution⁹¹⁸. Peut-on dès lors concevoir la caractérisation potentielle de l'élément contractuel de l'abus de confiance ? Autrement dit, l'annulation du contrat peut-elle constituer la source d'un élément contractuel ? La formulation de la question elle-même apporte le fondement d'une réponse négative.

222. L'exclusion de la qualification d'élément contractuel. L'élément contractuel de l'abus de confiance, s'il suppose en effet la remise d'un bien ainsi que la constitution d'une charge pouvant consister dans une obligation de restitution, exige également que cette remise à charge soit acceptée. Autrement dit, si les mots ont un sens, les parties doivent avoir prévu dans leur accord l'existence de cette obligation⁹¹⁹. Or, la particularité de l'hypothèse envisagée réside dans la formulation de la restitution par décision de justice⁹²⁰. Dès lors, à s'en tenir au texte, le constat de l'élément contractuel est impossible, à défaut d'une charge acceptée. Ce raisonnement devrait aboutir à l'exclusion plus générale de l'infraction même d'abus de confiance. Toutefois, la jurisprudence ne considère pas, malgré la nouvelle formulation de l'incrimination, que l'abus de confiance doive être écarté dans les hypothèses de remise judiciaire ou légale⁹²¹.

223. Bilan. La portée de l'annulation antérieure à la commission de l'infraction se révèle donc dépendante de la situation contractuelle précédant la décision. Son constat préalable au moindre commencement d'exécution du contrat supprime toute possibilité de constater l'élément contractuel. En effet, la décision sanctionne certes une condition d'efficacité du contrat. Cependant, son effet principal réside dans la suppression de l'existence même de la situation contractuelle viciée, rendant impossible l'identification d'un

⁹¹⁷ C. pén., art. 314-1.

⁹¹⁸ Pour une présentation détaillée de cette hypothèse d'élément contractuel, v. *supra*, n° 412 et s.

⁹¹⁹ V. pour le même raisonnement en cas de résolution du contrat, *infra*, n° 417.

⁹²⁰ « La création des obligations [...] ont leur source dans l'annulation ou dans la résolution » : G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n° 296.

⁹²¹ Sous l'empire de l'ancien Code pénal, la jurisprudence n'a pas hésité à condamner lorsque l'auteur du détournement se voit imposer une charge par la loi. La nouvelle rédaction de l'infraction ne semble pas permettre une telle largesse et devrait cantonner le champ de l'abus de confiance aux remises véritablement « acceptées » (En ce sens, Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 538). Toutefois, les juges ont maintenu leur solution. V. Cass. crim., 1^{er} mars 2000, Bull. crim., n° 97, RSC 2000, p. 831, obs. R. Ottenhof ; 3 déc. 2003, Bull. crim., n° 232.

quelconque contrat. En revanche, le commencement d'exécution du contrat pourrait donner l'illusion de la possible qualification d'un élément contractuel, celui de l'abus de confiance. Pourtant, cette seconde phase d'identification de l'élément contractuel se révèle également infructueuse en présence d'une annulation antérieure à la consommation de l'infraction. Cette indifférence pénale se généralise dès lors que l'annulation intervient après la consommation de l'infraction.

B- L'annulation postérieure à la consommation de l'infraction

224. Les interactions entre annulation du contrat et élément contractuel. En présence d'une infraction contractuelle, le juge pénal doit s'assurer que le contrat en question correspond à l'élément contractuel requis. Or, le stade de la simple irrégularité peut être dépassé après que l'infraction a été commise : le juge civil prononce l'annulation du contrat constituant l'élément contractuel de l'infraction après la réalisation du fait délictueux. Il est logique que cette chronologie des événements impose d'envisager les infractions visant tant le stade de la formation que de l'exécution du contrat. Contrairement à l'hypothèse d'une annulation antérieure à la commission de l'infraction, l'ensemble des infractions contractuelles est ainsi concerné par le cas d'une annulation postérieure. Une interrogation s'impose alors : le juge pénal doit-il prendre en compte les effets de cette annulation sur le contrat servant d'élément contractuel à l'infraction recherchée ? Les principes du droit pénal imposent de considérer l'influence potentielle de cette décision civile (1) comme devant être rejetée (2).

1) L'influence de l'annulation postérieure

225. L'influence incarnée par la rétroactivité de l'annulation. Si le prononcé de l'annulation du contrat postérieur à la consommation de l'infraction peut avoir une incidence sur l'élément contractuel, ce ne peut être par le seul constat d'une irrégularité⁹²². La situation diffère, en effet, en ce que dans le cas d'une annulation effective, le juge civil a expressément formulé le défaut d'une condition de validité. Le contrat sur lequel repose l'élément contractuel a alors, en principe, fait l'objet d'une annulation rétroactive. « La rétroactivité

⁹²² Sur les effets de l'irrégularité non constatée, v. *supra*, n° 189 et s.

annulante, si elle jouait, pourrait alors anéantir l'infraction »⁹²³. Cependant, tous les contrats visés par les infractions contractuelles ne sont pas concernés par cette rétroactivité.

226. L'influence circonscrite de l'annulation. La difficulté rencontrée par le droit pénal face à un contrat annulé à la suite de l'infraction n'a de sens que si le contrat concerné se voit annulé de manière rétroactive. Cela ne soulèvera aucun problème dès lors que la décision d'annuler le contrat ne produira d'effets que pour l'avenir. Or, l'hypothèse est loin d'être isolée puisque plusieurs types de contrats, éléments contractuels de nombreuses infractions, rejettent cette rétroactivité.

Tout d'abord, c'est au sujet du contrat de société que le rejet de la rétroactivité de la nullité s'impose avec le plus d'évidence. L'article 1844-15 du Code civil prévoit expressément que « Lorsque la nullité est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat ». La solution est opportune, qui permet d'éviter que l'ensemble des actes résultant du fonctionnement de la société soient anéantis⁹²⁴. Le fondement avancé réside dans la notion de société de fait⁹²⁵, façonnée par la jurisprudence⁹²⁶ et désormais implicitement consacrée par le législateur⁹²⁷.

Ensuite, les infractions relatives au contrat de travail suscitent la même discussion en raison des caractères de ce contrat. La nullité devrait obliger le salarié au remboursement des rémunérations perçues et dispenserait l'employeur d'accomplir ses obligations. En vertu du principe de l'effacement rétroactif, il faudrait aussi obliger l'employeur à restituer le travail fourni par le salarié. Le caractère successif du contrat de travail, l'obligation de faire qu'il implique et la nécessaire protection des intérêts du salarié rendent ces effets naturels de l'annulation inadéquats⁹²⁸. C'est pourquoi doctrine et jurisprudence ont tenté d'élaborer un régime particulier à même de contourner les obstacles⁹²⁹. Selon une analyse répandue, l'annulation du contrat serait, dans ce système, bien rétroactive : la contrepartie due pour le

⁹²³ J. Larguier, A.-M. Larguier, *Le rejet de l'analyse rétroactive en matière pénale*, préc., n° 64.

⁹²⁴ T. Favario, *Regards civilistes sur le contrat de société*, Rev. sociétés 2008, p. 53, n° 47.

⁹²⁵ A distinguer de la société créée de fait pour laquelle, « le comportement des personnes en présence est celui de véritables associés, même s'ils n'en ont pas pleinement conscience » (M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc., n° 1286. –Adde : J. Hémar, *Les sociétés de fait en droit français*, préc., spéc., p. 142). Pour une présentation détaillée de la distinction, v. B. Dondero, *Société créée de fait*, Rép. des soc. Dalloz, 2009, n° 5 et s.

⁹²⁶ V. l'historique présenté par L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, préc., n° 195 et s.

⁹²⁷ La notion a inévitablement perdu de son utilité puisque le fondement de non-rétroactivité est désormais légal.

⁹²⁸ V. pour l'impossibilité de restituer au salarié sa prestation de travail : Cass. soc., 7 nov. 1995, Bull. civ. V, n° 292, RJS 12/95, n° 1303. V. également, M.-L. Cros, *Les contrats à exécution échelonnée*, D. 1989, p. 49, spéc., n° 20 ; J. Djoudi, *Les nullités dans les relations individuelles de travail*, D. 1995, p. 192, C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitution et responsabilité*, LGDJ, 1992, préf. J. Ghestin, n° 733.

⁹²⁹ V. la présentation générale proposée par E. Savaux, in *Théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préc., n° 122.

travail fourni doit être analysé comme une indemnité ou une restitution en valeur⁹³⁰ permettant au juge d'apprécier librement l'équivalent monétaire des prestations⁹³¹. Conforme à une partie du raisonnement de la Cour de cassation⁹³², cette analyse se révèle toutefois insuffisante pour expliquer la totalité du mécanisme envisagé par la jurisprudence⁹³³. Dès lors, d'autres auteurs s'accordent à proposer d'envisager la jurisprudence comme écartant la rétroactivité de la nullité du contrat de travail⁹³⁴. Une telle conception a pour mérite non seulement de permettre une vision globale de la nullité du contrat de travail, le droit de la sécurité sociale ignorant la rétroactivité⁹³⁵, mais aussi d'appliquer de manière générale les dispositions des articles L. 8252-1 et s. du Code du travail qui prévoient l'assimilation de l'étranger irrégulier au travailleur régulièrement engagé⁹³⁶. Dans une telle hypothèse, le contrat de travail du travailleur en situation irrégulière est nul mais la décision d'annulation peut être considérée comme opérant sans rétroactivité⁹³⁷, laissant ainsi le travailleur bénéficiaire des obligations de l'employeur relatives à la réglementation du travail. Cette situation seule à même de tenir compte de la relation effective de travail⁹³⁸, se révèle être la plus opportune⁹³⁹. Par conséquent, les infractions prévues dans le cadre du contrat de travail ne peuvent se trouver influencées par les effets de l'annulation postérieure à la commission des faits. Dans un tel cas, en effet, la rétroactivité étant rejetée, le juge pénal n'a pas à se positionner sur la portée de la remise en l'état normalement exigée.

⁹³⁰ A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 230.

⁹³¹ Cass. soc., 8 avr. 1957, D. 1958, p. 221, note Ph. Malaurie ; 1^{er} mars 1961, Dr. soc. 1961. 483, note J. Savatier.

⁹³² La Chambre sociale qualifie les sommes dues d'indemnités : Cass. soc., 22 nov. 1979, Bull. civ. n° 885 ; 3 oct. 1980, *ibid.*, n° 704, D. 1982, p. 68, note E. Agostini.

⁹³³ Elle ne permet pas d'expliquer que l'employeur soit tenu de verser au salarié une indemnité compensatrice de congé payé ou de préavis (Cass. soc., 9 févr. 1966, Dr. soc. 1966. 426, note J. Savatier) ainsi que de fournir un certificat de travail et un bulletin de paie.

⁹³⁴ En ce sens, v. G.-H. Camerlinck, *Droit du travail. Le contrat de travail*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1984., n° 197 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 366 ; F. Gaudu, R. Vatinet, *Traité des contrats. Les contrats de travail*, LGDJ, 2001, n° 80 ; Ph. Malaurie sous Cass. soc., 8 avr. 1957, D. 1958, p. 221, n° 2.

⁹³⁵ Le salarié conserve le bénéfice des prestations sociales et familiales ainsi que des prestations d'accident du travail.

⁹³⁶ V. sur la portée de cette assimilation, *infra*, n° 469.

⁹³⁷ V. J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, préc., n° 168.

⁹³⁸ Sur l'appréhension de cette notion, v. *infra*, n° 478.

⁹³⁹ Certains auteurs nient cependant cette opportunité du rejet de la rétroactivité en matière de contrats à exécution successive en se fondant sur la dualité du mécanisme de l'annulation. Il conviendrait en effet de dissocier l'annulation et la rétroactivité qu'elle emporte de l'obligation de restitution. « Aussi, la demande en nullité ou en résolution et la demande en restitution devant être traitées comme deux demandes distinctes, l'impossibilité d'une restitution en nature ne saurait faire obstacle à la première demande. En conséquence, à l'encontre de ce qui est souvent affirmé, il faut admettre l'effet rétroactif de la nullité ou de la résolution des contrats à exécution successive. » : G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n° 296, note 5. –Adde : J. Ghestin, *L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive*, in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 203 et s., spéc., p. 219-220.

Enfin, une même conclusion peut être établie au sujet du contrat de prêt dans la mesure où la jurisprudence civile et commerciale considère qu'en dépit de l'annulation l'obligation de restitution subsiste à la charge de l'emprunteur⁹⁴⁰. Un détournement pénalement répréhensible consécutif à cette charge de restituer doit pouvoir être envisagé sans que l'annulation du contrat ne puisse l'influencer⁹⁴¹.

Ce n'est que dans l'hypothèse où cette rétroactivité n'est pas niée que se pose la question de l'influence éventuelle de l'annulation du contrat sur l'infraction préalablement commise.

227. La suppression de l'élément contractuel en question. La difficulté rencontrée en présence d'une annulation rétroactive du contrat n'est pas anodine. En effet, si le juge pénal accepte de prendre en compte cette décision, il devra conclure à la disparition de l'élément contractuel par la règle du retour au *statu quo ante*⁹⁴². Intuitivement, cette solution ne paraît pas pouvoir satisfaire au regard du principe proclamé d'indifférence à l'irrégularité du contrat. Toutefois, la situation est particulière puisque le stade de la simple irrégularité se trouve dépassé, et le vice constaté en justice.

Pourtant, cette spécificité ne peut entraver la vigueur de la conception pénale du contrat, et ce, sur le fondement de principes propres à cette matière. Intégré dans une infraction, le contrat devient un élément constitutif contractuel et doit ainsi se plier aux directives régissant la constitution des infractions.

2) L'impossible influence de l'annulation postérieure

228. L'autonomie du droit pénal insuffisante. Envisager les potentielles répercussions de l'annulation sur l'infraction revient à s'interroger sur le point de savoir si l'anéantissement rétroactif du contrat annulé, tel que prescrit par le droit des obligations, peut empêcher une infraction contractuelle d'être constituée. En ce que ses effets sont rétroactifs, la décision d'annulation a vocation à effacer « ce qui a été fait avant le jugement »⁹⁴³. Par conséquent, les faits pénalement qualifiables devraient se voir eux-mêmes supprimés. Si

⁹⁴⁰ Cass. civ. 1, 25 mai 1992, Bull. civ. I, n° 154 ; Cass. Com., 17 nov. 1982, D. 1983, p. 527, note M. Contamine-Raynaud, Defrénois, 1984, art. 33 251, n° 25, obs. J.-L. Aubert.

⁹⁴¹ Sur la compatibilité entre l'abus de confiance et la remise dans le cadre d'un prêt, v. *supra*, n° 416 et s. et n° 426 et s.

⁹⁴² Le projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie propose le maintien de la règle en prévoyant à l'article 90 que le contrat nul « est censé n'avoir jamais existé ».

⁹⁴³ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 361.

spontanément cette proposition semble inacceptable, elle ne peut être rejetée sous ce seul prétexte. En effet, rejeter un tel impact de la décision civile sur l'infraction revient à nier l'une des principales conséquences de l'annulation. L'argument généralement avancé pour contrecarrer la rétroactivité de l'annulation est celui de la nécessaire autonomie du droit pénal. Le raisonnement est classique, qui consiste à considérer que le droit pénal est une branche de droit à part et à part entière, qui ne doit dès lors pas être soumise aux principes applicables dans les autres disciplines⁹⁴⁴. Sans s'appesantir sur les termes du débat, l'essence même de l'autonomie du droit pénal est de limiter les incursions des règles extra-pénales. A ce titre, l'on pourrait faire valoir que le juge pénal doit rester étranger au principe de la rétroactivité pour constater la constitution de l'infraction en cas d'annulation postérieure aux faits. Toutefois, présenté comme cela, le principe de l'autonomie du droit pénal a de quoi rendre sceptique. En effet, il faut reconnaître qu'en plus d'isoler la matière, cette vision du droit pénal laisse entrevoir une certaine insécurité : le passage d'une branche à une autre n'assurerait jamais au justiciable la certitude de l'identité des solutions. L'on est dès lors nécessairement amené à souscrire à l'idée d'une rationalisation de cette autonomie⁹⁴⁵. L'autonomie s'avère utile mais elle ne peut être pertinente que si elle comporte un cadre rationnel. Le droit pénal est incontestablement une discipline particulière dans la mesure où son objet est la création et la réglementation des infractions. Au vu de la gravité de l'enjeu – l'atteinte aux libertés individuelles –, les méthodes du juge pénal doivent nécessairement être circonscrites. Or, le seul critère susceptible de fournir une garantie suffisante et une cohérence par rapport à l'objet de la matière est celui de la réalité des faits, en vertu du principe du réalisme du droit pénal⁹⁴⁶. Le juge pénal doit avoir pour unique directive l'appréciation de la réalité et par conséquent, l'indifférence aux mécanismes s'en éloignant. La matière répressive ne peut en aucun cas être régie par des procédés relevant d'un quelconque artifice. Par suite, les mécanismes extra-pénaux ne doivent ni être admis ni être rejetés par principe. Tous doivent être passés à travers le filtre de la réalité. L'autonomie du droit pénal aurait ainsi un

⁹⁴⁴ La discussion entre droit pénal autonome et sanctionnateur existe sans doute depuis que la matière pénale a elle-même fait son apparition. Sur la question de la nullité v. J. Larguier, A.-M. Larguier, *Le rejet de l'analyse rétroactive en matière pénale*, RSC 1972, p. 759 ; M. Vasseur, *Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines*, RSC 1951 p. 1 et s.

⁹⁴⁵ « Tout un travail discriminatoire reste à accomplir pour tracer les frontières de l'autonomie raisonnable et de l'autonomie absurde, contraire au bon sens et par conséquent dangereuse », R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 150. Dans le même sens, M. Vasseur, *Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines*, préc., spéc. n° 2.

⁹⁴⁶ Sur lequel v. *supra*, n° 162. –Addé : Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 4 : « De toutes les disciplines juridiques en effet, le Droit pénal est sans doute la plus concrète, la plus réaliste, la moins étrangère au profane, de telle sorte que la moindre dénaturation, effective ou supposée, de la réalité est rapidement ressentie comme injustifiée ».

carcan au-delà duquel elle pourrait être jugée déraisonnable et donc condamnable. La délimitation doit s'opérer par référence à la réalité matérielle. Or, très couramment, la rétroactivité de l'annulation est considérée comme une fiction.

a-Le rejet de la rétroactivité par la qualification de fiction

229. Présentation de la proposition du rejet des fictions. La rétroactivité de l'annulation d'un contrat, comme celle de la résolution⁹⁴⁷, est souvent présentée comme un mécanisme fictif, artificiel⁹⁴⁸. Il est vrai que les formules retenues pour le présenter emportent de prime abord un tel constat : « Ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé »⁹⁴⁹. Or, « parce qu'elle renvoie à l'idée d'une action sur le passé, elle est difficilement concevable, tant il est vrai que le passé est bien évidemment intangible : nul ne peut faire que ce qui a été, n'ait pas été et que ce qui n'a pas été, ait été »⁹⁵⁰. La qualification de fiction s'oppose alors à l'une des directives principales du droit pénal : le réalisme. Par conséquent, il faudrait considérer, avec nombre d'auteurs, que la rétroactivité de l'annulation du contrat ne doit être prise en compte par le juge pénal⁹⁵¹. Autrement dit, l'élément contractuel doit pouvoir être caractérisé malgré l'annulation du contrat postérieure à la commission du fait délictueux⁹⁵². Cependant, cette affirmation dépend exclusivement du caractère fictif de cette rétroactivité. Or, il paraît permis de douter que la rétroactivité en soit dotée.

230. Réfutation de la proposition du rejet des fictions. Contrairement à une définition générale uniforme, considérant qu'une fiction consiste « à supposer un fait ou une

⁹⁴⁷ La rétroactivité des effets de la résolution du contrat reçoit également cette qualification de fiction par les auteurs. V. notamment, R. Houin, *Rapport in Travaux de l'Association H. Capitant*, T. III, *Le problème des fictions en droit civil*, Dalloz, 1948, p. 242, spéc., p. 248 ; J. Larguier, A.-M. Larguier, *Le rejet de l'analyse rétroactive en matière pénale*, préc., n° 8 ; M.-A. Péano, sous Cass. crim., 11 oct. 1990, D. 1991, p. 234, spéc. p. 235. V. sur le traitement spécifique de l'effet rétroactif de la résolution, *infra*, n° .

⁹⁴⁸ R. Jambu-Merlin, *Essai sur la rétroactivité des actes juridiques*, RTDciv. 1948, p. 271 et s., spéc. n° 8 et 9 ; A. Piedelièvre, *Quelques réflexions sur la maxime « Quod nullum est, nullum producit effectum »*, Mélanges offerts à P. Voirin, préc., p. 638 et s., spéc., p. 641.

⁹⁴⁹ Telle est la règle érigée en principe que vont répétant deux formations de la Cour de cassation : la première Chambre civile (Cass. civ. 1, 15 mai 2001, Bull. civ. I, n° 133) et la troisième Chambre civile (Cass. civ. 3, 2 oct. 2002, CCC. 2002, n° 23, obs. L. Leveneur, RTDciv. 2003, p. 284, obs. B. Fages et J. Mestre).

⁹⁵⁰ T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préc., n° 703.

⁹⁵¹ Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 10 : « Le réalisme du droit pénal conduira à faire abstraction de la rétroactivité de l'annulation » ; A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, préc., n° 405 ; M. Vasseur, *Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines*, préc., n° 19, p. 34 : « Essentiellement réaliste le droit pénal ne saurait s'embarrasser de la fiction de la rétroactivité ».

⁹⁵² L'annulation antérieure peut cependant conserver certains effets dans l'hypothèse d'une suppression des conditions d'existence. V. *supra*, n° 218.

situation différents de la réalité en vue de produire un effet de droit »⁹⁵³, la doctrine a su mettre en place une présentation précise de cette notion impliquant deux catégories de fiction⁹⁵⁴. La fiction-règle suppose une règle contrariant la réalité matérielle alors que la fiction dite juridique met en perspective une règle au regard de la cohérence du système dans lequel elle s'insère⁹⁵⁵. Le réalisme du droit pénal lui impose d'observer la réalité sans artifice ce qui conduit à exclure les fictions-règles dont l'impact s'observe précisément sur ladite réalité matérielle⁹⁵⁶. Or, la rétroactivité a vocation à supprimer toutes les traces de l'acte irrégulier en considérant qu' « il est censé n'avoir jamais existé »⁹⁵⁷. Il paraît dès lors tentant de conclure à l'artifice afin de nier la quelconque portée de ce mécanisme sur l'infraction. Néanmoins, cela suppose d'admettre que la rétroactivité nie l'existence d'une situation de fait –des remises par exemple. Pourtant, l'effet d'une annulation rétroactive aboutit à considérer le contraire. En effet, la réalité matérielle antérieure n'est pas par principe supprimée par la décision d'annulation mais fait au contraire l'objet d'un « plan de liquidation »⁹⁵⁸ par le biais des restitutions notamment⁹⁵⁹.

Ainsi, la qualification de fiction se trouve exclue au sujet de la rétroactivité de l'anéantissement du contrat annulé. La conséquence d'un tel constat paraît simple : le réalisme du droit pénal ne s'oppose pas à la prise en compte d'une telle rétroactivité. A s'en tenir à cette conclusion, le juge pénal devrait alors prendre acte des effets de la rétroactivité en refusant de constater l'élément contractuel d'une infraction si le contrat lui servant de support

⁹⁵³ *Vocabulaire juridique*, (sous la direction de G. Cornu), préc., v. « Fiction » (1).

⁹⁵⁴ G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n° 2 et s.

⁹⁵⁵ V. pour une présentation plus détaillée de ces deux catégories de fiction, *supra*, n° 162.

⁹⁵⁶ D'ailleurs, l'analyse révèle que la rétroactivité de l'annulation du contrat ne peut recevoir la qualification de fiction juridique, contrairement à certaines propositions. En effet, il semble de prime abord contraire à la cohérence générale d'un système de vouloir effacer les effets juridiques passés d'un contrat. Cependant, le fondement d'une telle règle empêche de considérer cette rétroactivité comme une fiction juridique : l'annulation repose sur le constat d'un vice de l'acte. Or, ce vice est contemporain de sa formation. V. G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n° 299 : « Aussi, puisqu'il faut en revenir à la considération de l'état de l'acte, le seul fait qu'elle soit fondée sur un vice contemporain de la formation de l'acte suffit à écarter l'idée de fiction concernant la rétroactivité de la nullité ». Par suite, même si le droit pénal devait rester hermétique aux fictions juridiques et non pas seulement aux fictions-règles, il ne pourrait l'être sur ce fondement au sujet de la rétroactivité de l'annulation du contrat.

⁹⁵⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 423.

⁹⁵⁸ « Elle implique que soit prise en compte la situation de fait qui en est résulté, afin précisément qu'elle soit liquidée selon le procédé liquidatif de la rétroactivité » : G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n° 299.

⁹⁵⁹ V. T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préc., n° 703 : « la réalité matérielle de la remise de la chose ou d'une somme d'argent n'est pas du tout niée, elle est simplement reconsidérée, ou plus exactement requalifiée, afin d'en tirer de nouvelles conséquences de droit pour l'avenir (une restitution) ». –*Addé* : R. Demogue, *Valeur et base de la notion de rétroactivité*, in *Studi filosofico giuridici dedicati a Georgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929)*, vol. 1, Modène 1930, p. 163 qui affirme que si un acte rétroagit, « il le fait, non pas en ce sens qu'il remonte le cours du temps, mais il produit dans l'avenir des conséquences telles qu'un acte qui, pendant un certain temps, était considéré comme régulier, ayant des conséquences juridiques, est traité désormais comme un fait illicite ou non avvenu ».

a fait l'objet d'une annulation. Plus concrètement, l'infraction d'abus de confiance par exemple ne pourrait pas être reconnue si le contrat permettant de caractériser la remise a été annulé rétroactivement. La solution présentée, comme son illustration, laisse pourtant derrière elle une sensation de malaise, dont la teneur paraît pouvoir se résumer en une question : comment justifier qu'un individu puisse échapper à toute sanction pénale pour avoir détourné un bien remis à titre précaire sur le seul fondement de la nullité de cet acte ? Une telle conclusion semble, en effet, contrevenir à la proposition jurisprudentielle d'indifférence pénale à l'irrégularité du contrat. Si la solution ne peut être trouvée du côté de la qualification extra-pénale de fiction, le droit pénal fournit lui-même les clés de la rationalité. En tant que composante d'une incrimination, l'élément contractuel doit se soumettre aux directives du droit dans lequel il s'insère. Or, le droit pénal impose un principe clair dans la caractérisation de l'infraction, celui de l'appréciation des éléments constitutifs au moment des faits⁹⁶⁰. C'est alors en vertu de ce principe que l'élément contractuel pourra être constaté malgré l'annulation rétroactive du contrat sur lequel il repose.

b- Le rejet de la rétroactivité par le principe d'appréciation au moment des faits

231. La portée du principe. Quelque soit l'infraction envisagée, le juge pénal doit se placer au moment « de la commission matérielle de l'acte interdit »⁹⁶¹ pour déterminer si l'ensemble de ses composantes sont présentes. C'est ainsi « au temps de l'action »⁹⁶² que les éléments constitutifs de l'infraction doivent coexister⁹⁶³. Ce moment ne peut qu'alors être celui de l'action matérielle, le droit pénal n'incriminant que des comportements et non de simples pensées coupables⁹⁶⁴. Par conséquent, dans l'hypothèse d'une annulation postérieure au fait délictueux, le contrat servant de support à l'élément contractuel n'était pas annulé mais simplement nul, irrégulier. Cela revient alors seulement à s'interroger sur la prise en compte

⁹⁶⁰ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 386 : « c'est un principe général de notre droit pénal que l'on doit se placer « au temps de l'action » pour apprécier les éléments constitutifs de l'infraction ».

⁹⁶¹ V. notamment : A. Decocq, *Droit pénal général*, A. Colin 1971, p. 132 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 386.

⁹⁶² L'expression est issue de l'article 64 du Code pénal de 1810. Le Code pénal de 1992 vise « le moment des faits » (art. 122-1).

⁹⁶³ Les défenseurs de la notion de condition préalable ne font pas déroger celle-ci au principe de l'appréciation des éléments constitutifs de l'infraction. A l'instar des autres composantes, celle-ci doit pouvoir être identifiée au temps de l'action. V. Dans le même sens, B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 766.

⁹⁶⁴ M. Puech, *Droit pénal général*, Litec, 1988, n° 843.

par le juge pénal d'un contrat vicié. Or, c'est dans ce cas de figure que la Chambre criminelle affirme son indifférence aux règles du droit civil. Par suite, au moment des faits, le contrat permet de caractériser l'élément contractuel d'une infraction.

Ainsi, le principe de la « cristallisation »⁹⁶⁵ des éléments constitutifs au moment des faits impose d'exclure toute influence de l'anéantissement rétroactif du contrat dès lors que celui-ci a lieu après la commission du fait délictueux⁹⁶⁶. Une telle solution, guidée par une directive pénale générale, se justifie spécialement⁹⁶⁷ dans son application à l'élément contractuel. Conformément à la conception pénale du contrat, le juge n'a pas à requérir que l'élément contractuel soit juridiquement –civilement devrait-on dire– pleinement efficace. Sa seule identification suffisant, l'élément contractuel doit pouvoir être caractérisé si celle-ci est permise au moment de la consommation de l'infraction. Une telle issue au conflit entre les infractions contractuelles et la rétroactivité de l'anéantissement du contrat se trouve confortée par la position jurisprudentielle adoptée en présence d'une résolution du contrat postérieurement au fait délictueux.

232. La confirmation par l'analogie avec la résolution du contrat. Le contrat peut faire l'objet d'une résolution lorsque l'une des parties n'exécute pas son obligation⁹⁶⁸. Alors même qu'il est pleinement valable, la sanction de cette inexécution peut résider dans l'anéantissement rétroactif du contrat. Selon la formule jurisprudentielle, « lorsqu'un contrat synallagmatique est résolu pour inexécution par l'une des parties de ses obligations, les choses doivent être remises au même état que si les obligations nées du contrat n'avaient

⁹⁶⁵ J. Pradel, *Traité de droit pénal général et de sciences criminelles comparées. Droit pénal général*, 12^{ème} éd., Cujas, 1999, n° 325.

⁹⁶⁶ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 386 : « Il importe peu, dès lors, que postérieurement à l'accomplissement des faits la situation juridique qui commandait la qualification pénale des faits se soit modifiée, fût-ce rétroactivement, en faveur de l'agent. ». Dans le même sens, B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 768 et s. : « Lorsque la disparition rétroactive de la situation juridique constitutive de la condition préalable résulte d'un jugement extra-pénal, l'autonomie du droit pénal est toujours justifiée au regard du principe de la cristallisation de la qualification sans qu'il soit possible d'invoquer l'autorité de la chose jugée ».

⁹⁶⁷ La cohérence générale d'un tel principe ne peut être niée, qui fait écho au principe de la cristallisation en cas de modification non plus juridique mais matérielle de la situation, ultérieurement à la commission des faits. En effet, le droit pénal affirme avec vigueur l'indifférence au repentir actif de l'auteur d'une infraction pour ne tenir compte que du désistement volontaire de l'agent. La différence entre les deux comportements repose sur des considérations temporelles : « à la différence du désistement qui est antérieur à la consommation de l'infraction, le repentir actif, [...] est postérieur » (B. Bouloc, *Droit pénal général*, préc., n° 241).

⁹⁶⁸ Le contractant qui agit en justice afin de voir sanctionner l'inexécution contractuelle a le choix entre l'exécution forcée et la résolution, en sus de dommages et intérêts (Ph. Rémy, *Observations sur le cumul de la résolution et des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat*, in *Mélanges offerts à P. Couvrat : la sanction du droit*, PUF, 2001, p. 122). Pour une analyse de la jurisprudence relative à ces trois voies de droit : J.-P. Gridel, Y.-M. Laithier, *Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux*, JCP 2008. I. 143.

jamais existé »⁹⁶⁹. Toutefois, à l'instar de l'annulation, la rétroactivité de la résolution cède en certaines hypothèses⁹⁷⁰. Le parallèle avec les infractions contractuelles peut s'opérer lorsque la résolution intervient avant la réalisation du fait délictueux⁹⁷¹ mais surtout postérieurement à la réalisation de l'infraction⁹⁷². Dans cette dernière hypothèse, la question se pose de savoir si la rétroactivité de la résolution peut empêcher la constatation de l'infraction.

La logique impose d'adopter le même raisonnement qu'en matière d'annulation rétroactive, d'autant plus qu'une qualification de fiction de la rétroactivité de cette décision ne paraît pas non plus s'imposer⁹⁷³. Si le principe d'appréciation au moment des faits a un sens, il doit trouver à s'opposer à toute application de la rétroactivité d'une mesure civile sanctionnant la vie juridique du contrat.

Or, le juge pénal fournit au débat de précieux enseignements, choisissant de condamner un voleur alors même qu'après les faits, le juge civil avait prononcé la résolution du contrat faisant de l'auteur du vol le propriétaire des biens volés⁹⁷⁴. Juridiquement, le vol devrait disparaître car rétroactivement le transfert de propriété disparaît et le vendeur n'a donc soustrait qu'une chose réputée être restée en sa propriété. Ainsi, la jurisprudence a su affirmer l'indifférence du droit pénal à la résolution du contrat servant d'élément contractuel au vol⁹⁷⁵.

⁹⁶⁹ Cass. civ. 3, 29 janv. 2003, JCP 2003. II. 10116, note Y.-M. Serinet.

⁹⁷⁰ En plus des obstacles déjà rencontrés en matière de nullité (V. *supra*, n° 226), la résolution pose difficulté dans le cas d'un contrat correctement exécuté jusqu'à l'inexécution justifiant la mesure. Dans une telle hypothèse, la jurisprudence décide que la résolution ne peut qu'affecter la période postérieure au jour de l'inexécution (Cass. civ. 3, 28 janv. 1975 : Bull. civ. III, n° 33 ; Cass. com., 28 janv. 1992, Bull. civ. IV, n° 34 ; Cass. civ. 1, 6 mars 1996 : Bull. civ. I, n° 118, Defrénois 1996, p. 1025, obs. Ph. Delebecque ; 27 janv. 1998 : Bull. civ. I, n° 29.).

⁹⁷¹ La résolution peut dans ce cas créer des obligations de restitution et invite alors à une interrogation sur la création de l'élément contractuel de l'abus de confiance. V. *supra*, n° 220.

⁹⁷² Une dernière question peut se poser, relative à la réparation du préjudice résultant d'une infraction contractuelle : la résolution du contrat peut-elle être prononcée par le juge pénal dans cette optique ? Sur ce point, v. *infra*, n° 499.

⁹⁷³ A l'instar de la vision générale de la rétroactivité, celle associée à la résolution est souvent dénoncée comme une fiction (v. notamment, T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préc., n° 703 ; R. Houin, *Rapport in Travaux de l'Association H. Capitant*, T. III, *Le problème des fictions en droit civil*, préc., spéc., p. 248). Il est vrai que, contrairement à l'annulation, la résolution ne sanctionne pas un vice contemporain de la formation de l'acte mais une inexécution des obligations contractuelles. Cependant, certains auteurs font valoir que la notion de cause doit permettre de contrecarrer cette vision de la rétroactivité en la considérant comme conforme à la cohérence du système juridique et donc exclusive de toute qualification de fiction. V. pour une analyse complète de cette proposition : G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n° 302 et s. A s'en tenir à ce choix du rejet de la qualification de fiction, le seul réalisme du droit pénal ne devrait pas pouvoir empêcher la rétroactivité de produire son effet sur l'élément contractuel. C'est pourquoi, le seul principe de cristallisation des éléments constitutifs au moment des faits peut permettre de caractériser une infraction contractuelle malgré l'annulation du contrat postérieurement à la consommation de l'infraction.

⁹⁷⁴ CA Colmar 25 mars 1958, D. 1959, p. 196, note A. Chavanne.

⁹⁷⁵ L'hypothèse est certes particulière puisque le vol peut être qualifié d'infraction contractuelle spéciale, puisqu'elle suppose l'absence d'un contrat de vente. Toutefois, cette spécificité ne peut en aucun cas expliquer à elle seule la solution retenue. Rien ne permet donc de limiter la portée de l'indifférence à la résolution du contrat postérieure à la consommation de l'infraction à ce délit.

Or le fondement de la solution est des plus explicites : « l'effet rétroactif d'une résolution d'un contrat de vente [...] est tenu en échec par le grand principe du droit criminel qui veut que la consistance des infractions pénales soient appréciée au jour où elles ont été commises»⁹⁷⁶.

233. Une cohérence générale trouvée. Que l'irrégularité du contrat fasse ou non l'objet d'un constat judiciaire, le droit pénal doit y rester indifférent dans la recherche d'une infraction contractuelle. Une frontière se dessine alors clairement entre le contrat et l'élément contractuel de l'infraction : l'ensemble des conditions participant à l'efficacité juridique du premier doivent rester extérieures à la détermination du second. Reformulé de manière positive, ce critère distinctif consiste à n'exiger, pour l'élément contractuel, que les conditions d'identification du contrat –générales et spéciales⁹⁷⁷. Cette limite impose alors plusieurs conséquences. D'une part, toutes les causes d'irrégularité du contrat doivent passer par ce filtre afin de déterminer si elles affectent l'identification du contrat ou sa seule efficacité, indépendamment de la sanction qui leur est associée. D'autre part, la portée de l'indifférence à l'annulation effective doit être mesurée à son impact sur l'existence du contrat : si celle-ci disparaît avant même que l'infraction ne soit consommée, aucun élément contractuel ne pourra être identifié. En revanche, si au moment des faits, le contrat requis par l'incrimination pouvait être identifié, son annulation postérieure reste indifférente. Enfin, il faut réserver l'hypothèse dans laquelle le législateur outrepasserait volontairement la dichotomie entre conditions d'identification et conditions d'efficacité en l'exprimant dans le texte d'incrimination. A défaut d'une telle référence, le critère distinctif recouvre son empire.

Ainsi, la notion pénale de contrat se dessine avec netteté au regard des interactions possibles de l'élément contractuel avec son origine civile. Cependant, pour pouvoir pleinement satisfaire, cette conception spéciale doit s'associer aux autres éléments constitutifs des infractions contractuelles. L'acceptation de l'indifférence à l'efficacité du contrat suppose donc la conformité de cette vision avec le reste des composantes et spécialement avec l'exigence particulière d'un préjudice.

⁹⁷⁶ CA Colmar 25 mars 1958, préc.

⁹⁷⁷ Autrement dit, seules les conditions d'identification d'une situation contractuelle d'une part et de la situation contractuelle visée d'autre part sont requises.

Section 2 : La régularité du contrat à l'épreuve de la composante préjudicielle

234. Les effets potentiels d'une incompatibilité entre contrat irrégulier et préjudice. Affirmer que le contrat, en droit pénal, suppose uniquement les éléments de son identification suppose qu'aucune des conditions de l'infraction ne soit mise à mal par cette conception. L'analyse céderait, en effet, si l'acceptation d'une telle présentation supposait de modifier l'incrimination. Par conséquent, si l'on constate une quelconque incompatibilité entre l'admission d'un contrat irrégulier et la composante préjudicielle, c'est l'analyse toute entière qui perd de sa véracité. C'est pourquoi, la constatation initiale d'une impossibilité de satisfaire la condition du préjudice en l'absence d'un contrat valable pourrait inciter à exiger la validité du contrat des infractions contractuelles exigeant une telle condition.

235. La compatibilité trouvée entre le contrat irrégulier et le préjudice. Toutefois, l'incompatibilité entre l'exigence d'un préjudice et l'indifférence à l'irrégularité du contrat peut être surmontée. Pour cela, aucun artifice propre à la nullité du contrat n'est à mettre en place. La clé provient de l'attitude jurisprudentielle face à la condition du préjudice. La Cour de cassation a en effet proposé, depuis de nombreuses années, une conception pour le moins extensive de la condition du préjudice. L'on parvient alors aisément à considérer que l'irrégularité du contrat n'empêche en rien la condition préjudicielle d'être caractérisée conformément au cadre général fixé par le juge pénal.

236. Plan. L'incompatibilité entre l'exigence d'un préjudice et l'irrégularité du contrat peut être dépassée dès lors que l'on observe la jurisprudence relative à la composante préjudicielle de manière générale. Les moyens permettant de parvenir à une telle compatibilité doivent alors être exposés avant d'analyser leur résultat. Le constat de l'incompatibilité dépassée (§2) suppose ainsi que soit démontrées les modalités de ce dépassement (§1).

§1- Le dépassement de l'incompatibilité

237. L'hostilité originelle contournable. L'observateur qui décide de déterminer si l'irrégularité du contrat permet ou non le préjudice requis par certaines infractions contractuelles d'être caractérisé commencera nécessairement par constater l'échec possible de

ce binôme. En effet, le préjudice traditionnellement nécessaire ne pourra pas toujours être constaté si le contrat servant d'élément contractuel n'est pas pleinement valable. Toutefois, l'observation de l'évolution du schéma infractionnel des incriminations concernées force le constat d'une hostilité dépassée. Grâce à la rédaction des textes et surtout à l'attitude jurisprudentielle, un changement des exigences relatives à la composante préjudicielle doit être constaté. D'une incompatibilité potentielle (A), l'on passe dès lors à une compatibilité potentielle (B).

A- La potentielle incompatibilité

238. L'inadaptation originelle de la seule existence du contrat. Reconnaître que la seule existence du contrat suffit à caractériser l'élément contractuel suppose que l'ensemble des autres éléments constitutifs puisse être identifié. Or, si l'on s'en tient, dans un premier temps, au préjudice tel qu'originellement exigé pour les infractions contractuelles, l'on doit reconnaître que pour certaines d'entre elles, ladite composante préjudicielle ne peut pas être constatée. La manifestation de cette incompatibilité potentielle (2) découle ainsi des contours du préjudice requis par les infractions contractuelles concernées (1).

1) L'identification du préjudice requis

239. Les infractions contractuelles visées. Tous les textes d'incrimination prévoyant une référence au contrat ne visent pas le préjudice comme composante de la répression. Certaines d'entre elles semblent toutefois sous-entendre une telle condition sans s'y référer de manière expresse. C'est ainsi, d'une part, que l'on peut être tenté d'exiger pour l'abus de faiblesse prévu par le Code de la consommation, le constat d'une lésion pécuniaire pour la victime. Le terme même d'abus milite en ce sens. Pourtant, la rédaction du texte d'incrimination ne fait pas apparaître le préjudice comme une condition de l'infraction⁹⁷⁸. Par suite, la question de l'impact de l'irrégularité du contrat sur la possibilité d'un préjudice ne se pose pas. D'autre part, le délit de tromperie pourrait, au vu du fait délictueux, imposer le constat d'un préjudice patrimonial pour la victime. Toutefois, le même argument du défaut de

⁹⁷⁸ En ce sens, A. Valoteau, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préc., n° 110.

mention textuelle commande l'exclusion de cette infraction de l'objet de l'étude⁹⁷⁹. Enfin, le droit pénal des sociétés pourrait également autoriser un parallèle entre les infractions commises par le dirigeant et l'exigence d'un préjudice. L'abus de biens sociaux⁹⁸⁰, notamment, en réprimant le fait, pour les dirigeants de certaines sociétés commerciales, de faire des biens ou du crédit de la société, des pouvoirs qu'ils détiennent ou des voix dont ils disposent un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de la société à des fins personnelles, pourrait sembler commander le constat d'une lésion du patrimoine social. Pourtant, l'incrimination se contente d'exiger un acte d'usage contraire à l'intérêt social sans requérir que cet acte soit préjudiciable à la société⁹⁸¹.

Ainsi, seules les infractions visant expressément cette condition doivent être soumises à l'analyse. Il s'agit dès lors de se demander si les infractions d'abus de confiance⁹⁸², d'escroquerie⁹⁸³, puis d'abus de faiblesse du Code pénal⁹⁸⁴ peuvent être consommées en présence d'un contrat irrégulier. Reste alors à déterminer quel préjudice le juge pénal doit constater pour reconnaître l'infraction.

240. Le préjudice originellement exigé. Si aujourd'hui une variété significative de préjudices à même de consommer chacune des infractions concernées peut être constatée, il faut préalablement préciser que le préjudice initialement requis adoptait une forme unique pour l'ensemble de ces infractions concernées et plus généralement pour les infractions classées dans la catégorie des atteintes aux biens : « Le caractère commun de tous ces crimes et délits, c'est qu'ils diminuent, quand ils sont consommés, l'utilité que procurent à un individu les éléments actifs du patrimoine. Cette diminution de valeur, pour nous servir de l'expression économique, peut prendre des formes diverses [...] »⁹⁸⁵. L'analyse historique de cette catégorie d'infraction confirme l'exigence initiale du constat d'un préjudice économique⁹⁸⁶. Ainsi, à s'en tenir à cette première conception, l'on doit déterminer si un tel

⁹⁷⁹ Dans le sens de l'exclusion de la condition préjudicielle de cette infraction, A. Valoteau, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préc., n° 112.

⁹⁸⁰ C. com., art. L. 241-3-4°, L. 242-6-3°, L. 241-3-5° et L. 242-6-3°.

⁹⁸¹ En ce sens, R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 614 : « Le délit sanctionne ainsi un acte contraire à l'intérêt social et non un acte préjudiciable, appauvrissant le patrimoine social ». —*Adde* : D. Rebut, *Abus de biens sociaux*, *Rép. pén. Dalloz*, 2002, n° 11 et s.

⁹⁸² C. pén., art. 314-1 : « au préjudice d'autrui ».

⁹⁸³ C. pén., art. 313-1 : 3 « au préjudice d'un tiers ».

⁹⁸⁴ Contrairement à l'article L. 122-8 du Code de la consommation, l'article 223-15-2 du Code pénal exige explicitement que l'acte ou l'abstention de la victime lui soient « gravement préjudiciables ».

⁹⁸⁵ R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T. VI, 3^{ème} éd., Sirey, 1935, n° 2357.

⁹⁸⁶ Le droit romain adoptait une conception pécuniaire du *furtum* qui supposait un préjudice d'ordre patrimonial (*Institutes*, IV, 2, 1).

préjudice peut être identifié lorsque le contrat, élément contractuel, est entaché d'une irrégularité. L'opération révèle des cas d'incompatibilité.

2) Les manifestations de l'incompatibilité

241. La consommation hypothétique de l'abus de confiance. Conformément à la vision originelle des infractions contre les biens, l'abus de confiance supposerait que le fait délictueux entraîne une perte⁹⁸⁷. La question réside alors dans le point de savoir si cette dernière peut être identifiée si le contrat ayant provoqué la remise n'est pas valable. D'aucuns affirment que pour une telle infraction, « le préjudice ne consiste pas, au regard du délinquant, à obtenir indûment la réalisation des effets du contrat, mais, bien au contraire, à profiter du contrat pour causer le préjudice ; en un mot, ce n'est pas le contrat lui-même mais le détournement qui constitue l'origine du préjudice »⁹⁸⁸. Dès lors, si le détournement est rendu possible malgré la nullité du contrat, l'on devrait convenir que la seule existence de celui-ci permet la consommation de l'infraction. Or, dès lors que la remise a eu lieu, le détournement devient possible et ce, que le contrat soit régulier ou non : un bien peut être remis dans le cadre d'un contrat nul⁹⁸⁹. Ainsi, si le préjudice trouve son origine dans le détournement, la nullité du contrat ne peut lui être jugé incompatible. Toute autre est la situation dans laquelle le préjudice économique réside dans l'exécution du contrat.

242. L'exclusion des infractions visant la période de formation du contrat. Si l'on adhère, dans un premier temps, et il est vrai d'une certaine manière sous forme historique⁹⁹⁰, à l'exigence d'un préjudice économique pour consommer l'infraction d'abus de faiblesse, l'on doit alors constater la défaillance de cette condition en cas de contrat irrégulier. En effet,

⁹⁸⁷ V. E. Garçon, *Code pénal annoté*. T. III, préc., v. art. 408, n° 16.

⁹⁸⁸ Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 55. Certains auteurs contestent une telle systématisation de l'association du préjudice à l'acte de détournement. En effet, ce raisonnement suppose assurément que le bien détourné dispose d'une valeur pécuniaire. La présence d'un préjudice économique effectif paraît au contraire discutable dès lors que le bien détourné se trouve dépourvu de toute valeur et que seul son usage permettra véritablement de constater une perte identifiable dans le patrimoine (R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 618). Seulement, le détournement ne suppose pas une telle utilisation. Cette remarque invite dès à présent à un remaniement de la vision du préjudice dans l'infraction d'abus de confiance, dont le fait délictueux impose la seule éventualité. La jurisprudence a confirmé cette proposition (v. *infra*, n° 246). Toutefois, la question de la nullité du contrat n'interfère pas dans ce débat qui ne concerne que l'association entre le détournement et l'effectivité du préjudice.

⁹⁸⁹ Les faits donnant lieu aux décisions prônant l'indifférence aux conditions de régularité l'attestent.

⁹⁹⁰ Les bouleversements de l'infraction n'ont pas épargné la composante préjudicielle, pour lequel l'article 223-15-2 propose un nouveau visage.

contrairement à l'abus de confiance, l'appauvrissement requis ne peut résulter que de l'effet juridique du contrat⁹⁹¹. C'est ainsi, en cas de vente, la remise du bien par la victime qui caractérisera à elle seule son préjudice économique. Or, en cas de nullité du contrat, l'acte est par hypothèse dépourvu de tout effet juridique. Le même raisonnement doit conduire à l'exclusion de l'escroquerie consommée pour défaut de préjudice économique : « en cas de nullité civile de l'acte juridique, un préjudice économique ne peut découler d'un acte par hypothèse dépourvu de tout effet juridique »⁹⁹². Par conséquent, à s'en tenir à une conception économique du préjudice, les infractions contractuelles ne pourraient pas toutes être consommées en cas de contrat nul.

243. La nécessité de contourner l'incompatibilité. Si l'on s'en tenait à ce constat d'échec, force serait de reconnaître l'inadaptation de la notion pénale de contrat aux infractions requérant un préjudice. Par suite, et toujours dans une optique de généralisation du concept, l'on devrait renoncer, de manière générale, à l'idée selon laquelle le contrat en droit pénal pourrait se passer de ses conditions de régularité. Pourtant, la jurisprudence reconnaît unanimement l'indifférence à la nullité du contrat et ce, pour l'ensemble des infractions contractuelles mentionnant expressément le préjudice dans leur éléments constitutifs. La clé du problème doit, dès lors, résider non pas dans la vision de l'élément contractuel mais dans celle du préjudice. Le mouvement jurisprudentiel général concernant cette composante éclaire indéniablement le propos, en rendant potentielle la compatibilité entre préjudice et contrat irrégulier.

B- La potentialité de la compatibilité

244. La modification salubre de la composante préjudicielle. En s'en tenant à l'exigence du constat d'un véritable préjudice économique, l'on devrait reconnaître l'inadaptation de la conception pénale de la notion de contrat. Pour autant, l'aval jurisprudentiel de cette idée incite à orienter la recherche des causes d'inadaptation vers la composante préjudicielle. Or, la jurisprudence fournit elle-même les clés de la mise en adéquation de l'élément contractuel avec cette composante. En effet, les juges ont procédé,

⁹⁹¹ En ce sens à propos de l'abus des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur (C. pén. anc., art. 406) : Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 55.

⁹⁹² R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 794. —Adde : J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, préc., n° 1028 : « Le contrat ne produit évidemment d'effets que s'il est valablement formé ».

depuis de nombreuses années, à une redéfinition de la composante préjudicielle, confinant finalement à sa suppression. Tantôt le juge modifie la nature du préjudice (1), tantôt il redéfinit son rôle (2). Chacun de ces changements permet l'admission généralisée de la consommation des infractions contractuelles en présence d'un contrat nul.

1) La modification de la nature du préjudice

245. Un mouvement duel. Initialement, le préjudice des infractions contractuelles et, plus généralement, des infractions contre les biens supposait le constat d'un appauvrissement effectif. L'on devait exiger, d'une part, l'effectivité du préjudice et d'autre part, sa nature économique. La jurisprudence s'est attaquée à ces deux exigences en transformant le préjudice effectif en préjudice éventuel, puis le préjudice économique en préjudice de toute nature.

246. D'un préjudice effectif à un préjudice éventuel. Exiger le constat d'une perte ou d'un appauvrissement effectif empêche les infractions d'abus de faiblesse et d'escroquerie d'être caractérisées⁹⁹³. Le juge pénal fournit alors la solution à cette impasse en admettant que ces infractions n'exigent pas un préjudice effectif. La solution concernant l'abus de faiblesse est particulièrement éloquente. Les juges proposent en effet, dans le même arrêt, de renoncer tant à la validité du contrat remis par la victime qu'à l'effectivité du préjudice, par une formule sans appel : « Si l'article 313-4 du Code pénal prévoit que l'acte obtenu de la victime doit être de nature à lui causer un grave préjudice, il n'exige pas que cet acte soit valable, ni que le dommage se soit réalisé »⁹⁹⁴. La lettre même de l'article 313-4, et aujourd'hui encore celle de l'article 223-15-2⁹⁹⁵, peut être considérée comme imposant une telle vision. La nature formelle de l'infraction supposerait, en effet, le constat d'une potentialité de préjudice⁹⁹⁶. Les directives légales apparaissent, en revanche, tout à fait univoques en matière d'escroquerie, le texte visant le fait de tromper une personne « à son préjudice ou au préjudice d'un tiers ». L'effectivité de ce dernier semble donc clairement requise. Pourtant, la jurisprudence accepte

⁹⁹³ V. *supra*, n° 241 et s.

⁹⁹⁴ Cass. crim., 12 janv. 2000, Bull. crim., n° 15 ; D. 2001. 813, note J.-Y. Maréchal.

⁹⁹⁵ Le délit a en effet été déplacé par la loi 2001-504 du 12 juin 2001. La Loi 2001-504 du 12 juin 2001. V. *infra* n°

⁹⁹⁶ En ce sens, V. Malabat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 294 ; R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 748. – *Contra* : M.-L. Lanthiez, *Du préjudice dans quelques infractions contre les biens*, D. 2005, p. 464 ; J.-Y. Maréchal, D. 2001, p. 813, note sous Cass. crim., 12 janv. 2000.

de reconnaître une escroquerie à l'égard d'un individu qui obtient, par l'usage de manœuvres frauduleuses, un prêt de consommation absolument non lésionnaire : l'auteur des manœuvres reconnaît classiquement son obligation de restitution ainsi que la rémunération du prêt⁹⁹⁷. Si préjudice économique il y a, il ne peut qu'être éventuel et ne deviendrait effectif que par le refus de restitution à l'échéance du prêt ou le refus de la rémunération⁹⁹⁸. La même tendance peut être constatée, et ce de manière explicite, au sujet de l'abus de confiance. Le législateur, à l'instar de l'escroquerie, requiert pourtant le constat « du préjudice d'autrui ». La Cour de cassation, dans un mouvement constant et unanime, affirme que si cette infraction « exige parmi ses éléments constitutifs un préjudice, le préjudice éventuel est à cet égard suffisant »⁹⁹⁹. Ainsi, l'on constate qu'uniformément, le juge pénal se contente d'une lésion patrimoniale éventuelle sans chercher à véritablement la caractériser. Le constat de la composante préjudicielle se trouve dès lors nettement facilitée et ce, d'autant plus que le préjudice éventuel n'a plus nécessairement à être de nature économique.

247. D'un préjudice économique à un préjudice de quelconque nature. Initialement purement économique, le préjudice requis par les infractions contractuelles a changé progressivement de nature. Le législateur, relayé par la jurisprudence, a ainsi imposé la diversification de la composante préjudicielle. Le cas de l'abus de faiblesse fait figure d'illustration topique. A l'origine classée parmi les infractions contre les biens, voisines de l'escroquerie, le délit d'abus de faiblesse fut déplacé dans la catégorie des infractions contre les personnes. Cela incite la transformation de l'exigence d'un préjudice matériel en celle d'un préjudice moral. Toutefois, il semble préférable de considérer que la personne de la victime, comme son patrimoine, sont désormais visés par la condition du préjudice¹⁰⁰⁰. Ainsi, l'éventualité d'un préjudice patrimonial ou extra-patrimonial suffit à caractériser cette condition.

Le même constat devrait pouvoir être opéré au sujet de l'escroquerie, alors même que l'incrimination figure depuis toujours parmi les infractions contre les biens. La doctrine incline, en effet, à penser qu'à défaut de précisions dans le texte d'incrimination, l'on ne peut

⁹⁹⁷ V. notamment, Cass. crim., 6 mars 1957, D. 1957, p. 468 ; 27 oct. 1967, Bull. crim., n° 269.

⁹⁹⁸ En ce sens, R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 750.

⁹⁹⁹ Cass. crim., 18 mars 1936, GP 1936. 1. 880, RSC 1936, p. 562, obs. H. Donnedieu de Vabres. Plus récemment, v. Cass. crim., 3 déc. 2003, Bull. crim., n° 232, JCP 2004. IV. 1109 : « l'existence d'un préjudice, qui peut être seulement éventuel [...] ».

¹⁰⁰⁰ En ce sens, v. notamment, V. Malabat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 294.

distinguer selon la nature du préjudice¹⁰⁰¹. Le préjudice moral doit ainsi suffire. La jurisprudence reprend l'idée imposée par l'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*¹⁰⁰² en considérant à plusieurs reprises que le préjudice résulte du fait que la victime ait remis son consentement après avoir été trompée. Le préjudice ici suffisant est manifestement d'ordre moral¹⁰⁰³. Toutefois, les arrêts les plus récents rendus à ce sujet sèment le trouble¹⁰⁰⁴. De plus, la solution jusqu'alors proposée aborde en définitive une autre question que celle de la nature potentiellement morale du préjudice.

Plus radicalement, en effet, le juge pénal a considéré que le préjudice était établi dès lors que la tromperie pouvait elle-même l'être. Il s'agit dès lors, au vu des éléments constitutifs de l'escroquerie, de se demander si le préjudice est toujours une condition de l'infraction. Par conséquent, l'on dépasse le stade de l'interrogation sur la nature du préjudice pour aborder celle de son rôle véritable dans les infractions contractuelles.

2) La modification du rôle du préjudice

248. La remise en cause de l'existence du préjudice. La motivation des arrêts se prononçant sur la composante préjudicielle en matière d'escroquerie révèle plus qu'un simple élargissement du préjudice requis. Il semble que les juges se dispensent de la recherche de cette condition. Les premiers arrêts en ce sens sont particulièrement éloquents qui considèrent que « le délit d'escroquerie existe alors même que la personne à l'égard de laquelle il a été commis n'aurait subi aucun préjudice »¹⁰⁰⁵ ou qu'il « suffit, indépendamment de tout préjudice, pour que le délit soit caractérisé, que la volonté de celui qui s'est dessaisi n'ait pas été libre »¹⁰⁰⁶. Puis, la Cour de cassation a modéré son discours en affirmant, à de nombreuses reprises, qu'« en matière d'escroquerie, le préjudice, élément constitutif du délit, est établi

¹⁰⁰¹ V. notamment, V. Malabat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 759 ; R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 777. Le délit d'abus de confiance impose une analyse identique puisque le texte propose le même défaut de précision (E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, préc., n° 1218 ; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 779). Une partie importante de la doctrine considère d'ailleurs que la jurisprudence pénale est en ce sens. V. notamment au sujet de l'arrêt suivant Cass. crim., 19 mai 2004 (Bull. crim., n° 126, Dr. pén. 2004, comm. 129, note M. Véron, RPDP 2005, p. 239, obs. V. Malabat) : Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 555. –*Contra*. R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 635.

¹⁰⁰² V. sur cet adage : H. Roland, L. Boyer, *Les adages du droit français*, préc., n° 434.

¹⁰⁰³ En ce sens, v. B. Bouloc, D. 1970, p. 437, note sous Cass. crim., 18 nov 1969 ; R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, préc., n° 2570 ; W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 11 ; Y. Mayaud, *Le mensonge en droit pénal*, L'Hermès, 1979, n° 429 ; Y. Mayaud, *La résistance du droit pénal au préjudice*, in *Les droits et le Droit : mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 807, spéc. p. 814.

¹⁰⁰⁴ V. *infra*, n° 249.

¹⁰⁰⁵ Cass. crim., 7 mars 1936, DH. 1936, p. 196 ; 30 oct. 1936, DH 1936, p. 590.

¹⁰⁰⁶ Cass. crim., 6 janv 1953, D. 1953, p. 152 ; 15 déc. 1943, D. 1945, p. 131.

dès lors que les remises ou versements n'ont pas été librement consentis mais ont été extorqués par des moyens frauduleux »¹⁰⁰⁷. Pareille formulation incite à croire, de prime abord, que les juges fixent là une présomption de préjudice. Toutefois, si la Cour de cassation veille à viser le préjudice comme élément constitutif, conformément aux vœux du législateur, elle semble poser une présomption de nature irréfragable. Or, une telle règle ne modifie en rien le travail concret du juge : il pourra toujours se contenter de caractériser la remise non consentie, de laquelle découlera systématiquement la condition préjudicielle¹⁰⁰⁸. Cependant, la jurisprudence a récemment proposé des solutions qui semblent recouvrir l'exigence textuelle du constat d'un préjudice. Ce renouveau ne paraît toutefois pas décisif.

249. La restauration virtuelle de l'existence du préjudice. Par deux arrêts, la Cour de cassation est venue semer le trouble dans une jurisprudence pourtant bien établie. Tout d'abord, dans une affaire d'escroquerie à l'assurance, elle se contente d'affirmer que la Cour d'appel a déduit, par une appréciation souveraine, l'absence de l'un des éléments de l'escroquerie quand cette dernière proclame qu'« en l'absence de tout préjudice, l'un des éléments fait défaut »¹⁰⁰⁹. La solution a de quoi, *a priori*, surprendre tant les mêmes juges avaient pris l'habitude de se contenter de la présence de procédés frauduleux ayant déterminé la remise. Cependant, l'on doit minimiser, pour plusieurs raisons, la portée de cet arrêt. Tout d'abord, d'un point de vue formel, l'arrêt n'est qu'un arrêt de rejet qui ne permet pas aux juges de la Chambre criminelle d'exposer eux-mêmes directement leur position. Ensuite, la Cour d'appel n'était saisie que par la partie civile à défaut d'appel par le parquet. Certains considéreront donc l'accent mis sur la condition du préjudice comme nécessairement en lien avec l'optique de réparation choisie par cette espèce. Enfin, il faut relever que quelques mois plus tard¹⁰¹⁰, la Cour de cassation renouait avec sa position classique en reprenant au mot près la formule jusqu'alors constante¹⁰¹¹. Toutefois, en 1994, la Cour de cassation énonce « que la remise par l'administration d'un titre de séjour, fût-ce à la suite de manœuvres frauduleuses,

¹⁰⁰⁷ Cass. crim., 16 avril 1980, Bull. crim., n° 107 ; 20 juin 1983, *ibid.*, n° 189 ; 15 juin 1992, *ibid.*, n° 234, D. 1993, somm. p. 15, RSC 1993, p. 783, obs. P. Bouzat.

¹⁰⁰⁸ En ce sens, J. Leauté, *Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial*, in *Hommage à L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 243, spéc. p. 249 selon lequel la condition du préjudice « n'est plus qu'un cadre pouvant rester vide sans empêcher l'action publique d'aboutir à la condamnation » ; Y. Mayaud, *Le mensonge en droit pénal*, préc., n° 429 ; Y. Mayaud, *La résistance du droit pénal au préjudice*, préc., p. 714 : « Parvenu à ce point, le préjudice est privé de toute particularité. Il est une condition toujours réalisée, dès lors qu'est reconnu par ailleurs l'existence de manœuvres frauduleuses » ; R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 785.

¹⁰⁰⁹ Cass. crim., 3 avr. 1991, Bull. crim., n° 155, D. 1992, p. 400, D. 1991, somm. p. 276.

¹⁰¹⁰ Cass. crim., 15 juin 1992, précité.

¹⁰¹¹ « Le préjudice, élément constitutif de l'escroquerie, est établi dès lors que la remise n'a pas été librement consentie ».

ne porte pas atteinte à la fortune d'autrui »¹⁰¹². Le juge pénal met alors clairement l'accent sur le défaut de la composante préjudicielle malgré le possible constat de procédés mensongers. Plusieurs interprétations sont alors possibles. L'on peut d'une part reconnaître que le préjudice, et le préjudice économique de surcroît, doit pouvoir être caractérisé indépendamment des autres éléments de l'infraction. L'on peut d'autre part préférer considérer qu'en l'espèce ce n'est pas le préjudice qui faisait défaut mais plus radicalement l'objet de la remise. En effet, certains auteurs soulignent l'impossibilité de caractériser ni la remise de fonds, de valeur ou d'un bien quelconque¹⁰¹³, ni celle d'un acte opérant obligation ou décharge¹⁰¹⁴. Une telle interprétation permet de faire dire à l'arrêt que l'élément manquant n'est pas le préjudice mais bien l'objet de la remise lui-même. Cette présentation force d'autant plus l'adhésion que la position jurisprudentielle relative à l'abus de confiance n'a, quant à elle, pas été modifiée. Le juge pénal continue de considérer que « l'existence d'un préjudice [...] se trouve incluse dans la constatation du détournement d'une chose visée par l'article 314-1 du Code pénal »¹⁰¹⁵. Rien dans les incriminations de chacun de ces délits ne permet une distorsion dans la conception de cette composante. Ainsi, si l'on accepte une telle interprétation de l'arrêt de 1994, force reste de constater que la caractérisation de la composante préjudicielle se trouve grandement facilitée.

250. Bilan. En définitive, le juge pénal a depuis longtemps choisi de s'engager sur la voie de la simplification des infractions prévoyant le préjudice dans leurs éléments constitutifs. Cette condition se trouve ainsi rendue tantôt seulement potentielle, tantôt de nature morale ou encore carrément incluse dans le fait délictueux. Une telle vision permet ainsi, entre autres avantages, de dépasser l'incompatibilité initialement relevée entre la nullité du contrat et l'exigence d'un préjudice.

¹⁰¹² Cass. crim., 26 oct. 1994, Bull. crim., n° 341, D. 1995. somm. 187, RSC 1995, p. 583, obs. R. Ottenhof.

¹⁰¹³ Si une remise matérielle du titre peut évidemment être constatée un titre de séjour n'est pas un bien objet de propriété seul à même de caractériser l'objet de la remise de l'escroquerie (R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 827 ; F. Julien-Laferrière, D. 1995, somm. p. 187, obs. sous Cass. crim., 26 oct. 1994).

¹⁰¹⁴ La formule réservant la notion d'obligation seulement aux « actes qui forment un lien de droit de nature à engager la victime » (Cass. crim., 12 nov. 1864, D. 1865, 5, p. 158 ; 25 oct. 1967, Bull. crim., n° 269), le titre de séjour constitutif d'un acte extrapatrimonial, ne saurait être qualifié de tel. V. en ce sens, R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 828.

¹⁰¹⁵ Cass. crim., 5 mars 1980, Bull. crim., n° 81, D. 1980, IR. p. 335 ; 26 mars 1994, Bull. crim., n° 340, RSC 1995, p. 582, obs. R. Ottenhof ; 3 déc. 2003, Bull. crim., n° 232, JCP 2004. IV. 1109.

251. Les bénéfices de la conception jurisprudentielle du préjudice. De manière générale, certains auteurs se réjouissent de voir peu à peu disparaître une composante jugée inadaptée au droit pénal¹⁰¹⁶. Plus spécifiquement, la souplesse avec laquelle la jurisprudence prend en compte cette composante permet de fournir la cohérence nécessaire entre chaque élément constitutif des infractions contractuelles. Seule une telle vision autorise une logique entre l'indifférence aux conditions de validité pour caractériser l'élément contractuel d'une part et la présence du préjudice dans l'infraction d'autre part.

252. Les sacrifices de la conception jurisprudentielle du préjudice. Toutefois, si l'harmonie semble se faire entre toutes les composantes infractionnelles grâce à la conception pour le moins compréhensive du préjudice, cela impose une vision renouvelée de l'optique des infractions concernées. Admettre un préjudice moral simplement potentiel ou carrément inhérent au fait délictueux impose de raisonner différemment sur le bien juridique protégé par ces infractions contractuelles en renonçant au principe de l'atteinte à la propriété telle que prévue par la classification du Code pénal.

253. Plan. Ainsi, accepter la minimisation du rôle du préjudice se révèle en parfaite adéquation avec la physionomie des autres éléments constitutifs des infractions contractuelles (A) mais suppose admis un renouveau dans la perception de la protection fournie par ces infractions (B).

A- L'adaptation de la composante préjudicielle au schéma infractionnel

254. Une mise en conformité nécessaire. La refonte de la composante préjudicielle, choisie par la jurisprudence, parfois sous l'impulsion du législateur, ne relève pas uniquement d'une opération de simplification de l'infraction. Autrement dit, les juges n'entendent pas, par une telle évolution, faciliter leur mission mais se laissent guider par la recherche d'une cohérence générale des infractions. Si d'un côté l'on accepte d'isoler une notion pénale de

¹⁰¹⁶ Y. Mayaud, *La résistance du droit pénal au préjudice*, préc., p.808 : « Autant le droit civil se construit sur le fondement du préjudice, en recoupant les intérêts privés qui en sont les enjeux, autant le droit pénal ne peut que s'en éloigner, pour répondre à un tout autre objet. L'intérêt général est ici en cause, ce qui rend la matière peu compatible avec le préjudice. Il est une antinomie philosophique entre le préjudice privé et le droit pénal, qui ne peut que situer le premier en retrait des besoins et des objectifs du second ».

contrat en rendant indifférentes les conditions relevant de l'existence juridique, il faut par là même en vérifier l'impact sur les autres éléments constitutifs. Or, seul l'assouplissement de la composante préjudicielle était apte à rendre acceptable la notion même d'élément contractuel. De manière plus générale, ce sont les contours du fait délictueux prévus par les infractions contractuelles concernées qui postulaient une telle évolution. Ainsi, l'évolution de la notion de préjudice permet de l'adapter tant à la physionomie de l'élément contractuel (1) qu'à celle du fait délictueux (2).

1) L'adaptation à la physionomie de l'élément contractuel

255. La conformité à la notion pénale de contrat. L'exigence d'un préjudice économique effectif empêche notamment les délits d'escroquerie et d'abus de faiblesse de pouvoir être consommés dès lors que le contrat servant d'élément contractuel n'est pas pleinement valable¹⁰¹⁷. Or, le juge pénal reconnaît, dans nombre d'arrêts, l'indifférence à la nullité du contrat pour caractériser l'élément contractuel. L'impasse était donc flagrante. Plutôt que de renoncer à la conception particulière de l'élément contractuel, le droit positif a choisi de s'engager dans la refonte de la composante préjudicielle. En préférant se contenter d'un préjudice simplement éventuel, la jurisprudence autorise l'infraction en cas de contrat nul. En effet, la nullité, non prononcée au moment de la commission du fait délictueux¹⁰¹⁸, n'empêche pas théoriquement l'exécution du contrat et par suite, la production de ses effets juridiques. Dès lors, à cet instant¹⁰¹⁹, le préjudice économique est potentiel¹⁰²⁰. Bien sûr, un préjudice moral peut, de même, facilement être identifié malgré la nullité du contrat : « il suffit que l'acte, quoique nul, ait pu dans les faits et compte tenu de telle ou telle circonstance, provoquer un inconvénient quelconque, matériel ou moral, pour la victime, pour que soit relevée l'existence d'un préjudice de fait [...] »¹⁰²¹. Encore plus simplement, la confusion du préjudice et du fait délictueux reconnu pour l'escroquerie et l'abus de confiance permet au juge de caractériser l'ensemble des éléments constitutifs alors même que le contrat présente une défaillance. La remise du consentement de la victime à un contrat suffit à constater la

¹⁰¹⁷ V. *supra*, n° 241 et s.

¹⁰¹⁸ Sur les effets du moment du prononcé de l'annulation, v. *supra*, n° 213 et s.

¹⁰¹⁹ Et puisque c'est à ce moment et seulement à celui-ci que les éléments constitutifs des infractions doivent être appréciés, v. notamment Ph. Conte, *Droit pénal général*, préc., n° 226 qui se réfère à l'article 122-1 du Code pénal qui vise la formule « au moment des faits ».

¹⁰²⁰ En ce sens, E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. III, préc., v. art. 406, n° 24 ; R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 795.

¹⁰²¹ Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 60.

composante préjudicielle. De la même manière, le détournement est permis et, par suite, le constat de l'élément préjudiciel, quoique le contrat à l'origine de la remise soit nul. L'évolution jurisprudentielle permet ainsi, sans difficulté, d'admettre la vision pénale du contrat et ce, sans avoir à se contenter de la tentative¹⁰²².

256. La consommation permise des infractions contractuelles. La physionomie de la composante préjudicielle, telle qu'élaborée par la jurisprudence, permet donc non seulement de sanctionner l'auteur du fait délictueux malgré la nullité du contrat, mais surtout au préalable de constater l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction. Le recours à la tentative n'est alors absolument pas nécessaire. Garçon propose, qu'à défaut du constat d'un préjudice de droit en cas de nullité de l'acte, la tentative, lorsqu'elle est incriminée, puisse être retenue pour sanctionner l'auteur qui a agi en ignorant que le contrat était nul¹⁰²³. Les arguments mis en place par l'auteur afin de maintenir la répression même en cas de nullité de l'acte apparaissent désormais dépassés par l'audace salvatrice de la jurisprudence.

257. La consommation nécessaire des infractions contractuelles. La possibilité offerte par la répression de la tentative se révèle en effet insuffisante, qui ne permettrait des sanctions que pour l'escroquerie et non pour le délit d'abus de faiblesse¹⁰²⁴. Ceci dit, là ne figure pas la principale critique que l'on peut adresser à la tentative. Il s'agirait effectivement de fournir une sorte de répression palliative en cas de contrat nul. Cela néglige inévitablement la généralité de la proposition de l'indifférence à la validité du contrat.

Le mouvement jurisprudentiel d'assouplissement de la composante préjudicielle permet en revanche d'appréhender, de manière générale, l'élément contractuel comme supposant uniquement les composantes de son identification. La solution n'est d'ailleurs pas salvatrice que du point de vue de l'élément contractuel mais s'impose aussi au vu de la physionomie des infractions concernées.

¹⁰²² Cette possibilité ne serait d'ailleurs envisageable qu'à l'égard de l'escroquerie, la tentative d'escroquerie étant prévue par l'article 313-3 du Code pénal. En revanche, le législateur n'autorise pas de tentative de détournement dans le cadre de l'abus de confiance, contrairement au détournement de gage (C. pén., art., 314-5 al. 2).

¹⁰²³ L'auteur développe cette explication au sujet de l'infraction de faux en écriture (*in Code pénal annoté*, préc., art. 145-147, n° 225 et s.) ainsi que de l'extorsion de titre ou de signature (*ibid.*, art. 400, n° 18.).

¹⁰²⁴ Le Professeur Conte souligne le caractère partiel et donc insuffisant de la proposition *in L'apparence en matière pénale*, préc., n° 64.

2) L'adaptation à la physionomie du schéma infractionnel

258. L'adaptation à l'ensemble des schémas infractionnels. Les infractions contractuelles qui visent le préjudice dans leurs éléments constitutifs ont toutes vu cette composante modifiée. Si cette évolution permet d'appréhender l'élément contractuel comme un contrat simplement identifiable, elle permet également de parvenir à une cohérence d'ensemble de tous les éléments de ces infractions. Que ce soit pour les infractions visant le stade de la remise par la victime ou celles qui exigent un détournement du bien remis, l'assouplissement de la composante préjudicielle s'impose.

259. L'adaptation à la remise. Le délit d'escroquerie suppose, entre autres comportements, que la victime « remette » son consentement à un acte opérant obligation. Or, il est désormais entendu que l'infraction se consomme par la simple remise du *negotium*. Par conséquent, il n'est en aucun cas exigé qu'un acte constatant l'accord –l'*instrumentum*– soit lui-même remis¹⁰²⁵. De la même manière, l'abus de faiblesse, tel qu'envisagé par le Code pénal, semble ne pas supposer la réalisation de la remise qui resterait donc simplement en vue¹⁰²⁶. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, comment peut-on exiger un préjudice économique effectif ? Ledit préjudice postule, rappelons-le, la réalisation des effets juridiques du contrat. Or, puisque l'escroquerie se consomme désormais¹⁰²⁷ par la simple remise du consentement, l'infraction choisit de se placer en amont de l'éventuelle exécution du contrat. En effet, « au moment de l'obtention du consentement, l'exécution de l'acte juridique en cause est future et donc, par nature, incertaine »¹⁰²⁸. Plus radicalement encore, l'abus de faiblesse, en refusant de soumettre la répression à la remise d'un engagement, se place encore plus avant de la réalisation de l'acte visé. En toute hypothèse, le schéma infractionnel de ces deux délits impose de rejeter la recherche d'un préjudice économique effectif. Au stade de la consommation de l'infraction, le préjudice économique peut être au mieux éventuel. Les diverses évolutions proposées par la jurisprudence se calquent ainsi parfaitement sur la physionomie choisie par le législateur.

¹⁰²⁵ V. *supra*, n° 118.

¹⁰²⁶ En ce sens, v. notamment, V. Malabat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 294 : « Il faut noter que cette infraction est une infraction formelle qui n'exige donc pas que l'acte ou l'abstention gravement préjudiciables ait été consentis ou réalisés ».

¹⁰²⁷ Sous l'empire de l'ancien Code pénal, l'escroquerie supposait que la tromperie entraîne la remise d'un titre.

¹⁰²⁸ R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 742.

260. L'adaptation au détournement. Le délit d'abus de confiance, quant à lui, suppose pour être consommé, le détournement de l'objet de la remise. Or, au moment de la commission de ce détournement, peut-on toujours constater un préjudice économique né et actuel ? Il est permis d'en douter. Une espèce soumise à la Cour de cassation permettra de le démontrer¹⁰²⁹. Un salarié d'une laiterie fut condamné pour abus de confiance pour avoir ajouté de l'eau au lait vendu et récupérer l'excédent des sommes recouvrées par les briques de lait supplémentaires. La Cour de cassation considère, à juste titre, que les agissements du salarié « exposaient la laiterie à perdre la confiance de sa clientèle ». Comme le signifient les juges, avec l'emploi du terme d'exposition, seul un préjudice éventuel pouvait ici être relevé. En effet, au moment du détournement, aucune perte financière ne pouvait être établie. Plus généralement, le détournement suppose uniquement une méconnaissance volontaire des obligations grevant la remise¹⁰³⁰. Or, si le bien remis puis détourné est dénué de toute valeur pécuniaire et que seule son utilisation peut éventuellement permettre d'atteindre le patrimoine de son propriétaire, le détournement n'engendrera pas systématiquement de préjudice économique. Ainsi, la physionomie même du détournement postule la minimisation du rôle du préjudice¹⁰³¹. La jurisprudence, forte de ces considérations, opta donc pour la modification de la physionomie de la composante préjudicielle afin de l'adapter au schéma de l'abus de confiance.

261. La conséquence des figures imposées. La modification des contours de la composante préjudicielle s'impose au vu de la physionomie des infractions concernées et de la volonté assumée d'ignorer les conditions de validité de l'élément contractuel. Toutefois, l'évolution de la vision du schéma infractionnel n'est pas sans conséquence. Reconnaître que le préjudice initialement économique et effectif puisse n'être que moral, éventuel ou

¹⁰²⁹ Cass. crim., 6 avr. 1882, Bull. crim., n° 92.

¹⁰³⁰ V. *infra*, n° 355.

¹⁰³¹ R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 613 et s. L'auteur ajoute à ce constat l'opportunité de réduire au maximum la composante préjudicielle au vu de l'élément moral de l'abus de confiance (V. *ibid.*, n° 659 et s.). En effet, Conformément à l'article 121-3 du Code pénal l'abus de confiance est un délit intentionnel. Par suite, l'auteur du fait délictueux doit agir volontairement et en toute connaissance de cause. Si l'on admet que l'infraction exige la réalisation d'un préjudice économique effectif, cela implique que l'auteur du détournement ait conscience que son acte causera un tel préjudice. Or, il est des cas dans lesquels ce constat est rendu impossible alors même que l'infraction est reconnue par la jurisprudence. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'auteur prend le risque de ne pas pouvoir restituer le bien tout en espérant que cela ne se produira pas. En ce cas, la jurisprudence semble se contenter d'un dol éventuel à l'égard de la composante préjudicielle (V. notamment Cass. crim., 3 juillet 1997, Bull. crim., n° 265, Dr. pén. 1998, comm. 15, note M. Véron). D'une infraction intentionnelle, la condition préjudicielle fait de l'abus de confiance une infraction d'imprudence consciente. En se contentant d'un préjudice éventuel et plus radicalement d'un préjudice inhérent au fait même du détournement, l'infraction recouvre sa nature intentionnelle souhaitée par le législateur. L'harmonie générale de l'abus de confiance suppose ainsi le sacrifice de la composante préjudicielle.

carrément inexistant implique des retombées sur le bien juridique protégé. C'est ainsi la physionomie toute entière de ces infractions qui se trouve modifiée.

B- L'adaptation de la physionomie infractionnelle

262. Le rejet de la vision classique de l'atteinte au patrimoine. Que ce soit pour se mettre en conformité avec la conception pénale de l'élément contractuel ou pour s'adapter à la physionomie des autres éléments constitutifs, le juge pénal, en choisissant d'assouplir la composante préjudicielle, impose une vision renouvelée des valeurs protégées par les infractions concernées. Ne pas exiger le constat d'un préjudice économique effectif suppose, en effet, de renoncer à la vision patrimoniale de ces infractions telle qu'initialement défendue¹⁰³². L'on doit dès lors déterminer à quel bien juridique le droit pénal propose de fournir sa sanction. Plusieurs propositions s'offrent à cette analyse qui supposent toutes deux acquise l'idée qu'aucune atteinte au patrimoine tel que classiquement perçu se révèle suffisante : l'atteinte au patrimoine juridique (1) et l'atteinte à la confiance (2).

1) L'atteinte au patrimoine juridique

263. La proposition. Afin de remédier à l'inadaptation de la vision classique du patrimoine, l'on a proposé de distinguer, à l'instar du système allemand, deux types de patrimoine¹⁰³³ : figure en parallèle du patrimoine économique, un patrimoine dit juridique. Ce dernier apparaît atteint dès lors que le seul droit de propriété l'est lui-même. Autrement dit, le patrimoine juridique est atteint si l'on touche au droit de propriété et ce, indépendamment du point de savoir si le patrimoine subit un appauvrissement en valeur. Ratifiant la distinction entre dommage et préjudice¹⁰³⁴ actualisée en droit de la responsabilité civile¹⁰³⁵, la proposition permet de reconnaître que le droit pénal doit se focaliser sur le seul dommage caractérisé par l'atteinte au patrimoine juridique. Le patrimoine économique, touché uniquement par le préjudice de la même nature, doit rester indifférent dans la caractérisation des infractions afin

¹⁰³² V. notamment, R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. IV, préc., n° 2357.

¹⁰³³ R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 602 et s., 658, 833 et s.

¹⁰³⁴ Sur laquelle v. R. Ollard, *La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal*, RSC 2010, p. 561 et s.

¹⁰³⁵ V. C. Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008, Coll. « Nouvelle bibl. thèses ».

d'orienter le droit pénal dans un sens qui est le sien¹⁰³⁶. Une telle conception permet ainsi de maintenir l'aspect patrimonial des infractions contractuelles concernées par la composante préjudicielle, sans exiger le constat d'un préjudice économique effectif.

264. La portée de la proposition. Si la valeur protégée peut demeurer le patrimoine dans son acception juridique, cela implique que l'abus de confiance puisse rester une infraction patrimoniale malgré les modifications apportées à son schéma infractionnel. Les défenseurs de cette conception considèrent, en effet, que « même indifférente à la réalisation d'un préjudice pécuniaire, la consommation de l'abus de confiance n'en suppose pas moins une atteinte effective au droit de propriété –matérialisée par le détournement d'un bien remis à titre précaire– et, par suite, une atteinte au patrimoine de la victime »¹⁰³⁷. Le même constat peut être opéré au sujet de l'escroquerie. Alors que la jurisprudence dissipe les exigences relatives à la composante préjudicielle, l'atteinte au patrimoine juridique demeure possible. Dans son versant contractuel, l'infraction se borne à exiger la remise d'un acte opérant obligation. Or, il est vrai que la jurisprudence perçoit ce terme dans un sens juridique¹⁰³⁸ ce qui semble imposer une optique patrimoniale. Ainsi, même si l'infraction se focalise sur la période de formation du contrat, « les actes juridiques postulent toujours une potentialité d'atteinte au patrimoine de la victime, à travers les effets abstraits, de nature exclusivement patrimoniale, qu'ils sont susceptibles de produire »¹⁰³⁹. La proposition permet ainsi de maintenir l'orientation patrimoniale des infractions concernées malgré la modification de la composante préjudicielle. Si cette idée est séduisante, la présentation de la valeur protégée semble toutefois pouvoir recevoir un éclairage plus adéquat en présence d'une infraction contractuelle.

265. L'inadéquation potentielle de la proposition. Tout d'abord, s'agissant de l'abus de confiance, la proposition repose sur l'idée que le détournement pénalement punissable postule une atteinte au droit de propriété. Or, l'infraction, telle que rédigée à l'article 314-1 du Code pénal, permet de raisonner différemment. La référence désormais uniquement faite aux charges grevant la remise, invite en effet à dépasser l'association de l'abus de confiance à la protection de la propriété¹⁰⁴⁰. En conséquence, rien ne semble permettre d'exclure, par

¹⁰³⁶ En ce sens, Y. Mayaud, *La résistance du droit pénal au préjudice*, préc., p.808.

¹⁰³⁷ R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 658.

¹⁰³⁸ V. *supra*, n° 97.

¹⁰³⁹ *Ibidem.* –Adde, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, préc., n° 163.

¹⁰⁴⁰ Pour une mise à l'épreuve de cette affirmation, v. *infra*, n° 388.

principe, les remises effectuées par un propriétaire dès lors qu'elles revêtent l'une des contraintes indiquées. En ce cas, bien sûr, aucune atteinte au droit de propriété ne pourra être identifiée.

Ensuite, s'il paraît indéniable que le délit d'escroquerie, envisagé de son point de vue contractuel, impose une vision patrimoniale, il faut reconnaître que l'atteinte au patrimoine ne peut être exigée et ce, même en raisonnant sur le patrimoine juridique. En effet, l'une des particularités de cette infraction est de permettre, dans bien des cas, la caractérisation simultanée d'un vice du consentement¹⁰⁴¹. La nullité du contrat augurée par l'infraction elle-même implique alors l'indifférence aux effets juridiques du contrat¹⁰⁴². De plus, et même si l'on adhère à l'idée que le terme « obligation » implique une référence patrimoniale, l'infraction se consomme par la remise du consentement, quelles que soient ses suites. Ainsi, de manière générale, l'escroquerie focalise l'attention du juge pénal sur le consentement de la victime. L'aspect patrimonial ne peut alors intervenir qu'en arrière plan. Techniquement, admettre que la valeur protégée par l'escroquerie est le patrimoine juridique rend cette infraction formelle. Si ceci ne semble pas inconcevable, il est tout de même possible de concéder qu'une autre valeur est en revanche systématiquement atteinte par la remise du consentement, celle de la confiance. En effet, et même si le contrat est nul et inexécuté, la victime aura remis son consentement après s'être fait tromper. A cela s'ajoute le fait que l'infraction d'abus de faiblesse, qui pourtant fait l'objet du même processus de « dépréjudiciarisation », ne peut être perçue comme une infraction protégeant le patrimoine juridique. En effet, d'une part, l'incrimination n'est pas restreinte à une catégorie d'actes. D'autre part, l'infraction ne suppose même pas la remise du consentement de la victime mais simplement l'acte d'abus. Une étape supplémentaire est alors franchie dans l'éloignement de l'aspect patrimonial de ces infractions et se dessine alors un point commun parmi elles, celui de se focaliser sur le consentement de la victime. Il paraît dès lors envisageable de rechercher la valeur protégée par ces infractions dans ce sens. Pour cela, il convient d'adhérer à l'idée que la confiance est digne de représenter une valeur protégée par le droit pénal¹⁰⁴³.

¹⁰⁴¹ V. A. Valoteau, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préc.

¹⁰⁴² En ce sens, v. J. Leauté, *Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial*, préc., p. 243 et s., spéc., p. 246.

¹⁰⁴³ Le lien entre le contrat et la confiance n'est pas ignorée du droit étranger. En effet, le droit anglais notamment, dans sa conception moderne du contrat est dominé non plus par des considérations économiques mais par l'idée de confiance (reliance). V. D. Harris, D. Tallon, *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987 ; H. Muir-Watt, *Reliance et définition du contrat*, Mélanges Jeantin, 1999, p. 57 et s. V. sur l'étude de la portée de la confiance sur le schéma des infractions coïncidant avec une inexécution contractuelle, *infra*, n° 388.

2) L'atteinte à la confiance

266. La confiance dans l'abus de confiance. Conformément à l'appellation de cette infraction, il est possible de considérer que le législateur entend, par cette incrimination, protéger la confiance. Plusieurs arguments militent en ce sens au-delà de son nom.

D'une part, historiquement, ce délit supposait une remise effectuée en vertu d'un contrat mentionné. Or, était relevé, à cette époque déjà, que la caractéristique commune des contrats listés résidait dans la confiance existant entre le remettant et celui à qui la chose était confiée : « Les divers titres de remise énumérés par l'article 408 impliquent tous [...] qu'une confiance existe entre le remettant et celui à qui il confie la chose : c'est de cette relation que le délit tire sa dénomination »¹⁰⁴⁴. Une telle vision ne peut avoir changé avec la reformulation du délit¹⁰⁴⁵. La suppression de ladite liste laisse en effet place à l'exigence d'une remise précaire acceptée. L'accent est mis sur l'accord entre les parties et suppose ainsi nécessairement un cadre de confiance entre le remettant et l'acceptant : remettre une chose mobilière à titre précaire suppose de se confier à la loyauté du détenteur¹⁰⁴⁶.

D'autre part, l'indifférence à la nullité du contrat incite à penser que n'est pas directement et premièrement en jeu le patrimoine de la victime du détournement mais bien une valeur extra-juridique. Si la loi pénale veut protéger la confiance accordée par les participants, cette confiance, « il faut le reconnaître, est la même que le contrat soit valable ou nul »¹⁰⁴⁷. Ainsi, proclamer l'indifférence du droit pénal à l'irrégularité du contrat suppose de détacher l'infraction d'une vision patrimoniale¹⁰⁴⁸.

Enfin, l'idée de protéger la confiance s'adapte parfaitement à l'évolution constatée au sujet du préjudice. Si c'est la confiance que le législateur entend en premier lieu protéger, à quoi cela

¹⁰⁴⁴ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, par A. Vitu, préc., n° 2378. — Adde : Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 63 : « L'abus de confiance consiste à tromper, à l'occasion de l'un de ces contrats, la confiance de l'auteur de la remise de la chose : c'est du détournement que procède le préjudice, non de l'inexécution en tant que telle, du contrat » ; R. Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, préc., p. 641, n° 2320 : « sept cas ou titres de remise impliquant confiance et pouvant donner lieu à un abus » ; F. Lemaire, *Du détournement et de la dissipation frauduleux dans l'abus de confiance*, th. Paris, 1913, p. 81 : « la remise [...] au titre de l'un des contrats de l'article 408 du Code pénal implique une confiance particulière, à laquelle le débiteur ou détenteur doit, au regard de la loi pénale, strictement faire honneur. » ; G. Quero, *Contrats et abus de confiance*, Cujas, 1961, qui emploie l'expression de « conventions fiduciaires » pour viser les contrats listés par le texte d'incrimination.

¹⁰⁴⁵ En ce sens, Y. Muller, *La protection pénale de la relation de confiance. Observations sur le délit d'abus de confiance*, RSC 2006 p. 809, spéc., n° 4 p. 812.

¹⁰⁴⁶ M. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, t. XIV, Paris 1845, p. 60, n° 65.

¹⁰⁴⁷ J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, préc., p. 164.

¹⁰⁴⁸ En ce sens, Y. Muller, *La protection pénale de la relation de confiance. Observations sur le délit d'abus de confiance*, préc., p. 814, n° 4.

sert-il d'exiger un appauvrissement du patrimoine de la victime ? La suppression de l'exigence d'un préjudice se révèle ainsi conforme à cette vision de l'infraction. Un même type de raisonnement conduit à une conclusion identique au sujet des infractions se plaçant en amont de la phase d'inexécution de l'élément contractuel.

267. La confiance dans les infractions de formation contractuelle. La modification de la physionomie de la composante préjudicielle fait dire à une doctrine quasi unanime qu'en matière d'escroquerie, la liberté du consentement est seule protégée¹⁰⁴⁹. Il est vrai que reconnaître comme suffisante la remise du *negotium* met l'accent uniquement sur le consentement de la victime indépendamment de ses suites. L'abus de faiblesse, tel qu'incriminé par le Code pénal, propose une approche encore plus évidente de l'indifférence à l'aspect patrimonial de la remise¹⁰⁵⁰. L'on perçoit ainsi, à l'instar de l'abus de confiance, une véritable évolution dans la physionomie des infractions. La métamorphose de la composante préjudicielle provoque indéniablement un changement d'optique des infractions concernées. Si l'on recherche une conception générale applicable à ces infractions, il semble que l'idée de confiance puisse fournir à nouveau une explication rationnelle. L'évolution des délits d'escroquerie et d'abus de faiblesse conduit en effet à admettre que la focalisation sur le consentement de la victime reflète, d'une manière plus générale, la volonté de protéger désormais la société contre des atteintes à la confiance des individus¹⁰⁵¹. Il ne faut toutefois pas oublier qu'en matière d'escroquerie, seule la remise d'un consentement à une obligation peut être sanctionnée. L'aspect patrimonial de l'infraction ne doit en aucun cas être totalement supprimé. Cependant, l'infraction propose en premier lieu d'assurer la protection de la victime abusée.

Il paraît dès lors possible de percevoir une certaine logique entre les deux infractions. En cas de particulière vulnérabilité de la victime, le législateur prévoit une sanction pénale pour protéger la confiance de ces personnes sans préciser d'actes particuliers, là où une victime normalement diligente ne peut bénéficier de la protection pénale que pour un type d'acte

¹⁰⁴⁹ Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 573 ; M.-L. Lanthiez, *Du préjudice dans quelques infractions contre les biens*, préc., p. 468 ; J. Leauté, *Les frontières du droit des contrats et du droit de propriété en droit pénal*, préc., p. 249 ; R. Ottenhof, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, LGDJ, 1970, n° 44 et s. ; X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, préc., p. 80 ; A. Valoteau, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préc., n° 305.

¹⁰⁵⁰ V. *supra*, n° 118.

¹⁰⁵¹ En ce sens, Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 573.

supposant la remise d'une confiance importante¹⁰⁵². La responsabilité pénale de l'auteur d'un abus se trouve ainsi dépendante du degré de confiance impliqué par la remise¹⁰⁵³.

268. Bilan. L'évolution remarquée de la composante préjudicielle conjuguée à la particularité de l'élément contractuel entraîne inévitablement un changement de cap des infractions contractuelles. Ces dernières semblent, en effet, s'éloigner inexorablement des atteintes patrimoniales initialement sanctionnées. Que l'on adhère à l'idée d'une protection du patrimoine juridique ou plus radicalement, à celle d'une protection de la confiance, la condition du préjudice semble avoir vécue. Le droit pénal, en minimisant une condition indispensable à la responsabilité civile marque finalement non pas son autonomie¹⁰⁵⁴ mais son identité. Cette même attitude transparait également de la conception de l'élément contractuel.

¹⁰⁵² Une telle vision de ces infractions implique dès lors de s'interroger sur leur place dans le Code pénal. D'aucuns considèrent que le déplacement de l'incrimination d'abus de faiblesse dans la partie relative aux infractions contre les personnes par la loi du 12 juin 2001 n'est que la première étape du processus. V. M.-L. Lanthiez, *Du préjudice dans quelques infractions contre les biens*, préc., p. 468. L'on constaterait dès lors une continuité dans la modification des valeurs protégées, initiée par le Code pénal de 1992. Sur ce point, v. P. Lascoumes, P. Poncela, *Réformer le code pénal : où est passé l'architecte ?*, PUF, 1998, p. 287.

¹⁰⁵³ Une telle logique semble faire écho à l'idée développée par Lévy. Cet auteur défend en effet une conception particulière selon laquelle le contrat est un fait social dont la sanction juridique dépend de la confiance qu'il crée. V. *Responsabilité et contrat*, Rev. crit. 1899, p. 361 et s.

¹⁰⁵⁴ Le terme paraît trop galvaudé par des utilisations presque péjoratives. Le droit pénal peut faire preuve d'autonomie sans qu'une idée de conflit avec le droit civil ne soit sous-jacent.

Conclusion du premier chapitre

269. Les contours de l'indifférence pénale à l'irrégularité du contrat. Le point de discordance le plus remarqué entre les visions civile et pénale du contrat réside dans l'ignorance du droit pénal à l'égard des conditions de régularité exigées par le droit contractuel. L'indifférence assumée de la jurisprudence, quel que soit le type d'infraction contractuelle, à l'irrégularité du contrat s'inscrit naturellement dans la distinction fonctionnelle des conditions liées à la formation du contrat. Cependant, pour être acceptée, l'exclusion des règles relatives à la régularité du contrat supposait d'être mise à l'épreuve tant de l'élément contractuel lui-même que de la composante préjudicielle exigée par certaines infractions contractuelles.

A l'égard de l'élément contractuel, d'abord, l'affirmation de l'indifférence à l'irrégularité du contrat en droit pénal ne peut être acceptée que si elle n'interfère pas avec son identification. Autrement dit, que l'irrégularité du contrat soit ou non constatée par une décision judiciaire, l'indifférence à son égard s'arrête là où ce constat emporte la disparition de l'existence du contrat ou l'impossibilité de sa qualification. Ainsi, l'ignorance de ces règles relatives à l'efficacité du contrat doit s'imposer mais à condition de ne pas compromettre son identification.

Ensuite, l'acceptation d'une telle proposition nécessite sa conformité avec les autres éléments constitutifs des infractions contractuelles. Or, le texte d'incrimination de certaines d'entre elles vise l'exigence d'un préjudice. La pertinence de la conception pénale du contrat se trouve dès lors dépendante de la compatibilité de l'indifférence à l'irrégularité du contrat avec le constat du préjudice exigé. Initialement compliqué, ce binôme fonctionne désormais sans difficulté depuis que la jurisprudence se contente d'un préjudice moral, éventuel voire virtuel. Raisonnable, cette conception du préjudice en droit pénal permet donc à la notion pénale de contrat de pleinement satisfaire les conditions de l'infraction contractuelle.

Ainsi, la distinction fonctionnelle des conditions liées à la formation du contrat autorise une présentation rationnelle du contrat en droit pénal, jusqu'alors conforme au droit positif. Seule à même d'appréhender la notion pénale de contrat, cette distinction doit alors

être pérennisée au sujet de la preuve du contrat, en rejetant de la matière pénale les règles probatoires contractuelles.

Chapitre II - L'indifférence pénale aux règles de preuve du contrat

270. L'objet de la preuve. Une infraction contractuelle présente la particularité de faire coexister des composantes pénales classiques avec la référence à un contrat. L'originalité de ce dernier réside bien sûr dans le constat de son appartenance traditionnelle à la matière civile. Malgré cette originalité, le contrat n'en demeure pas moins assujéti à la preuve de son existence afin de constater l'infraction. Toute la difficulté se noue alors autour de la question du régime probatoire applicable. Si le choix d'une conception particulière n'influe pas de manière significative sur la charge de la preuve, ce sont les principes applicables aux modes de preuve qui peuvent nettement varier.

271. La charge de la preuve. En principe de nature très différente, les procès civil et pénal¹⁰⁵⁵ imposent théoriquement le choix d'une organisation particulière de la charge de la preuve. Pour autant, les règles applicables en matière civile aboutissent concrètement à des solutions comparables à celles en vigueur devant le juge pénal. En effet, et même si les raisons qui animent cette directive diffèrent¹⁰⁵⁶, la preuve incombe par principe au demandeur¹⁰⁵⁷. Déterminer comment le droit pénal doit prendre en compte le contrat visé par une infraction ne peut dès lors se répercuter sur la question de la charge de la preuve. Toute autre est la situation lorsque l'on cherche à identifier le régime probatoire applicable.

272. Les modes de preuve. La particularité de l'objet de la preuve pose évidemment la question du régime qui lui est applicable. L'origine extra-pénale de l'élément contractuel pourrait exhorter l'application des principes probatoires civils tandis que l'appartenance de ce

¹⁰⁵⁵ V. pour une analyse récente de leur rapport, E. Vergès, *Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables*, D. 2007, p. 1441.

¹⁰⁵⁶ Si les parties sont considérées par principe comme sur un pied d'égalité dans le procès civil, le ministère public dispose de plus de moyens que le prévenu. V. S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, 7^{ème} éd., LexisNexis, 2011, n° 484.

¹⁰⁵⁷ *Actori incumbit probatio*. L'on complète cet adage par celui selon lequel en excipant, le défendeur devient demandeur (*reus in excipiendo fit actor*). V. H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, préc., p. 17 et 829. V. plus précisément à propos de la charge de la preuve d'une obligation en matière civile : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 3-Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd., Sirey, 2011, n° 7 et s.

dernier à une infraction militerait plutôt en faveur du régime pénal. Or, règles civiles contractuelles et règles pénales n'aboutissent pas aux mêmes directives. La recherche d'une conception uniforme du contrat en droit pénal, conforme au rôle répressif de ce dernier, impose la démarche à suivre : l'élément contractuel suppose seuls constatés les éléments de son identification. Or, la preuve du contrat, à l'instar de sa validité ou de son opposabilité, dépasse le seuil de son identification pour appartenir aux conditions de son efficacité. Dès lors, le régime contractuel doit être exclu au profit de l'application des règles propres à l'infraction. L'élément contractuel, comme tout autre élément constitutif, devrait être prouvé mais seulement selon les directives pénales.

Cependant, la jurisprudence marque, en la matière, un point d'arrêt à la conception pénale uniforme du contrat en affirmant, dans certains cas, le nécessaire recours à la réglementation contractuelle. Les failles du système retenu, ainsi que l'inadéquation de ce dernier à la notion pénale de contrat, suffisent à militer pour son rejet. Le seul régime applicable doit être celui des autres éléments constitutifs.

L'inadéquation intrinsèque du système retenu, ainsi que son incohérence à l'égard des directives politique et technique invitant la conception pénale de contrat impose ainsi la modification (Section 2) de la solution traditionnellement proposée (Section 1).

Section 1 : L'analyse classique de la preuve de l'élément contractuel

273. Le choix d'un système duel. Face à l'absence de précision légale expresse sur le régime de la preuve du contrat visé par une infraction, la jurisprudence a dû trancher entre les différentes propositions en présence. Concrètement, les juges disposaient *a priori* d'une seule alternative reposant sur la nature de la composante à prouver. D'une part, ils pouvaient choisir de retenir l'origine civile de l'élément contractuel et faire ainsi prévaloir le système de preuve s'y rattachant. Le juge pouvait, d'autre part, préférer insister sur le siège pénal de cet élément : le contrat figure parmi les éléments constitutifs d'une infraction, il doit dès lors être soumis au régime de preuve applicable à ces derniers. La Chambre criminelle n'a pas véritablement tranché puisqu'elle propose, depuis des décennies, un mécanisme duel de preuve mettant en scène tantôt les règles civiles tantôt les règles pénales. La mixité de la solution retenue par la jurisprudence tend alors nécessairement le flanc à la critique des

défenseurs de chacun des régimes. Toutefois, le mécanisme mis en œuvre présente une certaine logique qu'il convient de présenter (§1) avant d'en apprécier la valeur (§2).

§1 : Présentation du système de preuve classique de l'élément contractuel

274. Un système consensuel. En choisissant de retenir une application distributive des règles civiles et pénales, la Chambre criminelle a opté pour la mixité. La solution retenue propose de raisonner selon une classification des infractions reposant sur la place différenciée du contrat au sein de chacune d'elles. Un véritable système probatoire est alors élaboré. Une fois les directives données, le juge pénal n'a jamais marqué aucune hésitation dans l'application du mécanisme choisi, et ce, avec l'aval d'une partie importante de la doctrine. C'est, en effet, après avoir rappelé, avec une précision exemplaire, l'énoncé de la règle que les juges concluent tantôt à l'application du système civil, tantôt à celle du système pénal. Ainsi, le mécanisme mis en place (A) fait l'objet depuis sa création d'une mise en œuvre constante (B).

A- Le mécanisme prescrit

275. Un mécanisme à deux temps. Répondre à la question de la preuve de l'élément contractuel d'une infraction suppose une prise de position quant à la place de ce dernier au sein des infractions contractuelles. Cela revient, en effet, à l'instar de la question de la nullité du contrat, à déterminer quels rapports doivent entretenir le droit pénal et la matière civile. Le système unanimement appliqué par la jurisprudence propose une solution nuancée. La nature des règles applicables dépend de la place du contrat dans l'infraction concernée. Les juges doivent d'abord analyser le rôle de l'élément contractuel afin de pouvoir ensuite faire application de la réglementation correspondante. Ainsi, seuls les fondements du mécanisme (1) permettent d'en comprendre véritablement les implications (2).

1) Les fondements du mécanisme

276. La source du mécanisme. Si le fondement de l'ensemble du mécanisme émane de la Chambre criminelle, ce dernier n'est pas le fruit de sa jurisprudence. Les règles ont en effet été posées par une note du président Barris votée à l'unanimité par la Cour de cassation le 5 novembre 1813¹⁰⁵⁸. Statuant sur « la compétence des tribunaux criminels, correctionnels et de police », la note énonce minutieusement la façon dont le juge pénal devra désormais résoudre les difficultés probatoires liées à la présence d'un contrat dans l'infraction. Les règles sont ainsi énoncées, qui reposent sur une distinction technique.

277. Les fondements techniques du mécanisme. Plutôt que de choisir entre le système probatoire pénal et celui civil, la note Barris retient comme critère d'application une distinction selon la place du contrat dans l'infraction. Pour cela, la note propose de raisonner à partir de deux exemples d'infractions contractuelles : l'abus de confiance et l'usure. Les schémas infractionnels de ces délits sont considérés comme différents au vu du rôle joué par l'élément contractuel. Au sujet de l'abus de confiance, la note affirme que « le délit n'est pas dans le contrat dont la violation est l'objet de la poursuite ; il n'est que dans cette violation [...] ». L'élément contractuel n'est qu'une première étape dans la constitution de l'infraction. En revanche, « relativement au délit d'habitude d'usure, il ne porte pas sur des faits extrinsèques à des contrats, il ne suppose pas, comme le délit de violation de dépôt, la préexistence d'une convention ; il se forme dans les actes mêmes du prêt ; il est inséparable du prêt et se confond avec lui [...] ». Ainsi, le critère distinctif proposé par ce système repose sur une analyse des rapports entre le fait délictueux et l'élément contractuel : soit l'élément contractuel correspond au fait délictueux commis par l'auteur de l'infraction, soit l'élément contractuel peut être dissocié de ce fait délictueux. Les infractions envisagées sont significatives. L'usure se consomme par la formation du contrat de prêt alors que l'abus de confiance suppose, en plus de la formation du contrat à l'origine de la remise, une violation des dispositions de ce dernier¹⁰⁵⁹. De ce critère distinctif découle le régime probatoire applicable à l'élément contractuel de l'infraction concernée.

¹⁰⁵⁸ Cette note fait l'objet d'une retranscription par J. Mangin in *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, par A. Sorel. T. I, Larose, 1876, p. 385 et s.

¹⁰⁵⁹ A l'époque de l'édition de la note, la recherche du cadre contractuel était imposée par le texte d'incrimination.

2) Les implications du mécanisme

278. Une application distributive des règles applicables. La note servant de guide à la jurisprudence impose d'appliquer tantôt les règles civiles, tantôt les règles pénales et ce, en fonction du critère préalablement mis en place. Lorsque le fait délictueux se distingue de l'élément contractuel, les seules règles civiles sont applicables. Ce document ne laisse planer aucun doute sur une telle solution lorsqu'elle affirme au sujet de l'abus de confiance que « le contrat qui n'est qu'un acte civil, ne peut être prouvé, lorsqu'il est dénié, que d'après les règles communes à tous les contrats ». Le raisonnement est radicalement différent au sujet du délit d'usure, l'élément contractuel n'étant pas détachable du fait délictueux lui-même. Dès lors « tout délit étant susceptible de toute espèce de preuve, il n'y a pas de doute que les stipulations d'intérêts usuraires dont peut se composer le délit d'habitude d'usure doivent être soumises à la preuve testimoniale, quoiqu'elles se rattachent à des contrats civils ». Ainsi, le juge pénal peut appliquer les règles qu'il utilise pour l'ensemble des autres éléments constitutifs de l'infraction lorsque le fait délictueux réside dans la conclusion d'un contrat. En revanche, il devra se conformer aux réglementations civile ou commerciale dès lors que l'élément contractuel n'est qu'un préalable à la caractérisation du délit.

279. Une application indolore des règles commerciales. Lorsque le contrat contesté est de nature commerciale, le juge pénal doit théoriquement appliquer les règles édictées en la matière. Aucune difficulté ne peut se nouer en pareille hypothèse puisque, contrairement au droit civil, le droit commercial consacre le principe de la liberté de la preuve¹⁰⁶⁰. Les contrats pouvant être prouvés par tous moyens¹⁰⁶¹, même l'acte écrit se trouve privé de toute force probante particulière, laissant le juge à sa propre conviction¹⁰⁶². Les juridictions criminelles n'auront dès lors pas à adapter le régime habituellement applicable aux autres éléments constitutifs. Toute autre est la situation lorsque le contrat détachable du fait délictueux est de nature civile.

¹⁰⁶⁰ C. com., art. L.110-3 : « A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ». Bien que le texte ne vise que les actes de commerce, la jurisprudence a affirmé que la liberté de la preuve s'applique à toute la matière commerciale (Cass. req., 13 déc. 1935, DH. 1936. 66). Ce principe de liberté est traditionnellement justifié par les besoins de rapidité et de souplesse caractéristiques de l'activité commerciale.

¹⁰⁶¹ V. L. Grynbaum, *Preuve, Rép. com. Dalloz*, 2002 ; D. Houtcieff, *Droit commercial : Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, instruments de paiement et de crédit*, 2^{ème} éd., Sirey, 2008, n° 268 et s.

¹⁰⁶² V. pour des illustrations de cette liberté de la preuve : Cass. com. 23 mai 1970, Bull. civ. IV, n° 168 ; Cass. civ. 1. 23 mai 1977, Bull. civ. I, n° 246 ; 21 avr. 1982, Bull. civ. I, n° 143 ; Cass. com. 21 juin 1994, Bull. civ. IV, n° 232, D. 1994, IR. p. 216.

280. Une application imposée des règles civiles. Les directives de la note sont très claires : « pour juger que le contrat dénié a existé, comme pour juger qu'il y a commencement de preuve par écrit, et qu'ainsi la preuve testimoniale est admissible, les tribunaux correctionnels sont assujettis aux règles fixées par les articles 1341 et 1347 du Code civil ». Le premier enseignement de cette précision est bien sûr que le juge pénal doit s'en remettre, en cas de contestation sur l'élément contractuel-condition préalable aux règles proposées par le Code civil, étrangères au principe de liberté de la preuve¹⁰⁶³. C'est ainsi qu'en principe le contrat ne pourra être prouvé que par écrit¹⁰⁶⁴. Toutefois, le juge pénal devra respecter les différentes exceptions mises en place à l'égard de ce principe, nombreuses à l'heure actuelle¹⁰⁶⁵. Il pourra en effet se contenter de n'importe quel moyen de preuve dès lors qu'il existe un commencement de preuve par écrit ou en cas d'impossibilité de fournir une preuve écrite¹⁰⁶⁶. Bref, il se trouvera, à titre exceptionnel¹⁰⁶⁷, le porte-parole des règles civiles¹⁰⁶⁸. La jurisprudence n'a montré aucun signe d'hostilité à l'égard d'un tel système, que se soit pour appliquer les règles traditionnellement acquises en matière pénale ou pour se glisser dans la peau d'un juge civil.

B- L'application de la prescription

281. L'adhésion unanime au système proposé. Malgré l'origine et les conséquences du mécanisme mis en place qui impose au juge de reconnaître, pour certaines infractions, la substitution des règles civiles aux principes probatoires criminels, la Chambre criminelle n'a depuis le vote de la note, jamais dérogé au système prescrit. Par ailleurs, les auteurs se sont, très vite et de manière quasi unanime, ralliés aux directives prescrites dans la note. En somme,

¹⁰⁶³ Les principes du droit européen des contrats prévoient, en revanche, à l'article 2:101 (Conditions pour la conclusion d'un contrat) que « Le contrat n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre exigence de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins »(2).

¹⁰⁶⁴ C. civ., art. 1341. Sur la notion d'écrit v. F. Gonthier, *Réflexion sur la notion d'écrit*, JCP N. 1999, p. 1781.

¹⁰⁶⁵ La rigidité de la règle a en effet fait l'objet d'« un assouplissement progressif et, pour ainsi dire, instinctif, du formalisme par le juge » : R. Savatier, *La science et le droit de la preuve. Rapport général*, in Travaux de l'Association H. Capitant, T. VII, 8^{ème} séance d'étude : Le progrès de la science et le droit de la preuve, Dalloz, 1952, p. 607. – Adde, J. Flour, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, préc., p. 93 et s.

¹⁰⁶⁶ Pour une présentation générale du système probatoire civil, v. notamment, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 13^{ème} éd., Sirey, 2010, n° 220 ; Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, 13^{ème} éd., Litec 2011, n° 533.

¹⁰⁶⁷ Dans le cadre de l'action publique.

¹⁰⁶⁸ Pour une présentation de l'application des règles civiles à l'abus de confiance, v. R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. 6, préc., n° 2659 et s.

un consensus remarquable se fait autour du système mis en œuvre pour prouver l'élément contractuel d'une infraction que se soit en jurisprudence (1) ou en doctrine (2).

1) Une jurisprudence disciplinée

282. Le rappel général du système prescrit par le juge pénal. La Chambre criminelle, après avoir voté unanimement le mécanisme consigné dans la note Barris, n'a cessé d'en faire application. Certains arrêts prennent même le soin d'énoncer sous forme de principe général la règle selon laquelle, pour certaines infractions contractuelles, seules les règles civiles pourront trouver application. « A l'égard des faits civils, la loi civile détermine le genre de preuve qui peut en être admis ; cette loi doit être respectée et observée par les juges répressifs même dans le cas où, le fait autorisé par la loi civile se liant par des rapports nécessaires et absolus au fait puni par la loi pénale, la preuve de l'infraction ne peut être établie que par celle du fait civil et doit en être la conséquence ; ce principe est général et absolu »¹⁰⁶⁹. Acquis, l'idée pour le juge pénal de recourir aux règles extra-pénales impose alors d'appliquer tant le principe que les exceptions formulées par le droit positif civil et commercial.

283. L'application du régime probatoire commercial. Si le contrat est de nature commerciale, le juge disposera de la même liberté que pour statuer sur les autres composantes de l'infraction. La Chambre criminelle applique sans difficulté une telle prescription¹⁰⁷⁰. Toutefois, cela ne semble pas s'expliquer par l'identité des principes probatoires civils et criminels mais bien par la volonté de la part du juge de se conformer aux directives de la note. En effet, lors même que la nature de l'élément contractuel impose au juge pénal des règles radicalement différentes du régime de preuve pénal, la Chambre criminelle veille au respect tant du principe que des exceptions civiles.

284. L'application par le juge pénal du principe probatoire civil. Habitué au principe de la liberté de la preuve, le juge pénal doit constater, en vertu des directives

¹⁰⁶⁹ Cass. crim., 15 juillet 1964, D. 1964, p. 593, JCP 1964. II. 13817. Pour un exemple plus récent, v. Cass. crim., 1^{er} juillet 1992, Dr. pén., 1992, comm. n° 283, note M. Véron : « La preuve du contrat civil dont le délit d'abus de confiance présuppose l'existence doit être faite conformément aux règles du droit civil ».

¹⁰⁷⁰ Cass. crim., 12 déc. 1983, Bull. crim., n° 335 : « La preuve d'un mandat social peut être rapportée par tous moyens ».

édictees, un écrit afin de pouvoir établir l'existence du contrat servant d'élément contractuel à l'infraction. Il ne montre toutefois aucune difficulté à passer de la souplesse du principe qui anime sa matière à la rigidité des règles requises pour les actes juridiques. La Chambre criminelle affirme ainsi que « la preuve du contrat civil, dont le délit d'abus de confiance présuppose l'existence, ne peut être faite, même devant la justice criminelle, que conformément aux règles de droit civil, qui ne permet pas la preuve testimoniale au dessus de 150 fr. »¹⁰⁷¹. Le juge pénal se contente ici de rappeler la règle énoncée par l'article 1341 du Code civil qui rejette la preuve testimoniale pour des actes d'un certain montant¹⁰⁷². Cependant, appliquer les règles civiles suppose non seulement de revendiquer le principe de l'écrit mais aussi d'adopter l'ensemble des exceptions façonnées par la jurisprudence et ratifiées par le législateur. Le juge pénal n'oppose à cela aucune résistance.

285. L'application par le juge pénal des exceptions probatoires civiles. Acceptant de s'en remettre pleinement au régime probatoire civil, le juge pénal adapte sa jurisprudence aux exceptions reconnues en matière contractuelle. D'une part, tous les moyens de preuve sont acceptés devant lui, comme devant le juge civil, en cas d'impossibilité de se procurer une preuve écrite¹⁰⁷³. Plus précisément, la Chambre criminelle ratifie l'ensemble des évolutions civiles en la matière puisqu'elle reconnaît que « l'application de l'article 1348 du Code civil est justifiée lorsque le créancier a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite ; cette impossibilité devant s'entendre non seulement de l'impossibilité physique mais aussi de l'impossibilité morale »¹⁰⁷⁴. La Cour de cassation, par cette formulation, adopte l'évolution de la jurisprudence civile. Ainsi, l'impossibilité peut être matérielle et tenir aux circonstances dans lesquelles l'acte est intervenu mais aussi morale à raison des relations de famille¹⁰⁷⁵ ou des liens de subordination¹⁰⁷⁶. D'autre part, le juge pénal reconnaît que la preuve par tous moyens doit être reçue lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Pour cela, la Chambre criminelle abonde dans le sens de l'interprétation compréhensive initiée devant les chambres civiles¹⁰⁷⁷. Elle a pu, en effet, considérer comme un commencement de preuve par

¹⁰⁷¹ Cass. crim., 1^{er} avr. 1922, D. 1922, 1, p. 218.

¹⁰⁷² La valeur visée par l'article 1341 est fixée à 1500 euros depuis le 1^{er} janv. 2005.

¹⁰⁷³ Ph. Malinvaud, *L'impossibilité de la preuve écrite*, JCP 1972. I. 2468.

¹⁰⁷⁴ Cas. crim., 19 oct. 1971, Bull. crim., n° 267; 26 févr. 1974, Bull. crim., n° 78, JCP 1974. IV. 131 ; 5 nov. 1980, Bull. crim., n° 289.

¹⁰⁷⁵ V. par ex., Cass. crim., 3 mai 1967, Bull. crim., n° 145.

¹⁰⁷⁶ V. Cass. crim., 29 avr. 1996, Bull. crim., n° 169, Dr. pén. 1996, comm. 187, note M. Véron.

¹⁰⁷⁷ H. Mazeaud, *La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit de l'article 1347 du Code civil*, th. Lyon, 1921.

écrit le procès-verbal consignait les déclarations du prévenu¹⁰⁷⁸ mais aussi « les réponses faites à un juge d'instruction et signées par le prévenu rendant vraisemblable le fait allégué »¹⁰⁷⁹. Le juge pénal relaye ainsi l'évolution qu'a connue le droit civil au sujet de la notion de commencement de preuve par écrit. Il veille en effet à caractériser les différentes conditions posées par l'article 1347 du Code civil qui exige un acte écrit émanant de celui à qui on l'oppose et rendant vraisemblable le fait allégué. La ratification des règles civiles par la jurisprudence est donc entière ce qui provoque l'adhésion d'une grande partie de la doctrine.

2) Une doctrine convaincue

286. La ratification de la jurisprudence. Le système mis en place par la Chambre criminelle fait l'objet d'un consensus doctrinal notable. La doctrine, au moment d'envisager la question de la preuve de l'élément contractuel des infractions pour lesquelles les règles civiles doivent s'appliquer, constate que le régime probatoire pénal se trouve exclu pour cette composante¹⁰⁸⁰. La citation de la jurisprudence suffit alors à montrer l'assise de la solution. La réputation autonomiste des pénalistes ne se vérifie donc absolument pas à propos de la preuve de la composante contractuelle d'une infraction. Certains auteurs tentent toutefois une analyse de la note du président Barris en proposant d'expliquer la jurisprudence par la notion de condition préalable.

287. L'explication de la jurisprudence. A s'en tenir aux mots de la fameuse note, la notion de condition préalable n'est pas utilisée. Certes, l'examen du schéma infractionnel de l'abus de confiance révèle que le contrat préexiste au fait délictueux mais aucune référence expresse n'est faite à la condition préalable¹⁰⁸¹. Pour autant, la doctrine a proposé d'interpréter le système prescrit comme une ratification de la distinction entre la condition préalable et les éléments constitutifs¹⁰⁸². Si la formation du contrat n'est qu'un préalable¹⁰⁸³ nécessaire à la

¹⁰⁷⁸ Cass. crim., 6 août 1932, Bull. crim., n° 202 ; 9 avr. 1973, *ibid.*, n° 180

¹⁰⁷⁹ Cass. crim., 21 janv. 1975, Bull. crim., n° 22.

¹⁰⁸⁰ V. notamment, R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t.6, préc., n° 2659 ; ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 167 ; G. Quero, *Contrats et abus de confiance*, Cujas, 1961, p. 138.

¹⁰⁸¹ D'aucuns concèdent en effet que la notion n'est dégagée qu'« implicitement » : B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 419.

¹⁰⁸² Conceptualisée par R. Vouin (*Droit pénal spécial*, Dalloz, 1953, n° 2), la notion fait l'objet de plusieurs études (J.-P. Doucet, *La condition préalable à l'infraction*, GP 1972, p. 727 ; M.-P. Lucas de Leyssac, *Décisions de justice et répression pénale*, th. Paris, 1975 ; B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc.).

commission de l'infraction, il ne fait pas partie des éléments constitutifs mais doit être considéré comme une condition préalable¹⁰⁸⁴. Refuser d'intégrer la condition préalable dans les éléments constitutifs de l'infraction aboutit à ce qu'elle conserve la nature juridique que lui confère la discipline d'origine. Autrement dit, le contrat demeure un contrat ordinaire, sans spécificité, même s'il figure dans un texte d'incrimination. Par suite, la nature civile ou commerciale du contrat doit guider l'application des règles probatoires¹⁰⁸⁵. En revanche, lorsque le contrat ne fait pas l'objet d'une condition distincte des éléments constitutifs, le juge pénal n'a pas à s'en remettre aux règles extra-pénales. Ainsi, pareille distinction permet de systématiser la solution prescrite par la note en lui fournissant une assise technique.

288. Les apparences d'un système opérant. L'unanimité qui se fait jour autour du système mis en place par la note milite en faveur de son maintien. Le mécanisme semble fonctionner correctement, les juges n'émettent aucune réserve et la doctrine propose une analyse permettant de le systématiser. L'appréciation de ce système met, en effet, en avant des avantages certains. Toutefois, certaines critiques intrinsèques à son fonctionnement peuvent lui être adressées, qui invitent à nettement nuancer le bilan.

§2- *Appréciation du système de preuve classique de l'élément contractuel*

289. Un consensus contestable. L'unanimité constatée autour de la question de la preuve de l'élément contractuel d'une infraction force de prime abord l'adhésion. En effet, il paraît naturel de pouvoir se réjouir de la constance de la jurisprudence : la Cour de cassation observe une même ligne directrice depuis des décennies sans qu'aucune prescription légale n'en soit à l'origine. A cette première faveur, s'ajoute le constat d'une présentation flatteuse du système par la doctrine. Les avantages de la solution classique seraient ainsi significatifs et imposeraient dès lors son acceptation. Pour autant, et sans remettre en cause les vertus

¹⁰⁸³ Le terme n'est pas toujours analysé comme une référence chronologique : « le législateur peut expressément incriminer un comportement antérieur à la condition préalable mais celle-ci doit quand même être qualifiée » : B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc. n° 22. L'auteur préfère alors à la formule condition préalable à l'infraction l'expression de condition préalable de l'infraction.

¹⁰⁸⁴ L'existence du contrat « est sans doute une condition préalable délimitant le cadre dans lequel l'infraction pourra prendre naissance mais elle ne fait pas partie pour autant de ces actes qui, définissant un comportement délictueux, peuvent seuls être considérés, à proprement parler, comme ses éléments constitutifs » : Légal, obs. sous Cass. crim., 22 avr. 1966, RSC 1967, p. 171, obs. A. Légal.

¹⁰⁸⁵ En ce sens, B. Boulloc, *Procédure pénale*, préc., n° 154 : « Les modes de preuve ne changent pas avec la nature de la juridiction saisie ; ils dépendent uniquement de la nature des faits à prouver ». Dans le même sens, J. Lourd, *Les modes de preuve de droit civil devant les juridictions répressives*, th. Montpellier, 1935, p. 54.

avancées, l'on entrevoit des failles qui invitent nécessairement à modérer la présentation et chercher d'autres directions. Ainsi, l'apparence d'un système vertueux (A) ne doit pas cacher les doutes suscités par le mécanisme (B).

A- Un système apparemment vertueux

290. L'écho étranger du système. L'assise du système à double détention ne se constate pas uniquement grâce à sa mise en œuvre constante ; l'idée dépasse les frontières françaises. Si dans notre droit, le mécanisme repose sur une note d'origine jurisprudentielle, c'est le législateur qui, en Belgique, propose une telle distinction. La solution fut instaurée par une loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale. L'article 16 disposait que « lorsque l'infraction se rattache à l'exécution d'un contrat dont l'existence est déniée et dont l'interprétation est contestée, le juge de répression, en statuant sur l'existence de ce contrat ou sur son exécution, se conforme aux règles de droit civil ». Le système opte ainsi également pour une distinction selon la place du contrat dans l'infraction. Les règles de preuve civiles doivent être utilisées uniquement dans le cas dans lequel la formation du contrat n'est qu'un préalable au fait délictueux.

291. Les vertus annoncées. Le consensus remarqué à propos du régime probatoire du contrat dans l'infraction repose sur une série d'arguments *a priori* décisifs. Leur portée n'est pas des moindres puisque les défenseurs du système se targuent, pour l'approuver, d'un respect des choix du législateur ainsi que de la cohésion entre les différentes juridictions. Ainsi, seul le renvoi aux règles de preuve civiles pourrait permettre d'assurer la sauvegarde de l'équilibre législatif (1) et celle de l'harmonie judiciaire (2).

1) La sauvegarde de l'équilibre législatif

292. Le système probatoire civil et le règlement d'intérêts en conflit. Si le choix d'un système de preuve légale permet assurément sécurité et simplicité¹⁰⁸⁶, il garantit

¹⁰⁸⁶ « Si le litige est un mal qui affecte la société tout entière, il faut pouvoir le trancher rapidement, et surtout, éviter que ne se greffe sur lui une multitude de litiges annexes qui, portant notamment sur l'existence des faits allégués, entraveraient fâcheusement la marche de la justice. Plutôt que de se livrer à une recherche minutieuse d'une vérité parfois difficile à déceler, plutôt que de laisser le litige s'embourber dans des contestations sans fin,

également la mise en valeur de certaines priorités. En effet, la réglementation civile des conditions d'admissibilité et de la force probante des différents modes de preuve varie en fonction de la nature des faits en cause. Or, les systèmes mis en place par le législateur correspondent à la hiérarchie de valeur des intérêts en cause. Ainsi, le législateur détermine les modes de preuve et leur valeur probante en fonction de la prééminence qu'il choisit d'accorder à tel ou tel intérêt¹⁰⁸⁷. Par conséquent, le système probatoire applicable au contrat repose sur une hiérarchisation des intérêts en cause et donc sur une logique affirmée par le législateur. « Cette réglementation serait vaine en maintes occasions, si elle devait varier suivant la nature de la juridiction saisie »¹⁰⁸⁸. En effet, c'est toute la hiérarchie mise en place par le législateur qui céderait si le juge pénal décidait d'appliquer les principes de l'intime conviction et de la liberté de la preuve.

293. Les dangers de l'exclusion des règles civiles. En matière contractuelle, le législateur a choisi de retenir le principe de la preuve légale. C'est donc la loi qui indique au juge les modes de preuve à retenir et leur force probante. En optant pour la règle de la preuve écrite¹⁰⁸⁹, les pouvoirs publics ont exprimé leur volonté de restreindre les possibilités d'arbitraire du juge notamment¹⁰⁹⁰. En effet, initialement la règle était inverse : « Témoins passent lettres ». L'on privilégiait donc la preuve testimoniale à l'écrit. La hiérarchie s'expliquait non seulement par l'analphabétisme régnant à l'époque mais aussi par la crédibilité attachée au témoignage dans un contexte religieux prégnant. Or, la foi accordée au témoignage disparut peu à peu, ce que reflète l'adage « qui mieux abreuve, mieux preuve ».

mieux vaut, par exemple, exiger des contractants qu'ils préconstituent la preuve de leurs conventions et ne puissent prouver contre ce titre que sous certaines conditions rigoureusement délimitées ; mieux vaut accepter pour vrai ce qui, dans la plupart des cas identiques, correspond à la vérité. Il est préférable de consacrer, dès aujourd'hui, un état de fait rationnellement vraisemblable que d'avoir, demain, à l'issue d'une discussion épuisante, à tenir pour exact ce qui est sans doute tout aussi incertain » : J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965, préf. R. Perrot, n° 306.

¹⁰⁸⁷ V. Ch. Perelman, *La preuve en droit, essai d'une synthèse*, in ouv. coll. *La preuve en droit*, Travaux du centre national de recherches logique, E. Bruyant, 1981, p. 357.

¹⁰⁸⁸ J. Patarin, *Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Etudes de Droit criminel sous la direction de G. Stéfani, Dalloz, 1956, p. 8 et s., n° 39. Dans le même sens, P. Bouzat, J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie, T. II*, Dalloz, 1963, n° 1040 ; M.-J. Essaid, *La présomption d'innocence*, th. Paris, 1969, n° 310 ; J. Lourd, *Les modes de preuve de droit civil devant les juridictions répressives*, préc., p. 54 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 167 ; J.-A. Roux, *Cours de droit criminel français*, 2^{ème} éd., Sirey, 1927, p. 141 ; B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 392 et 417.

¹⁰⁸⁹ Pour une brève présentation du système probatoire civil, v. *supra*, n° 280.

¹⁰⁹⁰ « En réglementant les moyens de conviction, en prédéterminant celle-ci, la preuve légale tente d'obvier à une éventuelle faillibilité du juge, en lui donnant une conscience artificielle et en créant une vérité forcée » : J. Normand, *Le juge et le litige*, préc., n° 305.

Par conséquent, la tendance s'inversa qui aboutit au principe de l'exigence d'un écrit¹⁰⁹¹. La règle écarte ainsi le témoignage dont la crédibilité peut, à juste titre, être mise en cause, mais aussi les présomptions et indices dont la dépendance au juge est soulignée¹⁰⁹². En préférant substituer au régime de preuve légale celui de la preuve morale, le juge pénal reviendrait nécessairement sur le fonctionnement choisi par le législateur et mettrait ainsi à mal l'équilibre voulu entre les pouvoirs des parties et ceux du juge. Si l'élément contractuel doit être considéré comme un contrat au sens civil du terme¹⁰⁹³, en vertu de la distinction entre les éléments constitutifs et la condition préalable, le juge pénal doit obéir à l'ordre mis en place par le Code civil. Une telle ratification des règles probatoires civiles est également présentée comme l'unique manière d'accéder à l'harmonie judiciaire.

2) La sauvegarde de l'harmonie judiciaire

294. Des risques de contradiction évités. Le principe selon lequel le juge pénal est tenu d'appliquer les règles probatoires civiles lorsque le contrat précède le fait délictueux, permet une application uniforme du système quel que soit le juge amené à statuer. En revanche, admettre qu'en pareille hypothèse, le juge pénal peut appliquer les principes de la liberté de la preuve et de l'intime conviction, révèle le risque évident de contradiction entre les décisions. Il est aisé d'envisager, en effet, qu'« un même contrat [soit] tenu pour existant par une juridiction et pour non établi par une autre »¹⁰⁹⁴. D'ailleurs, le juge civil lui-même s'impose un tel respect des règles imposées par la nature du contrat en question : la preuve d'un contrat commercial devant le juge civil se fait selon les règles de preuve du droit commercial¹⁰⁹⁵. Plus radicalement, l'on avance que si le juge pénal s'émancipait des règles civiles, non seulement des contradictions pourraient apparaître entre les différentes solutions mais il serait possible de choisir le juge pénal afin de détourner la rigueur des règles probatoires civiles.

¹⁰⁹¹ C'est l'Ordonnance de Moulins de 1566 qui consacra la règle de la preuve écrite pour les actes juridiques, reprise par l'article 1341 du Code civil.

¹⁰⁹² Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n° 527. L'auteur ajoute à la méfiance par rapport au juge, « l'hygiène de la preuve écrite », en « décourageant l'esprit de chicane ».

¹⁰⁹³ Entendu dans son acception générale.

¹⁰⁹⁴ J. Patarin, *Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, préc., n° 39. Dans le même sens, B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 427.

¹⁰⁹⁵ Cass. civ., 2 juil. 1941, DA. 1941, 291.

295. Des risques de détournement contournés. Si l'élément contractuel peut, devant le juge pénal, faire l'objet d'une preuve libre, l'on conçoit très facilement la tentation pour le justiciable de préférer porter son action devant lui afin d'éviter le système probatoire civil. Le risque est maintes fois soulevé par les défenseurs de l'application des règles civiles par le juge pénal : « Le principal danger réside surtout dans la possibilité qu'aurait la partie civile d'éluder les règles de preuve impératives »¹⁰⁹⁶. Le système initié par la note du président Barris permet d'éviter cela en imposant la même rigueur devant le juge civil comme devant le juge pénal¹⁰⁹⁷. Ainsi, l'harmonie judiciaire semble imposer une telle conception de la preuve de l'élément contractuel.

296. Des vertus fragiles. Apparemment, le mécanisme retenu par la Chambre criminelle permet de contourner bien des dangers et aboutit à une vue d'ensemble harmonieuse du régime probatoire de l'élément contractuel d'une infraction. A première vue, en effet, les avantages que permet d'assurer le choix d'appliquer devant le juge pénal les mêmes règles que devant le juge civil sont nombreux. Toutefois, et sans même remettre en cause ladite application des règles civiles devant le juge répressif, cela suppose de souscrire à l'idée d'une possible distinction au sein de l'élément contractuel selon qu'il précède ou non le fait délictueux. Tout le mécanisme repose, en effet, sur la nature civile ou commerciale, bref extra-pénale, de l'élément contractuel. Or, le fondement même de la répartition des règles applicables peut ne pas convaincre et entraîner ainsi la remise en cause de ses conséquences. En somme, la fluidité de l'ensemble du mécanisme repose sur une distinction pour le moins discutable qui révèle l'inadéquation du système à l'élément contractuel.

B- Un système finalement douteux

297. Des fondements contestables. Sans même tenter d'apprécier le fondement technique de la répartition des règles de preuve, l'observateur ne pourra déjà que ressentir une gêne au vu de la source du système. Certes, il est des règles de notre droit, et pas des

¹⁰⁹⁶ J. Patarin, *Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal*, in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, préc., n° 39.

¹⁰⁹⁷ En ce sens, v. notamment, A. Jacquemont, *L'acte contenant ou opérant obligation, disposition ou décharge : contribution à l'étude du droit des preuves en droit pénal*, RSC 1978, p. 33, n° 3 : « L'identité des modes de preuve pour une question de même nature quelle que soit la juridiction saisie est imposée par la volonté d'éviter le risque de fraude qui consisterait notamment à porter le litige devant les juridictions répressives pour bénéficier des modes de preuve simplifiés ».

moindres, qui résultent de la seule jurisprudence¹⁰⁹⁸. Toutefois, la particularité de l'espèce réside dans le fait qu'il s'agisse d'une note émanant du président de la Cour de cassation et non d'un arrêt apportant une réponse à un litige. La note empiète très clairement par son intitulé même –« La compétence des tribunaux criminels, correctionnels et de police »– sur les attributions du législateur, ce qui explique sûrement qu'elle fut gardée secrète pendant plusieurs années. Toutefois, là n'est que pur détail au vu de la solidité de son application par la jurisprudence depuis tant d'années¹⁰⁹⁹. Plus techniquement, l'adhésion au système mis en place par ladite note suppose de souscrire au fondement même de la répartition des règles probatoires. Or, le mécanisme se révéla insuffisant pour englober l'ensemble des infractions contractuelles. De plus, et une fois ce premier problème corrigé par les juges, l'on ne peut qu'émettre des doutes quant à la pertinence même de la distinction, socle de l'ensemble du système. Ainsi, initialement insuffisant (1), le système demeure potentiellement insatisfaisant (2).

1) Un mécanisme initialement insuffisant

298. Des infractions contractuelles inclassables. Originellement, la note du président Barris ne faisait allusion qu'à deux infractions précises : l'abus de confiance et le délit d'usure. La doctrine proposa dès lors d'étendre le système mis en place à propos de ces infractions par le biais d'une distinction parmi les composantes de l'incrimination

¹⁰⁹⁸ Que le législateur ait d'ailleurs par la suite ou non décider de ratifier la solution en l'insérant dans l'un des Codes en vigueur. La réforme du droit des sûretés issue de l'Ordonnance du 23 mars 2006 fournit de nombreuses illustrations de l'audace jurisprudentielle aboutissant à leur ratification par le législateur. V. notamment : L. Aynès, *La réforme du droit des sûretés par l'Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006*, D. 2006, p. 1289. L'auteur concentre une partie de son étude sur les « consécration légales du droit positif ». Cependant, le législateur laisse parfois la jurisprudence le dépasser sans codifier les solutions. Ainsi en est-il de la consécration du principe général de la responsabilité du fait des choses émanant de la jurisprudence, « qui d'une formule légale sibylline a fait un axiome » (Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2^{ème} éd., Litec, 2009, n° 345. v. l'arrêt « Teffaine » : Cass. civ., 16 juin 1896, DP. 1897. 1. 433, note R. Saleilles, S. 1897. 1. 17, note A. Esmein et surtout l'arrêt « Jand'heur » : Cass. Ch. réunies, DP. 1930. 1. 57, note G. Ripert, S. 1930. 1. 21, note P. Esmein, GAJC. n° 199, obs. F. Terré et Y. Lequette). Un raisonnement similaire l'a également conduit à la reconnaissance d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui, indépendant des hypothèses spécialement prévues par le Code civil (Cass. ass. plén., 29 mars 1991 « Blicek », Bull. civ., n° 1 ; D. 1991, p. 324, note C. Larroumet, *ibid.*, chron. 157, par G. Viney, *ibid.*, somm. 324, obs. J.-L. Aubert, JCP 1991. II. 21673, note J. Ghestin, RTDciv. 1991, p. 541, obs. P. Jourdain, RCA. 1991, chron. n° 9, par H. Groutel). Certes, ces principes sont rattachés à l'alinéa 1^{er} de l'article 1384 mais nul ne conteste l'idée qu'ils ne figuraient pas dans l'esprit du législateur au moment de la rédaction.

¹⁰⁹⁹ Rares sont d'ailleurs les auteurs qui relèvent le caractère douteux de l'origine de la solution (v. Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 549), certains préférant insister sur le besoin de proposer une solution générale (B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 418)

contractuelle¹¹⁰⁰. En reprenant l'essence de la dichotomie choisie par la note, les auteurs ont opté pour une systématisation du mécanisme grâce à la notion de condition préalable. La doctrine proposa d'élargir la solution proposée pour l'abus de confiance à toutes les infractions pour lesquelles « un fait n'est puni par la loi qu'autant qu'il se rattache à un fait antérieur sans lequel il ne serait pas »¹¹⁰¹. Dès lors, l'application de la règle au délit de détournement de gage, qui suppose la formation préalable du contrat de gage pour pouvoir sanctionner le détournement du bien gagé, devient très facilement envisageable. En revanche, la note vient à préciser que le schéma infractionnel du délit d'usure suppose au contraire une association du contrat et du fait délictueux¹¹⁰². La clé semble donc résider dans le constat que le fait délictueux est l'élément contractuel. Il semble dès lors aisé de transposer une telle proposition à des infractions comme le proxénétisme abordé dans son versant contractuel¹¹⁰³, le trafic de stupéfiants¹¹⁰⁴ ou encore certaines infractions relatives à la vente au consommateur¹¹⁰⁵. Dès lors qu'aucune distinction ne peut être opérée entre le comportement répréhensible et la formation du contrat, seules les règles pénales probatoires pourront être applicables. En revanche, l'on éprouve certaines difficultés à appréhender le classement d'infractions contractuelles telles que l'extorsion, le chantage ou l'escroquerie. En effet, les textes d'incrimination prévoient d'une part, l'utilisation de procédés, et d'autre part, la remise par la victime¹¹⁰⁶. L'élément contractuel résulte en effet dans ces infractions de la remise d'un engagement de la victime¹¹⁰⁷. Or, si l'infraction se consomme par ladite remise, le comportement pénalement répréhensible réside dans l'usage de procédés contraignants ou trompeurs. Ainsi, l'analogie avec le délit d'usure ne peut véritablement s'opérer. Par ailleurs, l'on ne peut considérer la formation de l'élément contractuel comme une condition préalable à

¹¹⁰⁰ Pour une présentation de cette distinction, v. *supra*, n° 278.

¹¹⁰¹ J. Lourd, *Les modes de preuve du droit civil devant les juridictions répressives*, préc., p.11. L'auteur n'évoque pas l'appellation de condition préalable mais son raisonnement aboutit à une distinction des éléments constitutifs selon leur chronologie dans l'infraction ce qui permet implicitement de ratifier la notion.

¹¹⁰² La note affirme en effet que l'usure « se forme dans les actes même du prêt ; il est inséparable du prêt et se confond avec lui ». V. pour une retranscription de la note : M. Mangin, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, par A. Sorel. T. I, Larose, 1876, n° 240.

¹¹⁰³ C. pén., art. 225-10, 3° et 4°. Selon ces textes, le fait délictueux peut correspondre à la vente ou la location de locaux ou de véhicules à des personnes qui s'y livreront à la prostitution.

¹¹⁰⁴ C. pén., art. 222-37. Le législateur sanctionne de peine délictuelles, entre autres comportements, le fait de céder ou d'acquérir des stupéfiants. L'infraction se consomme ainsi par la vente ou l'achat de ce type de produit.

¹¹⁰⁵ L'analogie entre l'usure et les infractions relatives aux ventes au consommateur suppose que l'élément contractuel constitue le fait délictueux. Or, nombre d'entre elles n'exigent pas la remise effective d'un contrat mais vise une période pré-contractuelle (v. *supra*, n° 13). Dans ce cas, la question de la preuve du contrat est éludée par le législateur qui ne subordonne pas la consommation de l'infraction à l'existence d'un contrat.

¹¹⁰⁶ Ces délits illustrent la catégorie des infractions complexes dont « la réalisation suppose l'accomplissement de plusieurs actes matériels de nature différente » (R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 298). Ici, le premier des actes émane de l'auteur et le second de la victime.

¹¹⁰⁷ Ou d'un consentement « à un acte opérant obligation » pour l'escroquerie (C. pén., art. 313-1).

l'infraction, en raison précisément de son intervention chronologique : la remise est la dernière composante de cette catégorie d'infractions contractuelles. En définitive, si l'on s'en tient au schéma proposé par la note et ses commentaires, les infractions sus-nommées ne semblent pouvoir y être intégrées.

299. Le nécessaire dépassement de l'obstacle. Reconnaître que le système ne vaut que pour certaines infractions contractuelles concourrait à le remettre globalement en cause : un système qui fonctionne est un système applicable à l'ensemble des données concernées. La jurisprudence a alors dû proposer une classification de ces délits dans l'une des catégories proposées par la note. Ne pouvant passer outre la chronologie des composantes infractionnelles, le juge pénal a opté pour une vision extensive du second type d'infractions envisagé par le président Barris. Le délit d'escroquerie est ainsi à rapprocher de l'usure et non de l'abus de confiance. La Chambre criminelle a ainsi pu affirmer que la preuve du contrat obtenu par manœuvres frauduleuses pouvait se faire par tous moyens¹¹⁰⁸. La doctrine approuve une telle option¹¹⁰⁹, qui permet alors d'envisager la même solution pour le chantage et l'escroquerie. En effet, la directive semble être celle du dépassement de l'aspect complexe des infractions concernées pour considérer les procédés contraignants et trompeurs ainsi que la remise comme un « tout indivisible »¹¹¹⁰ relevant de la partie délictuelle de l'incrimination. Considéré comme un élément constitutif et non comme une condition préalable, l'élément contractuel ne doit pas être soumis aux règles de preuve civiles.

300. Un dépassement insuffisant. Ainsi, l'ensemble des infractions contractuelles fut inséré dans le mécanisme mis en place par la note Barris. L'on peut dès lors avoir une vision globale du système. C'est alors que transparaissent les différentes failles imposées par son fondement même : la reconnaissance d'une distinction entre les éléments constitutifs d'une infraction et sa condition préalable.

¹¹⁰⁸ Cass. crim., 18 août 1904, Bull. crim., n° 403, S. 1906. 1. 57.

¹¹⁰⁹ V. notamment, E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. III, préc., v. art. 405, n° 156 ; J. Patarin, *Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, préc., n° 39.

¹¹¹⁰ L'expression est empruntée à un arrêt de la Chambre criminelle rendu à propos de l'infraction de dissimulation de prix de vente à l'occasion duquel un notaire tentait d'opposer la règle civile selon laquelle l'acte authentique vaut jusqu'à inscription de faux. Les juges énoncent alors que « l'acte contenant les attestations du notaire et la fraude reprochée à celui-ci constituant un tout indivisible, et dès lors, la force probante de l'acte quant à l'existence du délit pouvant être combattue par tous moyens de preuve » : Cass. crim., 27 mai 1952, Bull. crim., n° 133, RSC 1953, p. 110.

2) Un mécanisme potentiellement insatisfaisant

301. La diffusion restreinte de la notion de condition préalable. L'idée que l'on puisse distinguer au sein d'un texte d'incrimination des éléments constitutifs et une condition préalable paraît tentante au vu de la rédaction de certaines infractions telles que l'abus de confiance ou le détournement de gage. La notion même de condition préalable a de quoi séduire, qui permet de faire le lien entre le droit pénal et les disciplines qui l'entourent¹¹¹¹. Elle a d'ailleurs vite convaincu nombre d'auteurs¹¹¹² et implicitement la Cour de cassation qui la ratifie au sujet de la question de la preuve de l'élément contractuel.

Pour autant, d'une part, le Code pénal n'a jamais fait la moindre allusion à l'expression de condition préalable ni à son régime. L'absence d'une quelconque mention à ladite notion est d'autant plus significative que la question a été soulevée par la commission de révision du Code pénal¹¹¹³. Elle a donc consciemment été laissée aux portes de celui-ci.

D'autre part, si la Chambre criminelle lui offre une possibilité d'application à travers le mécanisme probatoire de l'élément contractuel, elle reste beaucoup plus timide quant aux autres implications associées à la notion. Il est généralement avancé que la distinction entre la condition préalable et les éléments constitutifs d'une incrimination permet d'apporter une réponse à la détermination de la compétence de la loi pénale française : « c'est la nature de la situation juridique en cause qui permet, en conséquence, de déterminer le système de compétence dont elle relève »¹¹¹⁴. Pourtant, demeure en ce domaine une inconstance de la jurisprudence de la Cour de cassation. Le juge pénal a d'abord regardé comme une condition préalable, le contrat dont la violation constitue l'infraction¹¹¹⁵. Cependant, il a par la suite

¹¹¹¹ L'on ajoute à cela le constat selon lequel la condition préalable, existant dans toutes les infractions, permet de déceler le bien juridique protégé par l'infraction. V. pour de telles considérations : B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 20 : « la condition préalable de l'infraction est une notion qui désigne une situation juridique de droit ou de fait constitutive de l'incrimination et distincte de l'infraction, et qui représente le bien juridique pénalement protégé ». –Adde : M.-P. Lucas de Leyssac, *Décisions de justice civile et répression pénale*, préc., n° 228 : « les conditions préalables dans leur ensemble, définissent la situation, de droit ou de fait, protégée par la qualification, les éléments constitutifs, l'atteinte prohibée à cette situation ».

¹¹¹² V. pour une présentation des ébauches de la distinction : F. Hélie, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*. T. I, *Code d'instruction criminelle*, 5^{ème} éd. par J. Brouchet, Librairie de la Cour de cassation, 1951, n° 470 ; E. Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, T. II. *Instruction criminelle*, 2^{ème} éd., par Laisné-Deshayes et Guillaouard, A. Lahure éditeur, 1884, p. 171.

¹¹¹³ Au moment d'apporter une réponse à la question de la localisation de l'infraction dans l'espace, la commission, dans son avant-projet définitif, « n'a pas jugé nécessaire de mentionner, à côté des éléments constitutifs, les conditions préalables de l'infraction ; cette dernière notion, qu'utilisent certains criminalistes et qu'a parfois accueillie la jurisprudence, désigne en réalité certains éléments constitutifs et, en l'état encore insuffisant des recherches doctrinales, elle n'apparaît pas suffisamment élaborée pour pouvoir être consacrée par un texte législatif » in *Commission de révision du Code pénal, Avant-projet définitif du Code pénal, livre 1 dispositions générales*, La documentation française, 1978, p. 29.

¹¹¹⁴ B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 190.

¹¹¹⁵ Cass. crim., 30 mai 1972, Bull. crim., n° 180.

refusé cette qualification à l'acte de remise de la chose et y a vu un élément constitutif du délit, justifiant la compétence des juridictions françaises s'il s'est produit sur le territoire français¹¹¹⁶. Ainsi, le consensus observé autour du système probatoire du contrat dans l'infraction reposant sur la notion de condition préalable n'innervent pas l'ensemble de ses implications et ne repose aujourd'hui toujours pas sur des dispositions légales. De plus, le fondement même de la notion de condition préalable reste un sujet de discorde.

302. Les postulats discutables de la notion de condition préalable. Affirmer que figurent dans le texte d'incrimination deux types de composantes distinctes que l'on nomme conditions préalables et éléments constitutifs suppose acquises plusieurs considérations auxquelles il est possible de ne pas adhérer.

L'adhésion à la notion même de condition préalable suppose spécialement acquise l'idée selon laquelle le droit pénal est un droit sanctionnateur, avec toutes les implications que ce constat comporte. Le droit pénal, en visant une condition préalable, sans la définir, ferait ainsi implicitement appel aux autres disciplines pour le choix de ses contours : « alors que les autres disciplines juridiques prescrivent des obligations qui s'imposent aux individus, le droit pénal sanctionne leur violation »¹¹¹⁷. Les obligations prescrites ne s'imposant qu'à certaines conditions, le droit pénal doit ainsi s'en remettre aux autres matières pour s'y soumettre. Une telle conception, seule à même d'imposer l'idée d'un recours aux règles probatoires extra-pénales, peut s'opposer à certaines considérations. D'une part, le principe même de la qualification de droit sanctionnateur n'emporte pas l'adhésion de l'ensemble de la doctrine. D'aucuns relèvent en effet que le droit pénal dépasse le simple statut de « réceptacle passif des valeurs déterminées par les autres branches du droit »¹¹¹⁸ dès lors qu'il détermine lui-même certaines obligations qui n'existent pas dans d'autre discipline¹¹¹⁹. De plus, la mission du législateur est de déterminer quels sont les biens juridiques qui méritent une sanction pénale. Dès lors, « il faut admettre que l'octroi de cette protection particulière lui confère une autonomie normative par rapport aux biens juridiques protégés par les autres branches du

¹¹¹⁶ Cass. crim., 12 févr. 1979, Bull. crim., n° 60, D. 1979, IR. p. 177.

¹¹¹⁷ B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 23. « Aucune norme n'est inconditionnelle, un certain comportement ne peut être prescrit qu'à certaines conditions qui réalisent les circonstances dans lesquelles cette conduite doit être accomplie. Réciproquement, une infraction ne peut caractériser le comportement contraire à celui qui est prescrit que dans ces mêmes conditions. La condition préalable est donc commune à l'infraction et à l'obligation juridique pénalement sanctionnée » : *ibid.*, n° 183.

¹¹¹⁸ Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 31.

¹¹¹⁹ Il prévoit de sanctionner pénalement la violation de l'obligation de porter secours ou celle de dénonciation des malfaiteurs par exemple. V. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 31 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 147.

droit »¹¹²⁰. D'autre part, le caractère sanctionnateur du droit pénal est présenté de paire avec la subsidiarité qu'il impose. Ainsi, selon la doctrine classique, le droit pénal étant sanctionnateur, il n'est qu'un auxiliaire des autres branches du droit et ses sanctions ne peuvent s'appliquer à une situation provenant d'une autre discipline, que si les règles imposées par elle trouvent à s'appliquer. Il est alors aisé de concevoir l'inadéquation d'une telle vision avec les manifestations innombrables de ce qu'il est convenu d'appeler l'autonomie du droit pénal¹¹²¹. Il peut alors être proposé de dissocier le caractère subsidiaire de son rôle sanctionnateur en considérant que ce dernier n'empêcherait pas de faire preuve d'autonomie dans l'application des entités extra-pénales. Pour cela, il convient de considérer que même lorsque le législateur ou le juge pénal font preuve d'autonomie, ils entendent veiller au respect d'une obligation extra-pénale. Ainsi, l'autonomie affirmée par le juge pénal à propos de la définition du domicile¹¹²² ne remettrait pas en cause le fait que demeure protégée une obligation civile, celle de respecter la vie privée implicitement prévue par l'article 9 du Code civil¹¹²³. Dans un tel cas, alors même que la « solution autonomiste semble relever d'une interprétation extensive, elle peut être conforme au caractère sanctionnateur du droit pénal »¹¹²⁴. Dans le même sens, il a été affirmé que l'indifférence prononcée par la Chambre criminelle à l'égard de la nullité du chèque pour caractériser le délit d'émission de chèque sans provision¹¹²⁵ était indispensable pour la sauvegarde de cette institution¹¹²⁶. Ainsi, à suivre cette conception de la matière pénale, il faut conclure que l' « autonomie

¹¹²⁰ M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préc., n° 466. L'auteur en conclut alors que « le droit pénal n'est plus un droit purement sanctionnateur, il est doté d'une normativité qui lui est propre. ». L'argument selon lequel le choix du bien juridique à protéger serait en lui-même normatif est partagé par plusieurs auteurs. V. E. Dargentas, *La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de protection pénale*, RPD 1977, p. 411 et s. ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 31.

¹¹²¹ V. *supra*, n° 16.

¹¹²² « Seul constitue un domicile, au sens de l'art. 226-4 C. pén., le lieu où une personne, qu'elle y habite ou non, a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux » : Cass. crim., 22 janv. 1997, Bull. crim., n° 31, Dr. pén. 1997, comm. 78, note M. Véron ; 28 févr. 2001, Dr. pén. 2001, comm. 85, note M. Véron ; 26 juin 2002, Dr. pén. 2002, comm. 136, note M. Véron ; 30 oct. 2006, Bull. crim., n° 261, D. 2006. IR. 3014, AJ. pén. 2007. 32, Dr. pén. 2007, comm. 7, note M. Véron, RSC 2007, p. 83, obs. Y. Mayaud, AJDI. 2007. 315. –*Adde* : J.-C. Saint-Pau, *Droit au respect de la vie privée et droit pénal*, Dr. pén. 2011, étude 20.

¹¹²³ Sur lequel v. J.-C. Saint-Pau, *L'article 9 du Code civil : matrice des droits de la personnalité*, D. 1999, p. 541 et s. –*Adde* : A. Lepage, *L'article 9 du Code civil peut-il constituer durablement la « matrice » des droits de la personnalité ?*, GP 2007, p. 43 et s.

¹¹²⁴ B. Thellier de Poncheville, *La condition préalable de l'infraction*, préc., n° 160.

¹¹²⁵ Abrogé depuis la loi du 30 décembre 1991, ce délit fut considéré comme caractérisé en l'absence de la dénomination de « chèque » (Cass. crim., 9 oct. 1940, JCP 1941. II. 1647, S. 1942. I. 149), de la date (Cass. crim., 3 mai 1939, JCP 1939. 1295, RSC 1940, p. 46) ou malgré l'inexactitude de la date (Cass. crim., 31 juil. 1936, GP 1936. 1. 695 ; 8 janv. 1937, *ibid.*, 1937. 1. 545 ; 30 avr. 1937, *ibid.*, 1937. 2. 256).

¹¹²⁶ R. Cabrillac, *L'indépendance du droit pénal à l'égard de quelques règles de droit commercial*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, préc., p. 293 et s.

technique »¹¹²⁷ dont fait preuve le droit pénal ne revient en aucun cas sur son caractère sanctionnateur dès lors que la source des obligations est une discipline extra-pénale. Cependant, que reste-t-il alors comme argument pour imposer au juge pénal le respect des règles de preuve civile ou commerciale dans la recherche de la condition préalable contractuelle ? En définitive, la qualification de droit sanctionnateur, si elle peut être admise, ne permet finalement pas d'expliquer la raison d'être des conditions préalables et surtout l'application des règles extra-pénales. La poursuite de l'analyse par son application à l'élément contractuel corrobore ces premières difficultés.

303. L'implication condamnable de la notion de contrat préalable. Si les postulats généraux de la notion et du régime de la condition préalable peuvent être sujets à discussion, la portée même de cette dissociation des composantes de l'incrimination ratifie les premières hésitations. En effet, la conséquence immédiate de la qualification de condition préalable réside dans sa mise à l'écart de l'infraction. Appliquée au contrat, cette idée impose nécessairement d'adopter une vision duelle de l'élément contractuel : la référence au contrat, selon sa place dans l'infraction, constitue ou non une condition préalable. S'ensuit alors une différenciation du régime applicable. Une telle vision peut ne pas satisfaire.

En effet, l'observation du schéma des infractions contractuelles révèle l'emploi de termes similaires pour viser l'élément contractuel, qu'il soit un préalable au fait délictueux, ou assimilé à lui. Le délit d'abus de confiance se réfère ainsi à un élément contractuel par l'emploi des termes « remise acceptée » là où l'escroquerie exige un consentement. Pourtant, seule la première infraction supposerait l'utilisation des règles de preuve civile. Dans le même sens, il pourrait être tentant de croire que le fait de viser un contrat nommé dans l'incrimination impose le renvoi à la réglementation extra-pénale. Pourtant, si ce constat se vérifie pour le détournement de gage¹¹²⁸, c'est bien la solution inverse qui animait le délit d'usure¹¹²⁹. La notion de condition préalable impose ainsi de passer outre l'unité observée dans les textes pour dissocier l'élément contractuel qui suppose un appel aux règles extra-pénales et celui qui reste soumis aux principes criminels. L'on peut être tenté, par ce premier argument, d'estimer qu'une telle dissociation doit être dépassée.

¹¹²⁷ Selon l'expression de MM. Merle et Vitu, *in Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 148.

¹¹²⁸ V. sur la qualification de ce délit d'infraction contractuelle nommée, *supra*, n° 131.

¹¹²⁹ L'exigence d'un prêt d'argent pour consommer l'infraction n'empêche pas l'infraction de figurer parmi les exemples topiques d'application du régime probatoire pénal.

304. Bilan et perspectives. L'adhésion à l'idée selon laquelle l'élément contractuel doit se prouver en vertu des règles extra-pénales suppose de nécessairement souscrire à la distinction entre les éléments constitutifs et les conditions préalables. C'est en effet en ce sens que la note décisive du président Barris guide les juges et que la doctrine se fonde pour généraliser la solution prescrite à l'ensemble des infractions contractuelles. Or, la solidité de la consécration jurisprudentielle d'un tel système cache pourtant des difficultés d'analyse. Sans même mettre pour l'heure le système proposé en perspective de la notion pénale de contrat, ses fondements révèlent leur lot d'incertitudes. De manière générale, le mécanisme suppose d'adhérer à des postulats qui peuvent ne pas convaincre. Et, plus précisément, les implications d'un tel système sur l'élément contractuel de l'infraction imposent une vision d'élément insatisfaisante. C'est, en effet, dans le sens de l'unité de la notion même d'élément contractuel que la question de la preuve doit s'orienter. Pour cela, il semble que l'on puisse envisager une proposition uniforme du système probatoire applicable à l'élément contractuel dont les fondements trouvent leur source dans l'idée d'une notion pénale de contrat.

Section 2 : L'analyse renouvelée de la preuve de l'élément contractuel

305. La modification nécessaire des acquis. Si l'assise apparemment solide du système appliqué pour prouver le contrat rend tentante la ratification de ce dernier, il convient de ne pas perdre de vue que ses fondations peuvent ne pas emporter l'adhésion¹¹³⁰. Le mécanisme retenu entraîne, par ailleurs, des implications dont l'opportunité peut être largement discutée. Plus généralement, et même en adhérant aux préceptes du système, il faut le mettre en perspective des autres solutions acquises au sujet de la composante contractuelle. Ainsi, indépendamment de sa critique intrinsèque, la position actuelle des tribunaux marque son incohérence à l'égard de la notion pénale de contrat.

En visant un contrat parmi les composantes d'une infraction, le législateur choisit indubitablement de tisser un lien entre le droit pénal et le droit des contrats. Toutefois, les fonctions respectives de chacune des matières imposent de différencier la prise en compte de ce dernier. La jurisprudence, prenant acte de cette exigence, affirme alors avec netteté la nécessité de n'exiger que les conditions relevant de l'identification du contrat. Le contrat, en droit pénal, n'aurait alors que faire des conditions ayant pour seul but de lui faire produire ses

¹¹³⁰ V. *supra*, n° 276.

effets juridiques. Or, la question probatoire figure incontestablement parmi ces dernières. Par suite, l'élément contractuel, à ce stade, ne doit pas se soumettre aux règles civiles mais au contraire emprunter aux éléments constitutifs ordinaires, leurs règles de preuve.

Ainsi, le système consacré par la jurisprudence doit céder la place à une conception uniformément pénale du mécanisme probatoire de l'élément contractuel d'une infraction. L'admission des conséquences de cette proposition (§2) suppose d'abord de souscrire aux raisons qui la fondent (§1).

§1 : Les fondements du renouvellement

306. Le rejet de la vision duelle. La position désormais classique des juridictions criminelles consiste à proposer une application distributive des règles probatoires civile et pénale. La dualité de régime de l'élément contractuel pourrait déjà suffire à sa condamnation. Comment, en effet, justifier que le droit pénal retienne une distinction selon le schéma infractionnel, qu'il rejette ensuite formellement concernant les règles de régularité du contrat¹¹³¹ ? De plus, la dualité du régime probatoire mis en place par la jurisprudence s'oppose à l'unité de la règle de la charge de la preuve. Il est aujourd'hui acquis qu'incombe au ministère public la charge de la preuve de l'existence de l'élément contractuel, que ce dernier soit ou non qualifié de condition préalable¹¹³². Une telle règle pourrait découler du principe de procédure civile selon lequel la charge de la preuve pèse sur le demandeur¹¹³³. Toutefois, la Cour de cassation, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme¹¹³⁴,

¹¹³¹ Initiée au sujet du délit d'abus de confiance, l'indifférence aux vices entachant le contrat s'est immédiatement inscrite en contradiction des règles émanant de la note du président Barris. D'un côté, la Chambre criminelle vote pour le système duel qui impose explicitement les règles extra-pénales pour prouver le contrat de l'abus de confiance. De l'autre côté, le même juge pénal choisit d'exclure les règles extra-pénales de régularité du contrat. Cette même solution va alors se trouver appliquer pour l'ensemble des infractions contractuelles sans qu'aucune distinction ne soit mise en place. L'on constate dès lors la mise à l'écart des conditions de régularité civiles tant pour des infractions dont l'élément contractuel caractérise la condition préalable (pour le délit de détournement de gage, v. notamment : Cass. crim., 24 juil. 1963, Bull. crim., n° 263 ; 26 févr. 1970, *ibid.*, n° 79, D. 1970, somm. p. 124 ; JCP 1970. II. 16446) que pour celles où la formation du contrat est assimilée au fait délictueux (pour l'escroquerie, v. Cass. crim. 9 juillet 1969, Bull. crim., 221, RSC 1969, p. 883, obs. P. Bouzat). Ainsi, le juge pénal propose, dans le cadre de la question de la régularité du contrat, une conception uniforme de ce dernier, conforme de surcroît à la fonction répressive du droit pénal.

¹¹³² v. notamment : J. Cadène, *La preuve en droit pénal, essai d'une théorie générale*, th. Montpellier, 1963, p. 27 ; M.-J. Essaid, *La présomption d'innocence*, th. Paris, 1969, n° 180 : « si la définition légale de l'infraction comporte des conditions préalables ou s'attache à des circonstances accessoires, c'est toujours à ceux qui soutiennent l'accusation qu'il appartient de les prouver » ; S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, préc., n° 489.

¹¹³³ *Actori incumbit probatio*.

¹¹³⁴ CEDH, 6 déc. 1988, Barbera, Messegue et Jabardo contre Espagne, Req. n° 10590/83.

considère que cette règle repose, en matière pénale, sur la présomption d'innocence¹¹³⁵. Par conséquent, considérer que la condition préalable doit être soumise à la charge de la preuve imposée par un principe pénal, revient à accepter l'assimilation de cette dernière à un élément constitutif : que le contrat soit considéré comme un préalable à l'infraction ou participant au fait délictueux, l'on estime que c'est le principe de la présomption d'innocence –principe pénal s'il en est–, qui justifie le choix de la charge de la preuve. En revanche, il faudrait ensuite considérer que les modes de preuve diffèrent selon la place de l'élément contractuel. Cette vision duelle apparaît dès lors inadaptée au reste du régime appliqué par le juge pénal.

307. Le rejet de la vision civile. Pareille condamnation trouve ensuite sa confirmation dans le choix du régime probatoire civil. La proposition actuelle de la jurisprudence consiste à appliquer au contrat, condition préalable d'une infraction, les règles de preuve relatives à l'acte juridique. Confrontée à la notion pénale de contrat, cette proposition peut ne pas convaincre dès lors que l'on propose de rattacher la preuve du contrat aux conditions relevant de son efficacité, ce dont les auteurs ne semblent pas douter¹¹³⁶. Le renvoi aux règles prévues pour l'acte juridique semble être ainsi un détour inutile pour prouver le contrat en droit pénal. L'éviction de ces règles est d'ailleurs proposée en doctrine par le recours à la qualification de fait juridique. Le juge pénal n'aurait ainsi à prouver qu'une somme de faits juridiques et non un acte juridique. Cette piste doit alors être explorée mais finalement exclue, faute de pouvoir la généralisée à la preuve de l'élément contractuel de toutes les infractions.

Ainsi, non seulement il semble illogique de proposer un régime duel, mais l'alternative civile paraît également inadéquate et ce, pour deux raisons. D'une part, le recours à la matière civile se révèle impossible lorsque ce sont les règles probatoires relatives au fait juridique que l'on cherche à appliquer. D'autre part, et plus radicalement, l'application des règles civiles de preuve apparaît finalement proprement inutile au vu de la sélection fonctionnelle des conditions de formation du contrat. Ainsi, impossible (A), l'adaptation de la réglementation civile est finalement également inutile (B).

¹¹³⁵ Cass. crim., 29 mai 1980, Bull. crim., n° 164 ; 22 févr. 1993, *ibid.*, n° 84 : « Tout prévenu étant présumé innocent, la charge de la preuve de la culpabilité incombe à la partie poursuivante ».

¹¹³⁶ V. *supra*, n° 182.

A-L'impossible adaptation de la réglementation civile

308. Un régime probatoire civil alternatif. Conformément à une présentation des plus classiques¹¹³⁷, le régime probatoire civil s'organise autour de la distinction entre les faits et les actes juridiques¹¹³⁸. Le droit civil impose, en présence d'un acte juridique, un système réglementé, excluant en principe, la preuve libre¹¹³⁹. Le système probatoire contractuel découle alors de cette dichotomie : en recevant la qualification d'acte juridique, le contrat doit être soumis au système mis en place par le Code civil. L'article 1341 du Code civil s'applique ainsi au contrat, en tant qu'acte juridique¹¹⁴⁰. En revanche, il consacre au sujet des faits juridiques un principe de liberté de la preuve¹¹⁴¹. Certains auteurs proposent alors, sans formaliser la distinction entre les conditions d'identification et d'efficacité du contrat, de concevoir le contrat en droit pénal comme une succession de faits juridiques. Cette proposition, si séduisante soit-elle, peut ne pas convaincre dès lors que l'on envisage de la généraliser.

309. La proposition de la qualification de fait juridique. C'est en observant l'évolution du délit d'abus de confiance qu'un auteur propose un raisonnement à partir de la référence au fait juridique¹¹⁴². A la liste de contrats nommés¹¹⁴³ visée par ce délit, fut substituée une série de mentions susceptibles de recevoir une qualification contractuelle. C'est désormais par l'emploi des termes « remis », « acceptés » et « à charge de » que le législateur présente la remise pouvant occasionner un détournement pénalement punissable¹¹⁴⁴. Il a alors

¹¹³⁷ Sur les origines philosophiques de l'opposition entre fait et acte juridique V. M. Bastit, *Suggestions sur les origines philosophiques de l'acte juridique*. Droits 1988. 11.

¹¹³⁸ Aubry et Rau proposent toutefois une présentation plus originale, qui nomme « fait juridique », ce que les auteurs appellent « acte juridique » (*Cours de droit civil français*, T. XII, 6^{ème} éd., par P. Eismein, Marchal et Billard, 1958, § 754, n° 1). La jurisprudence propose d'ailleurs pareille confusion : « L'article 1341 n'est applicable qu'aux faits juridiques, c'est-à-dire aux faits qui ont pour résultat immédiat et nécessaire, soit de créer ou de transférer, soit de confirmer ou de reconnaître, soit de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits. Au contraire, des faits purs et simples peuvent être établis par les divers modes de preuve admis par la loi, notamment par témoins » : Cass. civ., 24 déc. 1919 : DP. 1920. 1. 12.

¹¹³⁹ L'avant-projet de réforme des obligations maintient la distinction du régime probatoire en fonction de la qualification d'acte ou de fait juridique (art. 1284). Le principe de la liberté de la preuve des faits juridiques (art. 1287) s'oppose ainsi (art. 1306).

¹¹⁴⁰ Pour une présentation en ce sens : M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 218 : « En droit civil, la preuve des actes juridiques (et donc celle des contrats) est réglementée et non pas libre ». L'avant-projet Catala confirme cette position : le régime probatoire du contrat découle de sa qualification d'acte juridique (v. art. 1306).

¹¹⁴¹ V. J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 2-Le fait juridique*, préc., n° 118 et s.

¹¹⁴² Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 549.

¹¹⁴³ C. pén. anc., art. 406.

¹¹⁴⁴ V. sur les nouvelles potentialités offertes par l'incrimination de l'article 314-1 du Code pénal, *infra*, n° 411.

été constaté qu'une remise et une acceptation sont des faits juridiques¹¹⁴⁵. Par conséquent, sans abandonner le renvoi aux règles probatoires civiles, une telle qualification imposerait d'appliquer le principe de la liberté de la preuve, conformément aux prescriptions faites en matière de fait juridique¹¹⁴⁶. L'idée a de quoi séduire mais elle suppose toutefois, pour être acceptée, d'être généralisée à l'ensemble des infractions contractuelles, y compris celles pour lesquelles le législateur vise un contrat nommé. Il faut alors envisager une association plus générale de l'élément contractuel au fait juridique en considérant, sans le morceller, le contrat en droit pénal comme un fait juridique. Le recours à la qualification de fait par le droit contractuel lui-même¹¹⁴⁷ pourrait alors militer en ce sens. Il est en effet proposé d'expliquer l'opposabilité du contrat aux tiers en considérant le contrat, à leur égard, comme un fait¹¹⁴⁸, avec l'aval de certains arrêts¹¹⁴⁹. Plus spécialement, le droit des sociétés fournit également l'illustration d'une telle possibilité¹¹⁵⁰. Pourtant, la qualification de fait juridique et non pas uniquement de fait invite à rejeter la proposition.

310. La réfutation de la qualification de fait juridique. Si l'on peut de prime abord être séduit par l'idée selon laquelle une remise et une acceptation peuvent être envisagées isolément et ainsi caractériser deux faits juridiques, force est de reconnaître l'artifice du propos lorsqu'il est généralisé. En effet, les deux comportements peuvent certes

¹¹⁴⁵ Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 549.

¹¹⁴⁶ La loi écarte la preuve préconstituée pour les quasi-contrats, les délits ou quasi-délits civils (C. civ., art. 1318). Une jurisprudence constante étend cette solution à l'ensemble des faits juridiques (Cass. civ., 13 juill. 1874, DP. 1875.1.173 ; Cass. req., 8 mars 1898, DP. 1898.1.104 ; 18 juill. 1906, DP. 1907.1.111 ; 1^{er} août 1906, DP. 1909.1.398 ; Cass. civ., 24 déc. 1919, DP. 1920.1.12 ; 20 janv. 1953, Bull. civ. I, n° 239 ; 27 avr. 1977, *ibid.*, I, n° 192, D. 1977, p. 413, note C. Gaury).

¹¹⁴⁷ A distinguer de la présentation du contrat comme une situation de fait, dont la qualification emporte un régime spécifique. V. sur cette notion, *supra*, n° 69.

¹¹⁴⁸ F. Bertrand, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, th. Paris II, 1979 ; J. Duclos, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, préf. D. Martin, spéc., n° 28 et s. V. cep. : J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001, n° 4 : « l'introduction d'une distinction entre le contrat considéré comme un acte juridique ou comme un simple fait est superfétatoire. Elle n'ajoute rien, même s'il semble qu'elle ait historiquement permis de découvrir la distinction entre effet obligatoire et opposabilité aux tiers » ; P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTDciv. 1999, p. 771 et s., spéc., n° 52.

¹¹⁴⁹ Cass. civ. 3, 21 mars 1972, Bull. civ. III, n° 193 : « si en principe les conventions n'ont d'effet qu'à l'égard des parties, il ne s'ensuit pas que les juges ne puissent considérer comme créant une situation de fait à l'égard des tiers les stipulations du contrat ». V. également, pour justifier cette fois l'opposabilité du contrat par un tiers : Cass. com., 22 oct. 1991, Bull. civ. IV, n° 302, JCP 1992. I. 3570, Defrénois 1992. 321, RTDciv. 1992, p. 90, D. 1993, p. 181 : « s'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit comme un fait juridique la situation créée par le contrat ».

¹¹⁵⁰ L'article 1871 du Code civil prévoit que la société en participation « peut être prouvée par tous moyens ». La jurisprudence considère alors que la société créée de fait –dont le point commun avec celle en participation est de ne pas être immatriculée– doit également obéir au principe de liberté de la preuve (Cass. com., 13 mars 1984, n° 82-11.866, Bull. civ. IV, n° 99, Rev. sociétés 1984. 753, note C.-H. Gallet, 1^{re} esp., D. 1985, p. 244, note Y. Reinhard). La doctrine justifie ce choix en considérant la société de fait comme un fait juridique et non comme un contrat de société (B. Dondero, *Société créée de fait*, *Rép. des soc. Dalloz*, 2009, n° 53).

éventuellement être considérés comme des faits juridiques mais la logique et le texte imposent de les envisager ensemble. Pour l'abus de confiance, c'est la remise qui doit avoir été acceptée et de manière plus générale, l'élément contractuel suppose que l'offre ait été acceptée. Or, la différence substantielle entre le fait et l'acte juridique réside dans le rôle attribué à la volonté : « si l'on admet que l'acte juridique consiste en toute activité humaine dont les effets de droit se produisent pour avoir été voulus, le fait juridique désigne *a contrario* tout acte ou événement auquel le droit attache des conséquences dont il est indifférent qu'elles aient été recherchées »¹¹⁵¹. Appliquée à l'abus de confiance, cette distinction paraît sans appel : la charge grevant la remise qui doit être acceptée, repose ainsi sur un acte de volonté. La même conclusion s'impose pour l'élément contractuel entendu dans sa définition générale puisque l'engagement repose sur l'échange des consentements ; c'est ce dernier qui est créateur d'engagement¹¹⁵². Dès lors, la réunion des composantes de la définition de l'élément contractuel aboutit à exclure la qualification de fait juridique¹¹⁵³.

En définitive, la réception des règles probatoires civiles, même en les envisageant par la qualification de fait juridique, ne peuvent convenir à l'élément contractuel d'une infraction. L'inadéquation est finalement logique, qui atteste l'inutilité d'adapter la réglementation civile à la preuve de l'élément contractuel.

B-L'inutile adaptation de la réglementation civile

311. La qualification convaincante de condition d'efficacité. *Idem est non esse aut non probari*. En droit, ne pas être prouvé revient à ne pas être. La preuve du contrat fait donc logiquement partie des conditions relative à sa formation¹¹⁵⁴. Cependant, afin de déterminer quel rôle doit jouer la source civile dans la preuve de l'élément contractuel, cette opération doit être qualifiée à l'aune de la distinction entre les conditions d'identification et d'efficacité. Or, le seul débat animant la doctrine au sujet de la classification de la preuve réside dans son rattachement ou non aux formes solennelles. Autrement dit, les auteurs s'opposent afin de

¹¹⁵¹ C. Brenner, *Acte, Rép. civ. Dalloz*, 2006, n°27.

¹¹⁵² Les infractions contractuelles innommées ne font qu'abonder en ce sens. L'escroquerie, par exemple, qui exige expressément la remise d'un consentement « à un acte opérant obligation », choisit bien comme siège dudit engagement, un acte de volonté, le consentement.

¹¹⁵³ Cela ne revient pas à nier que le contrat en droit pénal peut être considéré comme un fait social (v. *supra*, n° 22). Les qualifications sont en effet incontestablement différentes.

¹¹⁵⁴ V. pour une illustration de cette qualification, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 218.

déterminer si les règles de preuve peuvent être sanctionnées par la nullité du contrat¹¹⁵⁵. Or, quelle que soit l'alternative retenue, tous admettent que la preuve du contrat demeure étrangère à son identification pour ne participer qu'à son efficacité. Ainsi, même pour les défenseurs de la dissociation entre la validité et la preuve, « les formes probatoires ne conditionnent nullement l'existence ou la validité de l'acte juridique. En leur absence l'acte juridique existe, et il est valable ; mais en cas de contestation il risque de ne pouvoir être prouvé et sera dépourvu d'efficacité dans la mesure où son exécution risque de se trouver paralysée »¹¹⁵⁶. Prouver le contrat ne permet en aucun cas de l'identifier mais seulement de faire que l'identification préalable acquiert une force permettant au contrat de produire ses effets¹¹⁵⁷.

312. La qualification dirimante de condition d'efficacité. La notion pénale de contrat, qui suppose la seule exigence des conditions de son identification, s'accommode mal d'un quelconque renvoi aux règles participant au « rayonnement » du contrat et donc à son efficacité. La sélection fonctionnelle des conditions relatives à la formation du contrat impose ainsi d'exclure le renvoi à la matière civile pour prouver l'élément contractuel. Une fois identifié, le contrat en droit pénal doit rester étranger à toutes considérations contractuelles. Autrement dit, l'association unanime du système probatoire à l'efficacité du contrat doit nécessairement conduire à l'exclusion des régimes civils, de l'acte juridique comme du fait juridique.

313. Bilan. La volonté d'adapter les règles civiles pour prouver l'élément contractuel témoigne de l'attachement de la doctrine à l'association logique de cet élément à sa discipline d'origine. Pour autant, le lien naturel qui se tisse entre l'élément contractuel et le droit civil, n'a pas à être absolu. En choisissant de renoncer notamment à la validité du contrat, la

¹¹⁵⁵ En ce sens : J. Flour, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, préc., p. 93 ; F. Génay, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*. III, *Elaboration technique du droit positif*, Dalloz, 1921, n° 203 ; X. Lagarde, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, préc., n° 7 ; J.-Ch. Saint-Pau, *L'anonymat et le droit*, préc., n° 265 : « l'essentiel du formalisme indirect réside dans les formalités de publicité et de preuve ».

¹¹⁵⁶ M.-A. Guerriero, *L'acte juridique solennel*, préc. p. 165 et s.

¹¹⁵⁷ Les projets de réforme du droit des contrats sont largement en ce sens. Le projet de la Chancellerie prévoit ainsi dans un chapitre V consacré à « La forme », précédant celui intitulé « La validité », un article 46 qui vise non seulement les formes requises à titre d'opposabilité mais également celles requises à titre de preuve. L'avant-projet Catala prévoit également au sein d'un même article de viser les formes requises à titre de preuve ou d'opposabilité. Art. 1227-5 : « Les formes requises aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des conventions ». Les principes du droit européen des contrats sont encore plus significatifs puisqu'ils prévoient une référence expresse à la preuve du contrat (art. 2 :101) dans un chapitre consacré à la formation de ce dernier (chap. 2).

jurisprudence s'est prononcée en faveur d'une vision particulière de celui-ci, conforme à la finalité répressive du droit pénal. Dès lors, l'adoption d'une conception pénale de l'élément contractuel suppose d'abandonner la vision classique du contrat. Ce dernier, en matière pénale, renvoie uniquement aux conditions de son identification générale –les conditions d'existence– et spéciale –les conditions de sa qualification. Les exigences relevant de son efficacité demeurent en revanche indifférentes pour caractériser l'élément contractuel¹¹⁵⁸. Par conséquent, la volonté de maintenir la nécessité d'une référence à la matière civile, par le truchement de la qualification de fait juridique, se révèle inutile¹¹⁵⁹.

Cependant, adhérer à l'idée selon laquelle l'élément contractuel se démarque du contrat par l'indifférence affirmée aux conditions de sa portée juridique, ne revient pas à supprimer toute nécessité probatoire : le juge pénal, en présence d'une infraction contractuelle, peut bien sûr se trouver confronté à une contestation portant sur l'élément contractuel. C'est alors comme un simple élément constitutif d'une infraction que le contrat devra être abordé. Seules les règles pénales traditionnellement applicables devront être sollicitées pour prouver l'élément contractuel.

§2 : *Les effets du renouvellement*

314. La nécessaire application du système probatoire pénal. En excluant la nécessité du recours aux règles civiles, l'on adhère nécessairement à l'idée selon laquelle l'élément contractuel se prouve comme tout autre élément constitutif. Dès lors, c'est le système probatoire pénal tout entier qui s'impose au juge pénal. Ce constat n'est pas sans conséquence tant la preuve civile et la preuve pénale répondent à des exigences, en principe, nettement distinctes. Que se soit pour l'objectif même du système (A) ou pour son régime (B), l'élément contractuel devra se soumettre aux particularités du droit pénal.

¹¹⁵⁸ Le parallèle avec le droit des sociétés peut alors se poursuivre. Si certains auteurs considèrent que le principe de la liberté de la preuve pour les sociétés créées de fait s'explique par leur qualification de fait juridique (v. *supra*, n° 310), la jurisprudence le justifie plus précisément par le fait que la preuve « n'a d'autre objet que de déterminer les rapports qui ont pu exister entre ses associés » (Cass. com., 13 mars 1984, Bull. civ. IV, n° 99). Le raisonnement s'apparente ainsi à celui du droit pénal puisqu'il repose sur l'objectif de l'opération probatoire. Or, l'indifférence à la production des effets juridiques du contrat justifie l'inutilité du recours à la rigueur d'un système de preuve légale.

¹¹⁵⁹ D'ailleurs, l'auteur à l'origine du raisonnement sur la qualification de fait juridique à propos de l'abus de confiance, concède le recours aux règles probatoires pénales : « remise et acceptation sont des faits juridiques pouvant être prouvés par tous moyens, même en droit civil, *a fortiori* selon le principe de la liberté de la preuve en droit pénal qui pourrait (devrait) recouvrer son empire » (Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 549.)

A- L'objectif particulier du système probatoire pénal

315. La divergence de but. Malgré l'origine commune des procès civil et pénal, des traits distincts sont venus forger l'opposition entre les deux procédures¹¹⁶⁰. Plus spécifiquement, la question de la preuve fit l'objet de propositions radicalement différentes selon le prétoire concerné. A une exigence commune –celle de prouver les éléments permettant de rendre une décision–, les procédures ont en effet proposé des réglementations obéissant à des objectifs distincts. En tant qu'élément contractuel, le contrat devra, devant le juge pénal, se soumettre à l'optique retenue en sa matière. Ainsi, c'est dans le sens de la vérité matérielle qu'il devra s'orienter (1) pour prouver l'élément contractuel (2).

1) La recherche de la vérité matérielle

316. La recherche commune d'une vérité. Dans une définition classique, à propos de laquelle la majorité de la doctrine s'entend, prouver signifie établir la réalité d'un fait ou l'existence d'un acte¹¹⁶¹. C'est, en effet, vers la recherche de la vérité que le procès s'oriente : « tout procès tend, pour que le juge puisse appliquer la règle de droit adéquate, à mettre en lumière la vérité des faits et la réalité des droits »¹¹⁶². Ainsi, de manière générale, la preuve a pour but d'accéder à la réalité d'une situation. Une telle quête se trouvera nécessairement confrontée à la présence inévitable du doute. Pour autant, la directive maintenue en toute hypothèse est celle de se rapprocher au plus près de la vérité. Toutefois, un tel objectif ne s'organise pas de la même manière selon que le procès est de nature civile ou pénale, qui dépend de la conception même de la vérité retenue.

317. La recherche particulière de la vérité matérielle. La hiérarchie des preuves mise en place en droit civil suppose la prise en compte d'une vérité particulière, celle imposée

¹¹⁶⁰ V. pour une présentation de rapports entre ces deux procédures, A. Vitu, *Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile*, in Mélanges offerts à P. Voirin, LGDJ, 1966, p. 812 et s., spéc., p. 819.

¹¹⁶¹ R. Guillien, *Lexique des termes juridiques*, 15^e éd., Dalloz, 2005 ; V. aussi, G. Cornu, *Rapport de synthèse présenté au X^e colloque des IEJ*, in Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve, PUF, 1974, p. 121 et s.

¹¹⁶² F. Terré, *Introduction générale au droit*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2009., n° 486. –*Adde* : A. Ponsard, *Vérité et justice* (la vérité et le procès), in Travaux de l'Association H. Capitant, T. XXXVIII, La vérité et le droit, Dalloz, 1989, p. 673.

par la classification¹¹⁶³. En effet, le juge civil doit tenir pour vrai un aveu¹¹⁶⁴ par lequel une partie reconnaît la prétention de son adversaire : « aurait-il la conviction que les faits sont autres que ce que les parties lui en ont dit, il doit se contenter de leurs affirmations concordantes »¹¹⁶⁵. Un tel système aboutit à la recherche d'une vérité formelle, découlant de la force probante attachée aux moyens de preuve utilisés. D'aucuns relèvent alors que la vérité recherchée ne correspond pas nécessairement à la réalité¹¹⁶⁶ : la vérité en vue est celle imposée par la loi et non par les faits¹¹⁶⁷.

Toute autre est la situation devant le juge pénal. Ce dernier, n'est en principe aucunement tenu par la force prédéterminée d'un mode de preuve, et dispose donc de la plus grande liberté pour rechercher les éléments lui permettant de parvenir à la réalité des faits. C'est alors vers la vérité matérielle que doit s'orienter le procès pénal. L'objectif des procédures révèle ainsi des directions différentes selon que le juge est tenu par une vérité formelle ou recherche une vérité matérielle. Envisager le contrat comme un simple élément constitutif de l'infraction suppose donc l'application de l'objectif pénal, y compris pour la preuve de l'élément contractuel.

2) La transposition à l'élément contractuel

318. Le contrat, élément constitutif contractuel. Lorsqu'une référence contractuelle figure dans un texte d'incrimination, seuls les éléments permettant son identification doivent être exigés. En somme, une fois que le contrat existe et peut recevoir la qualification requise, l'élément contractuel doit être constaté. Ainsi, si le renvoi à la discipline

¹¹⁶³ V. sur ce point, *infra*, n° 292.

¹¹⁶⁴ Traditionnellement considéré comme la reine des preuves, l'aveu ne comporte toutefois pas la même force probante selon qu'il est judiciaire ou extrajudiciaire. Si le premier « fait pleine foi contre celui qui l'a fait » (C. civ., art. 1356), le second, dans le silence de la loi, est considéré par la jurisprudence comme relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond (Cass. civ. 1, 1^{er} juill. 2001, Bull. civ. I, n° 213, p. 134).

¹¹⁶⁵ A. Vitu, *Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile*, préc., p. 819.

¹¹⁶⁶ « Le but du procès n'est pas plus la découverte de la vérité que le but de la guerre n'est le triomphe du droit. On fait la guerre pour imposer la paix, on fait un procès pour aboutir à la chose jugée. » (H. Rousseau, note S. 1939.2.16).

¹¹⁶⁷ « Quand le législateur impose des règles de preuve, son but n'est pas uniquement la meilleure découverte de la vérité. [...] La loi sait que ses dispositions, bien qu'obligatoires pour le juge, ne seront pas toujours conformes à la réalité objective des choses. » : R. Savatier, *La science et le droit de la preuve*, préc. p. 617. Certains auteurs radicalisent même le propos en considérant la vérité comme exclut des systèmes de preuves hiérarchiques : « La force probante reconnue aux preuves parfaites, le mécanisme de la charge de la preuve, la portée reconnue à l'absence de contestation constituent autant de moyens d'éviter aux juges d'avoir à statuer directement sur la vérité des faits litigieux » (X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, 1994, Préf. J. Ghestin, n° 171). –*Adde* : V. Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, préc., n° 186 : « Le droit commun de la preuve des actes juridiques se fonde moins sur la recherche de la vérité que sur le sentiment de certitude que procure le recours aux formes ».

d'origine du contrat concerné peut intervenir, c'est uniquement pour fournir des indications sur sa définition. Ne peuvent dès lors en aucun cas s'appliquer les règles ayant pour vocation l'organisation de la portée juridique du contrat. Par suite, intégré dans l'infraction, l'élément contractuel doit se soumettre aux instructions applicables aux autres composantes. Dès lors, la seule directive qui doit animer sa caractérisation réside dans la mise en conformité avec la réalité. Le juge pénal, qu'il détermine si l'auteur présumé a commis une faute ou si la situation contractuelle correspond aux exigences de définition, doit s'appliquer à rechercher « l'exacte vérité »¹¹⁶⁸. Ainsi, la preuve de l'élément contractuel, ne peut, malgré la connotation civile de ce dernier, déroger à l'objectif général du droit pénal. Ce constat, propose alors un écho, sur le terrain de la preuve, aux prescriptions faites en matière de qualification.

319. Le parallèle avec les règles de qualification. En effet, si les mécanismes contractuels peuvent et doivent être pris en compte, ce n'est que dans la mesure où ils participent à la compréhension de la situation effectivement réalisée¹¹⁶⁹. Ainsi, rien ne devrait pouvoir empêcher le juge pénal de considérer l'existence d'une novation modifiant la nature d'une obligation, afin de déterminer l'exacte qualification de la convention devant lui présentée¹¹⁷⁰. Dans le même ordre d'idée, la clause de réserve de propriété peut fournir au juge des indications sur la qualification la plus réaliste du contrat. Ces directives imposées au juge pénal dans le cadre de l'opération de qualification de l'élément contractuel correspondent à l'objectif affirmé en matière de preuve.

320. L'adaptation nécessaire des règles applicables. Si l'objectif manifeste de la matière pénale réside dans l'accès à la vérité matérielle de la situation, la réglementation applicable pour prouver les différents éléments constitutifs doit nécessairement s'y adapter.

B- Le régime adapté du système probatoire pénal

321. Le choix entre la preuve légale et la preuve morale. Puisque l'élément constitutif à prouver propose inévitablement un lien avec la matière civile, la tentation est

¹¹⁶⁸ Selon l'expression d'A. Vitu, *Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile*, préc., p. 819. Une telle formule n'empêche pour autant pas le juge pénal, au sujet de l'élément contractuel pas plus que pour une autre composante, de se trouver confronté au doute.

¹¹⁶⁹ V. sur les outils contractuels de l'opération de qualification de l'élément contractuel, *supra*, n° 141 et s.

¹¹⁷⁰ La jurisprudence se prononce en ce sens. V. *supra*, n° 172 et s.

grande de raisonner dans les termes choisis par cette discipline. Appliquée à l'élément contractuel, cette proposition reviendrait à souscrire au système dit de la preuve légale. Toutefois, la seule exigence des éléments de définition de cet élément, prive l'appel à un tel système de tout fondement. L'élément contractuel est un élément constitutif qui impose, pour être prouvé, le recours aux directives pénales classiques. Dès lors, la rigidité du système de preuve légale doit céder sa place (1) à la souplesse des principes reconnus en matière criminelle (2).

1) L'exclusion inévitable du système de preuve légale

322. Le rejet par la qualification d'élément contractuel. Si le droit pénal a pour objectif d'accéder à la vérité matérielle, aucune entrave à cette quête ne peut être jugée recevable. Par conséquent, le constat de l'appartenance de l'élément contractuel à l'infraction commande de se soumettre à cette recherche de la réalité des faits. L'on trouve alors confirmation de l'impossible transposition des règles civiles applicables au contrat à la preuve de l'élément contractuel. En effet, faut-il rappeler que l'essence même du système de preuve légale retenu en matière civile réside dans la mise en œuvre de la hiérarchie des modes de preuve imposée par le législateur. La vérité recherchée peut ainsi nettement différer de la réalité¹¹⁷¹ à laquelle le juge pénal cherche à parvenir. L'élément contractuel, en obéissant à l'objectif innervant la matière pénale doit donc se soumettre aux règles lui correspondant. Une telle affirmation trouve une confirmation implicite dans les dérogations proposées par le Code pénal lui-même au principe de la preuve morale.

323. Le rejet par la présentation des règles criminelles. L'article 427 du Code de procédure pénale, siège des principes probatoires applicables en matière pénale, commence par en limiter la portée : la souplesse des principes ne s'appliquera que si le législateur n'a pas prévu un système particulier¹¹⁷². L'on pense dès lors à la valeur probante des procès-verbaux¹¹⁷³. Plusieurs exemples permettent d'illustrer la possibilité de dérogation offerte par

¹¹⁷¹ « Il est certain que toute règle de preuve impérative traduit, en réalité, un principe estimé supérieur à la recherche objective de la vérité elle-même. » : R. Savatier, *La science et le droit de la preuve*, préc., p. 618.

¹¹⁷² « Hors les cas où la loi en dispose autrement [...] ».

¹¹⁷³ V. notamment, J. Buisson, *Preuve, Rép. pén. Dalloz*, 2003, n° 70 et s. ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 273.

le législateur. L'article 53 de la loi du 3 juillet 1985¹¹⁷⁴ prévoyait que seuls le procès-verbal ou les constatations d'agents assermentés pouvaient être utilisés comme mode de preuve de l'élément matériel des infractions mentionnées¹¹⁷⁵. Aujourd'hui il est possible de citer l'article L. 480-1 du Code de l'urbanisme, qui prévoit le procès-verbal comme mode de preuve de certaines infractions énumérées¹¹⁷⁶. Ainsi, le procédé de renvoi à un régime dérogatoire fonctionne. Or, aucune disposition ne prévoit qu'en cas d'infractions mentionnant une situation contractuelle dans leurs composantes, certains modes de preuve doivent être imposés. Le silence des textes abonde ainsi dans le sens d'une application des règles pénales classiques. L'élément contractuel se trouve donc soumis aux principes de la liberté de la preuve et de l'intime conviction.

2) Le choix logique de principes souples

324. Les outils d'accès à la vérité. Dans l'optique d'un accès à la réalité d'une situation, le législateur se devait de fournir au juge pénal les outils adéquats. Ce fut chose faite par l'article 427 du Code de procédure pénale : « les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». Deux directives découlent clairement de cet article : celui de la liberté des modes de preuve et celui de l'intime conviction. Ainsi, les juridictions criminelles ne se confrontent, en principe, à aucun encadrement contraignant. L'élément contractuel ne devrait dès lors pas échapper à cette souplesse, qui amène le juge à se forger une opinion libre selon l'ensemble des preuves qu'il peut obtenir.

¹¹⁷⁴ n° 85-660 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

¹¹⁷⁵ « Outre les procès-verbaux des officiers ou agents de police judiciaire, la preuve de la matérialité de toute infraction aux dispositions de la présente loi peut résulter des constatations d'agents assermentés désignés par le Centre national de la cinématographie et par les sociétés mentionnées au titre IV. Ces agents sont agréés par le ministre chargé de la culture » (Article abrogé par la loi du 1^{er} juillet 1992, n° 92-597). L'on peut multiplier les exemples historiques de modes de preuve imposés. Ainsi l'article 338, alinéa 2, du Code pénal, abrogé par la loi du 11 juillet 1975, exigeait que, pour la constatation du délit de complicité d'adultère, la preuve soit rapportée par un constat de flagrant délit. V. pour d'autres exemples d'articles désormais abrogés, H. Pelletier, *Tribunal correctionnel. Admission de la preuve. Principes généraux. Modes de preuve. Aveux. Procès-verbaux et rapports. Preuve par écrit. Expertises. Transports, J.-Cl. Proc. Pén.*, art. 427 à 457, fasc 20, 2004, n° 8.

¹¹⁷⁶ « Lorsque l'autorité administrative et, au cas où il est compétent pour délivrer les autorisations, le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale compétent ont connaissance d'une infraction de la nature de celles que prévoient les articles L. 160-1 et L. 480-4, ils sont tenus d'en faire dresser procès verbal ».

325. Liberté et modes de preuve. Afin de n'entraver d'aucune manière la mission du juge pénal, le législateur choisit de mettre à sa disposition tous les types de preuve. « L'intérêt supérieur de la société, mais aussi l'intérêt du présumé innocent convergent pour que, devant la vérité, tout obstacle juridique tenant aux modes de preuve soit aplani »¹¹⁷⁷. Dès lors, tous les éléments permettant de participer à la recherche de la vérité doivent pouvoir être utilisés¹¹⁷⁸. C'est ainsi que le juge pénal ne peut, de manière préalable, être orienté vers un type de preuve en particulier. L'aveu, le témoignage ou encore l'indice sont autant de procédés pouvant permettre le constat de l'infraction. La preuve de l'élément contractuel ne devrait pas échapper à cette souplesse dès lors que l'objectif d'accès à la vérité lui est transposable.

Toutefois, la question du recours à la preuve littérale s'invite forcément dans les débats de par la particularité de la composante en cause. En principe, l'écrit n'est pas le mode le plus répandu pour constater une infraction¹¹⁷⁹. L'on envisage difficilement, en effet, la possibilité de se préconstituer une preuve de l'infraction. Ce constat peut naturellement être dressé pour la preuve de l'élément contractuel. En effet, l'existence d'un contrat sera souvent consignée par écrit ; les parties pourront donc naturellement verser cette preuve au débat. Un tel type de preuve ne sera dès lors pas isolé à propos de cette composante contractuelle. Toutefois, en aucun cas cette prise en compte ne sera imposée au juge pénal, qui pourra lui préférer des indices en sens contraire, en vertu du principe de la liberté dans l'appréciation de la valeur de la preuve.

326. Liberté et valeur des preuves. Complément indispensable au principe de la liberté de la preuve, le principe de l'intime conviction figure en toutes lettres dans le Code de procédure pénale. La règle est donc que le juge pénal apprécie souverainement la portée des preuves débattues¹¹⁸⁰. Contrairement au système de preuve légale, le droit pénal privilégie la

¹¹⁷⁷ Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, préc., n° 48. Dans le même sens, R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 152 : « l'intérêt supérieur de la manifestation de la vérité impose le principe : il n'est pas jusqu'à la personne poursuivie elle-même qui ne puisse avoir intérêt à faire valoir, par tous moyens de preuve, ses propres justifications ou moyens de défense ».

¹¹⁷⁸ La généralité de cette affirmation trouve bien sûr sa limite dans la légalité de l'administration de la preuve. V. pour des illustrations de procédés interdits : H. Pelletier, *Tribunal correctionnel. Admission de la preuve. Principes généraux. Modes de preuve. Aveux. Procès-verbaux et rapports. Preuve par écrit. Expertises. Transports, J.-Cl. Proc. Pén.*, art. 427 à 457, fasc 20, 2004, n° 9 et s. ; C. Ambroise-Castérot, *Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité*, AJ. pén. 2005. 261.

¹¹⁷⁹ L'on peut toutefois envisager l'hypothèse d'une lettre ou d'un papier égaré par le délinquant et surtout la catégorie des procès-verbaux. Sur cette dernière question, v. *supra*, n° 323.

¹¹⁸⁰ Le système prévoit des gardes-fous afin d'assurer une liberté raisonnable du juge pénal : une éventuelle erreur de leur part peut justifier un recours en révision dès lors qu'elle remplit les conditions fixées par l'article 622 du Code de procédure pénale.

souplesse en permettant aux juridictions de préférer le contenu d'un renseignement à la conclusion d'un expert. Appliqué à l'élément contractuel, cela signifie qu'en aucun cas le juge pénal ne doit s'en tenir aux mentions figurant dans l'écrit, si contrat écrit il y a.

Ce système propose à nouveau un écho aux règles applicables dans le cadre de l'opération de qualification de l'élément contractuel. Le juge pénal ne demeure en aucun cas lié par la qualification donnée au contrat par les parties et détient le droit de procéder à une requalification dès lors que cette dernière correspond davantage à la situation effective, bref à la réalité. Ainsi, sur le terrain de la preuve le principe de l'intime conviction permet au juge de privilégier un aveu plutôt que l'écrit rédigé par les parties au contrat.

327. Bilan. Ainsi, la matière pénale propose un système de liberté du juge dans la preuve des composantes de l'infraction. L'accent est expressément mis sur la nécessaire appréhension de la réalité de la situation devant lui présentée. Pour accéder à la vérité matérielle, le juge pénal doit se voir le moins possible imposer des prescriptions sur les modes de preuve et leur valeur. Le rejet du système de preuve légale s'impose donc logiquement devant lui. Or, si l'élément contractuel induit certaines particularités au vu de son origine extra-pénale, il demeure une composante infractionnelle qui suppose un même accès à la réalité. Le juge pénal ne doit ainsi en aucun cas se défaire de cette quête dès lors que le contrat est inclus dans une infraction. L'élément contractuel doit alors pouvoir être prouvé par tous moyens sans que le document écrit le consignait s'impose dans toutes ses dispositions au juge pénal.

Conclusion du second chapitre

328. L'indifférence nécessaire aux règles de preuve civiles du contrat. Affirmer que la preuve de l'élément contractuel ne doit pas dépendre des règles civiles suppose de remettre en cause le système ratifié par les juridictions criminelles. Ces dernières, en considérant tantôt l'élément comme un contrat des plus ordinaires, tantôt comme une situation pénale, propose finalement de ne retenir cette idée que dans le second cas. Le juge pénal doit ainsi, selon la jurisprudence, s'en remettre aux règles civiles et commerciales uniquement quand le contrat est considéré comme une condition préalable. Cette présentation peut laisser sceptique sur le mécanisme même de la condition préalable qui le fonde mais aussi sur la vision de la composante contractuelle qu'il induit.

En effet, d'une part, cela suppose d'adhérer à l'idée selon laquelle l'infraction exige des conditions préalables pour que le droit pénal assure son rôle de droit sanctionnateur. La doctrine a alors proposé de mettre en valeur le possible renouveau de ce rôle en ne l'associant plus à son caractère subsidiaire¹¹⁸¹. Dans cette optique, la condition préalable paraît, de prime abord, pouvoir correspondre à une conception plus moderne du droit pénal mais fournit, par là même, le critère de son exclusion : si le droit pénal peut faire preuve d'autonomie puisqu'il n'est plus considéré comme subsidiaire, en vertu de quoi doit-on lui imposer les règles probatoires extra-pénales ?

D'autre part, le système aujourd'hui en vigueur manifeste une incohérence dans la présentation de la notion pénale de contrat, incohérence qu'il est aisément possible d'éviter : en considérant que le contrat, intégré dans l'infraction, doit se défaire de ses exigences civiles d'efficacité, les règles de preuve, à l'instar de celles relatives à sa validité ou son opposabilité, doivent rester à l'écart du prétoire pénal. L'élément contractuel devrait dès lors être soumis, comme les autres composantes de l'infraction, au régime pénal. Pas plus qu'un autre, l'élément contractuel ne doit échapper à la quête de la vérité matérielle. Par conséquent, seuls les principes de liberté de la preuve et de l'intime conviction doivent lui être appliqués.

¹¹⁸¹ V. *supra*, n° 302.

Conclusion du second titre

329. L'exclusion pénale de l'efficacité du contrat. La fonction des règles de validité, d'opposabilité ou de preuve implique leur exclusion de la notion pénale de contrat. En effet, si elles doivent être rattachées à la phase de formation, ces règles permettent au contrat de produire ses effets juridiques sans heurt mais ne participent pas à son identification. La finalité du droit pénal impose alors leur mise à l'écart de la notion pénale de contrat en vertu d'une distinction fonctionnelle des conditions relatives à la formation du contrat. Si le droit positif paraît favorable au principe de cette distinction fonctionnelle, il doit toutefois être rationalisé.

D'abord, en affirmant que le droit pénal demeure indifférent à l'irrégularité du contrat qui sert de fondement à l'élément contractuel de l'infraction, les juridictions criminelles n'en circonscrivent pas clairement la portée. Il a fallu alors déterminer comment pareille indifférence pouvait être concrètement proclamée à l'égard des composantes de l'infraction. D'une part, la mise à l'écart des règles de validité ou d'opposabilité du contrat ne peut être acceptable que dans la mesure où ces dernières n'entament ni l'existence ni la qualification du contrat. D'autre part, elle ne peut être techniquement admissible que si le préjudice, parfois requis par certaines infractions, peut être caractérisé malgré l'irrégularité du contrat, ce que le droit positif autorise désormais largement.

Ensuite, présenter la notion pénale de contrat comme souscrivant uniquement aux conditions relevant de son identification implique la mise à l'écart du régime probatoire civil. Le droit positif, jusqu'alors enclin à la dissociation fonctionnelle des conditions de formation du contrat, formule en la matière une solution différente. En soumettant la preuve de l'élément contractuel de certaines infractions aux règles applicables aux actes juridiques, la jurisprudence refuse de consacrer pleinement la mise à l'écart des conditions d'efficacité du contrat. Pareille solution doit être condamnée qui, en plus de contrevenir à une présentation générale et rationnelle du contrat, repose sur un système intrinsèquement condamnable.

La proposition d'une notion pénale de contrat apparaît alors.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

330. Une notion pénale de contrat. La comparaison avec le modèle civil, à laquelle la référence au contrat dans une infraction invite, pourrait n'aboutir qu'à un constat de divergences manifestes illustrant l'autonomie technique du droit pénal.

Pourtant, ce constat doit et peut être dépassé. Si la référence à l'autonomie technique du droit pénal sans plus de précision devait servir d'unique explication, la solution ne pourrait emporter l'adhésion. En effet, si le particularisme du droit pénal ne peut être nié, il doit s'organiser de manière rationnelle. A cette fin, l'observation du droit positif à l'aune de la finalité du droit pénal permet d'envisager une présentation unitaire de la notion pénale de contrat. Le droit des contrats focalise ainsi son attention sur les effets juridiques qu'un accord de volontés peut produire et, plus précisément, sur sa portée satisfaisante ou indemnitaire. Le droit pénal doit rester indifférent à de telles considérations, pour n'envisager que la répression de comportements socialement blâmables. Le recours à la finalité du droit pénal commande ainsi une distinction fonctionnelle des conditions relatives à la formation du contrat. Toutes ne recèlent pas en effet un rôle identique : si certaines participent incontestablement à l'identification d'une opération contractuelle, d'autres semblent davantage avoir pour objet d'assurer à cette opération son efficacité juridique. Si des considérations plutôt politiques invitent à différencier le contrat civil du contrat pénal, l'analyse de la jurisprudence et de la rédaction des incriminations autorise une concrétisation technique de cette directive. En effet, la présentation des infractions contractuelles inconnues indique non seulement les exigences minimales pour que le contrat en cause caractérise l'élément contractuel mais aussi celles nécessairement incompatibles avec son insertion dans l'infraction. Cette double vision, à la fois positive et négative, est également décelable dans la jurisprudence des juridictions criminelles. Le juge pénal confirme ainsi tant la nécessité d'une référence minimale à la notion civile de contrat que l'indifférence manifeste à l'égard de certaines composantes. Dès lors, une conception uniforme du contrat en droit pénal devient possible. Le croisement des filtres imposés par le législateur et le juge, en application de la directive fonctionnelle, aboutit à considérer comme surabondantes toutes les conditions dont l'objet consiste uniquement à fournir au contrat son efficacité. Autrement dit, un tri doit être opéré parmi les composantes

relevant de la phase de formation du contrat, pour ne retenir que les conditions d'identification du contrat à l'exclusion de celles ne participant qu'à son efficacité. Conforme à la finalité du droit pénal, cette présentation technique du contrat, élément constitutif d'une infraction pouvait alors prendre toute son ampleur.

Derrière une apparente simplicité, la nécessité de caractériser les conditions d'identification du contrat révèle inévitablement une dualité : le contrat avant d'être qualifié de vente, par exemple, doit être qualifié de contrat. La référence au droit civil se révèle alors d'abord essentielle pour déterminer les conditions permettant d'identifier la présence d'un contrat¹¹⁸². La proposition pénale classique du renvoi à la simple apparence doit se voir substituée la présentation d'une distinction entre les conditions d'existence et de validité du contrat. Le contrat en droit pénal suppose ainsi l'existence du contrat. Ensuite, et dans la mesure des précisions des incriminations, le juge pénal se soumet à la qualification spéciale *du* contrat, succédant à celle, plus générale, *de* contrat, en maintenant la référence à la matière civile¹¹⁸³.

Le lien particulièrement fort entre les deux matières doit alors nettement s'estomper aux abords des conditions relevant de l'efficacité du contrat. Le sort de ces dernières, seulement utiles à la production des effets classiques du droit des contrats, demeure cependant moins clairement scellé par la jurisprudence. Si l'indifférence à la régularité du contrat paraît pouvoir s'organiser de manière rationnelle¹¹⁸⁴, le juge pénal propose une conception de la preuve pour le moins déconcertante. Ce n'est alors qu'en présentant les failles intrinsèques du système probatoire retenu et le nécessaire rattachement de la preuve du contrat aux conditions de son efficacité¹¹⁸⁵, qu'une notion pénale de contrat pouvait pleinement apparaître.

En définitive, le contrat en droit pénal se révèle distinct du contrat en droit civil en ce qu'il se soumet aux seules conditions participant à son identification, à l'exclusion de celles assurant son efficacité. Une notion pénale de contrat apparaît ainsi par la mise en œuvre d'un critère sélectif reposant sur une approche fonctionnelle des conditions associées à la formation du contrat. Le principe d'une sélection fonctionnelle des règles du régime contractuel s'impose également pour déterminer le particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible mais l'objet de ce tri n'est plus alors les conditions de ce régime mais les comportements envisagés par lui.

¹¹⁸² V. *supra*, n° 67 et s.

¹¹⁸³ V. *supra*, n° 101 et s.

¹¹⁸⁴ V. *supra*, n° 184 et s.

¹¹⁸⁵ V. *supra*, n° 297 et s.

2nde PARTIE - L'INEXECUTION DU CONTRAT EN DROIT PENAL

331. La recherche d'une spécificité pénale. Depuis 1804, le Code civil prévoit que « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution ». Le Code pénal n'envisage pas de disposition équivalente à cet article 1147 qui proposerait de sanctionner pénalement toute inexécution contractuelle. Il existe certes des infractions permettant d'affirmer que le droit pénal envisage la violation d'un contrat mais il s'agit alors, pour le législateur, de procéder de manière ponctuelle à la référence à la matière contractuelle. Un premier constat s'impose alors qui est celui d'une sélection : le droit pénal ne sanctionne pas pénalement tout fait générateur de responsabilité contractuelle. Le constat paraît logique, qui répond à la notion de contrat en droit pénal. Indifférent aux conditions d'efficacité nécessaires à l'engagement de la responsabilité contractuelle, ce dernier ne pouvait ensuite accepter de confondre les faits générateurs de responsabilités pénale et contractuelle. Le nombre incalculable de coïncidences entre l'infraction et l'inexécution d'un contrat ne doit pas, à lui seul, faire douter de la démarche sélective.

332. La multiplicité des cas d'inexécutions contractuelles pénalement réprimées. Le droit pénal connaît nombre d'infractions exigeant uniquement, pour être constituées, la formation du contrat. Toutefois, le législateur propose également d'envisager la sanction répressive pour des comportements dépassant cette première phase. Ladite sanction peut ainsi coïncider avec des cas de violation du contrat préalablement formé. Envisagé de manière extensive, un tel schéma n'est pas rare. Au contraire, il suffit d'observer les infractions d'atteintes involontaires à la vie¹¹⁸⁶, à l'intégrité de la personne¹¹⁸⁷ ou de risques causés à autrui¹¹⁸⁸ pour comprendre que droit pénal et inexécution contractuelle peuvent facilement coïncider. Il faut alors imaginer un voyageur blessé au cours de l'exécution d'un contrat de

¹¹⁸⁶ C. pén., art. 221-6.

¹¹⁸⁷ C. pén., art. 222-19 et s.

¹¹⁸⁸ C. pén., art. 223-1.

transport qui décide d'invoquer la violation de l'obligation contractuelle de sécurité¹¹⁸⁹. Dans un tel cas, responsabilités pénale et contractuelle peuvent être conjointement engagées. L'ensemble des hypothèses dans lesquelles infraction et inexécution contractuelle peuvent coïncider ne permet toutefois pas d'illustrer la manière dont le droit pénal envisage ce comportement. Vouloir déterminer comment le droit pénal prend en compte la violation du contrat impose une double circonscription.

333. La circonscription des inexécutions contractuelles pénalement répréhensibles. La circonscription commence d'une part, par les infractions figurant hors du Code pénal. La quantité incalculable d'obligations imposées à l'employeur et pénalement sanctionnées invite naturellement à faire le lien entre la violation du contrat de travail et le droit pénal, dès lors que ces obligations sont envisagées comme de nature contractuelle¹¹⁹⁰. Ainsi, le droit pénal du travail fournit de nombreuses hypothèses de parfaite coïncidence entre les faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale. Le droit de la consommation, propose également des dispositions retenant ce schéma infractionnel¹¹⁹¹. La comparaison classique de l'abus de confiance et de l'abus de biens sociaux¹¹⁹² incite à envisager, en outre, le droit pénal des sociétés. Parallèlement au débat sur la nature contractuelle de la société¹¹⁹³, le dirigeant est souvent présenté comme un mandataire de la société ou des actionnaires au sens de l'article 1984 du Code civil¹¹⁹⁴. S'il est effectivement un mandataire, la méconnaissance de ses obligations doit alors entraîner sa responsabilité contractuelle¹¹⁹⁵. Par conséquent, les infractions du droit pénal des sociétés visant le dirigeant comme auteur, devraient aussi soulever la question du particularisme de l'intervention du droit criminel.

¹¹⁸⁹ Consacrée par la jurisprudence (Cass. civ., 21 nov. 1911, DP. 1913. 1. 249, note L. Sarrut, S. 1912. 1. 73, note C. Lyon-Caen), cette obligation de sécurité dans les contrats de transport trouve une consécration implicite dans l'avant-projet de réforme qui prévoit que « l'obligation de sécurité inhérente à certains engagements contractuels, impose de veiller à l'intégrité de la personne, du créancier et de ses biens » (art. 1150). V. Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 490.

¹¹⁹⁰ V. *infra*, n° 433 et s.

¹¹⁹¹ Le droit de la consommation propose incontestablement des infractions pouvant coïncider avec la phase d'exécution du contrat mais l'essentiel de la législation pénale en la matière est relative à la conclusion du contrat. V. notamment *supra*, n° 13.

¹¹⁹² L. Godon, *Abus de confiance et abus de biens sociaux*, Rev. sociétés 1997, p. 289 et s.

¹¹⁹³ V. *supra*, n° 148.

¹¹⁹⁴ S. Asencio, *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, Rev. sociétés 2000, p. 683 ; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc., n° 268 ; D. Miellet, *Le statut des dirigeants*, GP 1998. 2. 1272 ; J.-C. Pagnucco, *L'action sociale ut universi et ut singuli en droit des groupements*, LGDJ, 2006, n° 154 et s.

¹¹⁹⁵ Une partie de la doctrine propose cette conception. V. notamment : C. Freyria, *Libres propos sur la responsabilité de la gestion d'une entreprise*, in Mélanges dédiés à L. Boyer, Presse de l'Université de Toulouse, 1996, p. 179 et s. ; J.-C. Pagnucco, *L'action sociale ut universi et ut singuli en droit des groupements*, préc., n° 258.

Toutefois, plusieurs réserves doivent être émises quant à la pertinence de cette étude. En effet, le droit commercial ne fournit pas de certitude quant à la qualification de mandat. Au contraire, le Code civil consacre un article à la responsabilité du dirigeant social, sans référence aucune à la responsabilité contractuelle¹¹⁹⁶. Pareil régime dérogatoire au droit commun incite alors à envisager de manière autonome la responsabilité du dirigeant¹¹⁹⁷. D'ailleurs, les infractions ne sont aucunement réservées au dirigeant investi d'un mandat classique puisque non seulement le dirigeant de fait peut être sanctionné mais également les administrateurs judiciaires de la société, incontestablement tiers au contrat¹¹⁹⁸. Enfin, contrairement aux infractions du Code du travail, le Code de commerce ne prévoit finalement que peu d'infractions de renvoi¹¹⁹⁹, préférant définir de manière spéciale le comportement pénalement sanctionné. Ainsi, le droit pénal des sociétés propose visiblement un particularisme qui rend son étude moins décisive à l'égard de la légitimité de la sanction pénale¹²⁰⁰. Finalement, ces infractions permettront de ratifier, ponctuellement ou plus généralement, les conclusions conduites à propos d'infractions dont le lien avec l'inexécution contractuelle est plus prégnant.

D'autre part, la recherche d'une éventuelle spécificité pénale de l'inexécution contractuelle suppose de dépasser les hypothèses de coïncidences finalement imputables au hasard. En effet, le fait que les infractions d'atteintes involontaires à l'intégrité physique¹²⁰¹ puissent être commises par un contractant ne fait en aucun cas l'objet d'une prévision législative et relève uniquement d'une spécificité factuelle. Il est vrai qu'un tel comportement peut emporter la responsabilité contractuelle de son auteur mais il est évident que cette optique est totalement étrangère à ces incriminations. L'hésitation quant à la pertinence de l'intervention du droit pénal au regard de sa finalité répressive ne trouve aucun écho pour ces infractions. Par suite, seules les textes qui associent un cadre contractuel à l'infraction doivent faire l'objet de l'analyse comparative. Ainsi, aux infractions créées dans le cadre du contrat de travail,

¹¹⁹⁶ C. civ., art. 1850 : « Chaque gérant est responsable individuellement envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises dans sa gestion ».

¹¹⁹⁷ En ce sens, Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8^{ème} éd., Dalloz-action, 2010, n° 4994.

¹¹⁹⁸ V. *infra*, n° 464.

¹¹⁹⁹ En lieu et place d'une définition du comportement pénalement répréhensible, ce type d'incrimination dispose que « tout manquement » ou « toute violation » de telle disposition « est puni de ».

¹²⁰⁰ La doctrine considère ainsi assez facilement que le droit pénal des sociétés respecte sa vocation première, la protection de l'ordre public. V. notamment, M. Bénéjat, *La responsabilité pénale professionnelle*, préc., n° 192 ; M. Haschke-Dournaux, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, LGDJ, 2005, préf. P. Le Cannu, Avant-propos G. Canivet, n° 396 et s.

¹²⁰¹ C. pén., art. 222-7 et s.

s'ajoutent celles relatives aux contrats de consommation¹²⁰² et plus classiquement¹²⁰³, nombre d'infractions de détournement : l'abus de confiance¹²⁰⁴, le détournement de gage¹²⁰⁵ ou encore les détournements de warrants¹²⁰⁶. Les incriminations proposent invariablement le même comportement punissable : il s'agit du fait pour tout emprunteur ou dépositaire d'avoir détourné, dissipé ou volontairement détérioré au préjudice de son créancier le gage de celui-ci. Le Code pénal laisse également envisager la coïncidence d'une infraction avec l'inexécution d'un contrat dans les infractions de filouteries¹²⁰⁷ ou encore d'atteinte au secret professionnel¹²⁰⁸.

L'ensemble de ces infractions soulève la question de la particularité de l'intervention du droit pénal. Certes, certaines d'entre elles peuvent être consommées dans un cadre non

¹²⁰² Le Code de la consommation envisage notamment le délit de tromperie (C. conso., art. L. 213-1), mais aussi plusieurs incriminations applicables à la phase d'exécution de différents contrats de prêt (V. par ex. C. conso., L. 312-23, al. 1^{er} et L. 312-35, al. 2).

¹²⁰³ La doctrine a en effet pour habitude de citer le délit d'abus de confiance pour illustrer la rencontre de l'inexécution contractuelle et du droit pénal.

¹²⁰⁴ C. pén., art. 314-1.

¹²⁰⁵ C. pén., art. 314-5.

¹²⁰⁶ Le législateur prévoit en effet des sanctions pénales dans le Code rural en cas de détournement ou de dissipation de warrants agricoles (C. rur., art. L. 342-14), dans le Code de commerce pour détournement de warrants hôteliers (C. Com., art. L. 523-13) et pétroliers (C. Com., art. L. 524-17) ainsi que dans une loi datant du 12 septembre 1940 pour les warrants industriels (Art. 13).

¹²⁰⁷ C. pén., art. 313-5. Certains auteurs rejettent toutefois la comparaison de cette infraction avec une inexécution du contrat sur le fondement du défaut de formation d'un quelconque contrat : « la conclusion d'un contrat implique nécessairement la volonté de contracter [...]. Le délinquant n'a jamais eu la volonté sérieuse de contracter car, au moment même où il se faisait servir, il savait qu'il ne pourrait pas payer » : M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 20. Pourtant, si l'on s'en tient à une définition stricte de l'échange des consentements (v. *supra*, n° 74 et s. et plus spécialement, n° 86), il apparaît incontestable qu'en passant commande, le client manifeste son consentement au contrat qui l'unit avec l'établissement. Un parallèle avec le délit de vol s'impose alors et, plus spécialement avec le vol dit au comptant. La jurisprudence affirme que le client qui quitte un magasin sans s'acquitter du prix se rend coupable de l'infraction prévue par l'article 311-1 du Code pénal. Or, certains auteurs font valoir qu'en pareille hypothèse, le client deviendrait propriétaire du bien dès qu'il s'en saisit dans les rayons et ne pourrait ainsi commettre l'infraction emblématique de la protection de la propriété. Il paraît alors possible de rétorquer, à l'appui de la jurisprudence, que le client ne formule pas de réel consentement en s'emparant du bien. Cette proposition pourrait sembler contradictoire avec les développements relatifs à la filouterie. En effet, tantôt dans un cas, le consentement est manifesté dès la commande, tantôt il ne le serait pas par le fait de choisir un bien de consommation. Pourtant, dans l'un comme dans l'autre cas, l'affirmation est la même, qui consiste à considérer que la formation du contrat suppose la remise des consentements des parties au contrat. Or, si dans les hypothèses caractéristiques de la filouterie, le consentement est nécessairement remis dès la commande, il faut considérer avec la jurisprudence contractuelle (Cass. com., 8 janv. 2002, RTDciv. 2002, p. 323, note P.-Y. Gautier), que la spécificité des ventes au comptant commande de reporter la remise du consentement au moment du paiement donc au passage en caisse. Par suite, le client qui quitte le magasin se rend logiquement coupable de vol puisqu'il n'est en aucun cas le propriétaire du bien, faute de consentement.

¹²⁰⁸ C. pén., art. 226-13. Le lien avec le fait générateur de responsabilité contractuelle est toutefois doublement limité. D'une part, l'incrimination ne limite aucunement le champ de l'infraction à la révélation d'une information remise dans le cadre d'un contrat puisque le dépositaire du secret révélé peut tout aussi bien être un médecin ou un avocat mais aussi un magistrat. Dans ce dernier cas, le témoin ou le prévenu se trouvent à son égard dans la position d'un usager de service public résultant d'une situation légale et aucunement contractuelle. D'autre part, le droit civil lui-même entame la pertinence de la qualification d'inexécution contractuelle lorsque le médecin est l'auteur de l'atteinte puisque la qualification de contrat médical est aujourd'hui très contestée (v. sur la question, J.-C. Saint-Pau, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations*, J.-Cl. Civ., art. 1146 à 1155, fasc. 11-10, 2003, n° 51 et s.).

contractuel¹²⁰⁹. Cependant, la qualification d'inexécution contractuelle ne serait pas ici fortuite mais seulement non exclusive¹²¹⁰.

Ce n'est alors qu'après avoir effectué une telle circonscription que la recherche d'une présentation rationnelle de l'inexécution contractuelle en droit pénal devient possible.

334. De la dispersion à la rationalisation. A l'instar du sentiment de confusion que pouvait éprouver l'observateur du droit positif relatif à la phase de formation du contrat, l'examen des infractions recelant un comportement d'inexécution contractuelle semble également forcer le constat d'une certaine anarchie. En effet, l'on ne peut que relever la protéiformité des infractions potentiellement concernées par l'inexécution contractuelle : tantôt le législateur exprime une véritable volonté de se démarquer du comportement suffisant à engager la responsabilité contractuelle, tantôt il incrimine ce dernier à l'identique. Une présentation de cette protéiformité pourrait alors être à nouveau proposée, qui supposerait de renoncer à l'idée d'un particularisme pénal, bref à l'existence d'une inexécution pénalement répréhensible. Pourtant, la démarche incontestablement sélective du droit pénal ne pouvait n'être que mentionnée sans rechercher si une logique anime la prise en compte du contrat à ce stade. Or, envisagée à nouveau à l'aune de la finalité du droit pénal, pareille sélection trouve un sens. L'observation du droit positif dispose ainsi d'un nouvel éclairage : quelle que soit l'infraction concernée, le comportement comparable à la violation d'un contrat doit permettre au droit pénal d'assurer sa fonction. Le contrat est ainsi traité comme un fait social à même d'occasionner l'atteinte à une valeur sociale collective. L'identification de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible suppose donc, à l'instar de la notion pénale de contrat, une sélection sur la base d'un critère fonctionnel, mais cette fois-ci appliqué non plus aux conditions mais aux comportements contractuels.

335. L'étendue de la rationalisation. Envisager le droit positif à l'aune d'une sélection organisée des inexécutions contractuelles pénalement répréhensibles conduit naturellement, en premier lieu, à mettre en exergue le particularisme des conditions de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible. Plus précisément, l'apparente protéiformité des infractions concernées peut alors faire place à une présentation méthodique des schémas infractionnels. Le particularisme ainsi décelé par la mise en œuvre d'une

¹²⁰⁹ V. *infra*, n° 464.

¹²¹⁰ Le maintien du vif intérêt doctrinal au sujet des liens entre le contrat et l'abus de confiance en témoigne. V. pour un exemple récent : Y. Muller, *La dérive jurisprudentielle du délit d'abus de confiance : la sanction pénale au service de la faute civile*, D. 2010, p. 809.

sélection fonctionnelle se révèle alors, en second lieu, décisif dans l'explication de l'une des positions les plus contestées du droit pénal en matière contractuelle : le refus d'appliquer les règles de la responsabilité contractuelle pour réparer le préjudice causé par une infraction d'inexécution contractuelle. Alors même que l'action civile dispose d'une finalité essentiellement réparatrice, le droit pénal refuse en effet de se soumettre au régime contractuel, ce que la doctrine condamne de manière quasi unanime. L'identification d'un particularisme pénal de l'inexécution contractuelle fournit alors la voie d'un apaisement non seulement en expliquant la position retenue mais également en retirant aux critiques l'essentiel de leur fondement.

Ainsi, une inexécution pénale du contrat existe, qui repose sur le particularisme de sa constitution (Titre 1) et explique celui de sa réparation (Titre 2).

Titre I - Le particularisme de la constitution de l'inexécution pénale

336. La cohérence du particularisme. En droit civil, le principe même de la violation du lien contractuel fait l'objet d'un texte général et abstrait qui prévoit la condamnation du débiteur défaillant au paiement de dommages et intérêts¹²¹¹. Le droit pénal ne connaît pas d'équivalent à cette disposition et propose uniquement la répression ponctuelle de certains agissements susceptibles d'entraîner, au civil, l'engagement de la responsabilité contractuelle de son auteur. Le législateur effectue donc manifestement un tri parmi les hypothèses d'inexécutions contractuelles. Toutefois, cela ne permet pas de concevoir la manière dont s'opère la sélection. Seule une analyse fonctionnelle de cette dernière permet d'éclairer le droit positif. En effet, la finalité répressive et générale du droit pénal impose de sanctionner des comportements blâmables indépendamment de l'idée de réparation d'un dommage. Cette directive s'insère alors logiquement dans la continuité de la notion pénale de contrat, indifférente aux conditions relevant de son efficacité. Plus précisément, le particularisme du contrat en droit pénal existe au sujet de la prise en compte des inexécutions contractuelles et ce, malgré la différence des schémas infractionnels.

337. La dualité du particularisme. L'ensemble des infractions d'inexécutions contractuelles ne sont pas constituées de manière identique. Pour certaines, le législateur requiert un comportement spécifique, distinct des conditions de la responsabilité contractuelle. Le particularisme de l'intervention du droit pénal apparaît alors assez aisément dans la composition du fait délictueux. Ainsi, ce n'est pas l'obligation violée qui, à elle seule, permet de justifier l'intervention du droit pénal –l'obligation pouvant alors être qualifiée d'ordinaire¹²¹². Le particularisme de l'inexécution du contrat pénalement répréhensible trouve, au contraire, son fondement dans la sélection des faits d'inexécution, tout l'intérêt de l'étude étant alors de mettre rationnellement en exergue pareille sélection.

¹²¹¹ C. civ., art. 1147, préc.

¹²¹² Le terme « ordinaire » a ici vocation à exprimer l'absence de relation contractuelle spécifique par opposition aux obligations particulières dont la spécificité repose sur leur portée collective prévue par la discipline d'origine elle-même.

En revanche, le législateur envisage également des infractions pour lesquelles le fait délictueux est en tout point le même que celui entraînant la responsabilité contractuelle. Le droit pénal s'illustre ici par des infractions dites de réglementation¹²¹³, dont le particularisme apparaît alors nettement moins évident. Pourtant, la légitimité de l'intervention du droit pénal demeure, même dans ce cas. Toutefois, elle trouve son siège non plus dans la spécificité de la violation mais dans celle de l'obligation violée –l'obligation pouvant alors être qualifiée de particulière–, cette dernière dépassant les simples rapports individuels pour participer à l'organisation sociale. Le particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible résulte alors cette fois de spécificités inhérentes aux matières pour lesquelles le droit pénal intervient. Ainsi, si ce dernier ne méconnaît pas sa fonction traditionnelle répressive c'est parce que les disciplines extra-pénales se détachent elles-mêmes, dans ces cas, de leur vocation traditionnelle en adoptant des solutions proches des considérations pénales. L'obligation dont la violation est pénalement sanctionnée ne peut donc plus être considérée comme ordinaire.

En définitive, le particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible apparaît qui résulte d'une sélection fonctionnelle et ce, que l'infraction vise la violation particulière d'une obligation contractuelle ordinaire (Chap. 1) ou la violation ordinaire d'une obligation contractuelle particulière (Chap. 2).

¹²¹³ Ces infractions sanctionnent pénalement des obligations légales prévues par d'autres législations. V. par exemple sur ce type d'infractions, J.-J. De Bresson, *Inflation des lois pénales et législations ou réglementations techniques*, RSC 1985, p. 241.

Chapitre I - La violation particulière d'une obligation contractuelle ordinaire

338. La recherche d'une spécificité pénale. Si certaines obligations contractuelles peuvent, en vertu de la relation dans laquelle elles s'imposent, emporter par elles-mêmes la légitimité de l'intervention du droit pénal¹²¹⁴, d'autres au contraire semblent seulement porteuses d'une atteinte à des intérêts strictement privés. Ainsi, sanctionner le fait pour un débiteur constituant d'un gage de refuser la restitution du bien gagé¹²¹⁵, ne paraît pas dépasser la simple déloyauté contractuelle. Le droit pénal semble alors, de prime abord, se contenter pour ces infractions, de réprimer de simples inexécutions contractuelles. Pareille affirmation ne peut pourtant pas satisfaire, non seulement car elle méconnaît la fonction du droit pénal mais aussi parce qu'elle ne reflète pas le droit positif.

Le législateur, comme la jurisprudence, veillent en effet à circonscrire le fait générateur de responsabilité pénale et le distinguent par là même du fait générateur de responsabilité contractuelle. Le droit pénal propose ainsi une sélection des comportements d'inexécutions contractuelles en particularisant ceux constituant le fait délictueux d'une infraction pour les rendre conformes à la finalité du droit pénal. La sélection fonctionnelle résulte ainsi, pour ces infractions, de l'affirmation d'un particularisme propre au fait pénal d'inexécution.

La distinction des faits générateurs de responsabilités pénale et contractuelle est connue de la doctrine, qui rejette l'idée d'une sanction pénale de la simple déloyauté contractuelle. Toutefois, la présentation classique ne semble désormais plus suffire à expliquer les évolutions du droit positif. Par suite, la vision classique du particularisme (Section 1) paraît devoir être complétée par une conception renouvelée (Section 2), ayant vocation à expliquer d'une seule manière le schéma infractionnel de l'ensemble des incriminations concernées.

¹²¹⁴ V. *infra*, n° 430 et s.

¹²¹⁵ V. l'infraction prévue par l'article 314-5 du Code pénal.

Section 1 : Le particularisme classique du fait délictueux

339. La double mesure de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible.

De manière générale, la doctrine pénale s'accorde à reconnaître la nécessité de distinguer les faits générateurs de responsabilités civile et pénale. Or, il semble effectivement possible de déceler, dans la jurisprudence, des spécificités propres au comportement pénalement répréhensible. Un tel particularisme prend toute sa mesure dans la dissociation des finalités respectives du droit pénal et du droit contractuel. Tout d'abord, le droit pénal affirme son indifférence à la vocation indemnitare de la responsabilité contractuelle par le particularisme de l'obligation violée : la violation pénalement sanctionnée concerne une obligation différente de celle requise en matière contractuelle. Ensuite, le droit pénal refuse de sanctionner tout manquement à la foi contractuelle et concentre son intervention sur les violations particulièrement graves. En effet, d'une part, cette catégorie d'infractions exclut les méconnaissances non volontaires, réservant l'incrimination aux comportements intentionnels. D'autre part, la prise en compte de l'inexécution contractuelle se trouve réduite aux comportements attentatoires à des valeurs sociales classiquement défendues par le droit pénal. En définitive, le particularisme classique du fait délictueux est déduit non seulement de ses spécificités techniques (Sous-section 1) mais aussi de sa portée politique (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La mesure technique du particularisme

340. Une double originalité. Lorsque le droit pénal s'intéresse aux relations contractuelles les plus ordinaires, les composantes du fait délictueux peuvent être dissociées du fait générateur de responsabilité contractuelle par un double mouvement. Il s'agit d'abord de remarquer la différence potentielle des conditions relatives à l'obligation dont la violation fait l'objet d'une sanction. L'obligation sur laquelle repose la violation pénalement sanctionnée se libère de certaines contraintes imposées par la matière contractuelle. Le droit pénal opère ainsi un tri parmi les inexécutions, pour ne retenir que celles assurant la mise en œuvre de sa finalité. D'abord, certains comportements sont alors pénalement sanctionnés alors que l'obligation violée ne suffirait pas, en matière contractuelle, à emporter réparation. Ensuite, l'inexécution contractuelle pour être pénalement sanctionnée doit être particulièrement grave et dépasser le stade auquel le droit contractuel intervient. Autrement

dit, toute inexécution contractuelle n'emporte pas de sanctions pénales et tout fait délictueux ne peut engager la responsabilité contractuelle de son auteur.

Ainsi, l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible, envisagée dans sa première expression¹²¹⁶, se distingue du fait générateur de responsabilité contractuelle non seulement par le fait de violation (§2) mais aussi par l'obligation violée elle-même (§1).

§1- L'absence d'identité de l'obligation violée

341. La spécificité de l'obligation pénale. La première catégorie d'infractions d'inexécution contractuelle peut être considérée comme s'illustrant par les exigences relatives à la violation de l'obligation contractuelle. Or, « la définition de l'inexécution se déporte nécessairement vers l'objet de la promesse car l'appréciation de la défaillance du débiteur est nécessairement corrélative à l'objet de l'engagement »¹²¹⁷. C'est ainsi, en premier lieu, l'obligation sur laquelle porte la violation qui doit être observée. Cette dernière révèle alors que le droit pénal se détache des considérations propres à la matière contractuelle puisque le cadre de sa sanction dépasse celui autorisant l'engagement de la responsabilité contractuelle. Tout d'abord, en effet, il convient d'étudier l'impact de la notion pénale de contrat sur les infractions envisageant la violation de ce dernier. Plus radicalement ensuite, en marge de cette vision spécifique du contrat, il faut observer que les infractions concernées autorisent une ignorance absolue du contrat, en envisageant la consommation de l'infraction dans un cadre étranger aux rapports contractuels.

Ainsi, l'absence d'identité des faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale se constate dès le stade de l'obligation en cause, non seulement par la présence d'un cadre contractuel particulier (A) mais également par la possibilité d'un cadre extra-contractuel (B).

¹²¹⁶ Conformément à la distinction proposée, *supra*, n° 337.

¹²¹⁷ J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations, J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 1155, fasc. 11-10, 2003, n° 3.

A- La portée du cadre contractuel spécial

342. L'impact de la notion pénale de contrat. L'identification d'une notion pénale de contrat ne se limite aucunement aux infractions envisageant la seule phase de formation du contrat ; ce dernier révèle également ses spécificités lorsqu'une incrimination prévoit l'inexécution du contrat formé. Indifférent aux conditions relevant de son efficacité, l'élément contractuel ne peut alors qu'augurer une inexécution, elle-même spécifique. La comparaison du fait générateur de responsabilité pénale et du fait générateur de responsabilité contractuelle atteste une première dissociation : le particularisme du premier exclut potentiellement la caractérisation du second. Une approche exclusivement pénale de ce fait délictueux permet également de procéder à une autre exclusion, celle d'une infraction au profit d'une autre. La vertu exclusive tantôt civile (1), tantôt pénale (2) doit alors être mise en exergue.

1) L'exclusion potentielle du fait générateur de responsabilité contractuelle

343. La dissociation par le particularisme du contrat. Les infractions envisageant comme fait délictueux la violation d'un contrat exigent nécessairement, en premier lieu, que l'élément contractuel puisse être identifié : avant d'être violé, le contrat doit être formé. Or, le constat de la formation du contrat pour ce type d'infractions contractuelles, comme pour les autres, est assujéti aux seules conditions de son identification. Pareille dissociation n'est pas anodine, puisqu'elle impose une première distinction des faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale.

344. La dissociation par l'indifférence à la validité du contrat. Point de départ visible du particularisme de la vision pénale du contrat, l'indifférence à sa nullité comme à son inopposabilité est expressément affirmée à propos d'infractions visant pourtant un fait délictueux de violation. En effet, le juge pénal a su proclamer à propos de l'abus de confiance¹²¹⁸ ou du délit de détournement de gage¹²¹⁹ que la validité, par exemple, « dans ses conséquences civiles ou commerciales n'est pas une condition nécessaire à l'application de la loi pénale »¹²²⁰.

¹²¹⁸ V. par ex. Cass. crim., 12 mai 1964, préc.

¹²¹⁹ V. par ex. Cass. crim., 24 juil. 1963, Bull. crim., n° 263.

¹²²⁰ CA Douai, 6 janv. 1989, D. 1991, somm. p. 64, obs. G. Azibert.

La notion pénale de contrat, envisagée à travers l'indifférence à la validité de ce dernier, empêche au contraire d'envisager la responsabilité contractuelle sur le fondement du détournement pénalement punissable. En effet, doctrine¹²²¹ et jurisprudence¹²²² s'accordent à reconnaître comme condition première de cette responsabilité, que le contrat soit valable. La logique d'une telle exigence est parfois contestée comme mettant l'accent sur le seul aspect satisfaisant¹²²³ de la responsabilité contractuelle. En effet, « si l'on admet au contraire qu'elle a vocation également à assurer une fonction de réparation, on peut imaginer qu'elle trouve à s'appliquer aux dommages occasionnés par l'exécution du contrat nul »¹²²⁴. Quoiqu'il en soit, l'affirmation de l'indifférence à la validité de l'élément contractuel, emblématique de la notion pénale de contrat, impose de constater l'impossible identité des faits générateurs de responsabilités pénale et contractuelle.

Ainsi, le fait générateur de responsabilité pénale peut, uniquement au vu de l'obligation requise, ne pas pouvoir entraîner l'engagement de la responsabilité contractuelle. Une frontière se dresse alors, dès ce stade, entre les deux faits générateurs comparés. L'indifférence aux conditions de validité du contrat invite alors, de manière digressive, à également mettre en valeur une possibilité de simplification non plus des rapports entre droit pénal et droit civil mais entre deux infractions du Code pénal.

2) L'exclusion incidente d'une confusion infractionnelle

345. Les infractions potentiellement confondues. D'un point de vue strictement pénal, la proposition de la notion pénale de contrat invite à mentionner l'hésitation de mise entre deux infractions classiques du Code pénal. Le critère traditionnel permettant de distinguer les délits de vol¹²²⁵ et d'abus de confiance¹²²⁶ repose, en effet, sur une conception

¹²²¹ A. Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Th. Lyon, 1931 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, préc., n° 114, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 585 ; J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations, J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 1155, fasc. 11-10, 2003, n° 19 ; Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 961.

¹²²² V. par ex. CA Paris, 26 mars 1987, D. 1987, IR. p. 115 ; 1^{er} déc. 1989, D. 1990, IR., p. 19.

¹²²³ V. pour le débat sur l'existence d'une « responsabilité contractuelle », *infra*, n° 526 et s.

¹²²⁴ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, préc., n° 115. –Adde : P. Hébraud, *Le rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, in *Mélanges offerts à J. Maury*. T. 1. Droit international privé et public, Dalloz, 1960, p. 419 et s.

¹²²⁵ C. pén., art. 311-1.

¹²²⁶ C. pén., art. 314-1.

contractuelle classique du second. Schématiquement, seul l'abus de confiance est associé à une violation contractuelle pénalement répréhensible.

La suppression de la liste de contrats du texte d'incrimination de l'abus de confiance incite alors la doctrine à proposer le dépassement du cadre juridique de la remise : la formulation actuelle permettrait de sanctionner des détournements consécutifs à des remises dites matérielles ou de pur fait¹²²⁷. Cela signifie qu'en parallèle des remises contractuelles, la remise pourrait « résulter d'une situation de fait par laquelle un individu remet un bien à un autre, qui l'accepte, sans qu'ils aient la volonté de faire produire des effets de droit à leur accord et donc de s'engager juridiquement »¹²²⁸. La jurisprudence ratifierait une telle position en affirmant que « l'abus de confiance ne suppose pas que la [chose] détournée ait été remise en vertu d'un contrat »¹²²⁹.

Cependant, la notion pénale de contrat incite à penser que la portée juridique, telle qu'assimilée à la portée judiciaire¹²³⁰, ne peut faire partie des composantes nécessaires à la constitution de l'élément contractuel¹²³¹. Il semble alors préférable de rejeter la distinction entre les remises matérielle et contractuelle en la remplaçant par la notion pénale de contrat. L'élargissement du champ d'application du délit peut donc être proposé que l'on adhère ou non à la vision majoritairement défendue en doctrine. La mise en exergue d'une possible dissociation des faits générateurs de responsabilité contractuelle et pénale, par le biais de l'obligation violée, autorise ainsi une conception simplifiée de la répartition du contentieux entre le vol et l'abus de confiance.

346. L'énoncé de la confusion initiale. Le parallèle entre ces deux infractions a toujours été fait en doctrine, tant l'extension de la première s'explique par le caractère initialement limitatif de la seconde. En effet, le caractère restrictif du contrat requis pour l'abus de confiance a justifié l'élargissement de la conception originelle de la notion de soustraction afin de poursuivre des détournements non qualifiables d'abus de confiance.

Dans l'hypothèse du détournement d'un bien préalablement remis à l'auteur, il peut aujourd'hui être tentant de proposer la seule réponse de l'abus de confiance. Le terme de

¹²²⁷ Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 548 ; S. Fournier, *Quel domaine pour l'abus de confiance ?*, in Réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 113, n° 7 ; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 809 ; R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 119 ; R. Ollard, F. Rousseau, *Droit pénal spécial*, préc., p. 273 ; M. Véron, *L'abus de confiance. Son extension dans l'espace et dans le temps*, préc., p. 1155.

¹²²⁸ R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 119.

¹²²⁹ Cass. crim., 18 oct. 2000, Dr. pén. 2001, comm. 28, note M. Véron, RSC 2001, p. 384, obs. R. Ottenhof.

¹²³⁰ V. *supra*, n° 92 et s.

¹²³¹ V. *supra*, n° 94 et s.

remise fait, en effet, depuis la modification de l'incrimination, aussitôt penser à ce délit. Pourtant, le vol dépasse depuis longtemps le simple déplacement de la chose pour embrasser d'autres situations que celle résultant de la fameuse formule jurisprudentielle « prendre, enlever, ravir »¹²³². En d'autres termes, la remise n'est pas incompatible avec une soustraction ultérieure. Le mécanisme est désormais entendu et peut se résumer finalement en quelques mots¹²³³ : un individu qui se voit remettre un bien sans en obtenir la possession pourra être poursuivi pour vol dès lors qu'il usurpera cette dernière. La soustraction correspond ainsi « à une prise de possession à l'insu et contre le gré du propriétaire ou du précédent possesseur »¹²³⁴. La soustraction ne porte plus dans ce cas sur l'objet lui-même mais sur la possession dont il est l'objet¹²³⁵. Les incidences d'une telle définition sont immenses, qui permettent d'embrasser toutes les situations dans lesquelles un individu se voit remettre la détention d'un bien¹²³⁶. Si la définition de ce type de soustraction est depuis longtemps acquise, le parallèle avec le délit d'abus de confiance change de termes depuis la modification de son texte d'incrimination¹²³⁷.

Sous l'empire de l'ancien Code pénal, la circonscription du domaine des deux délits était aisée : si la remise était faite dans le cadre d'un des contrats visés par l'article 408 de l'ancien Code pénal, le détournement consécutif devait correspondre à celui de l'abus de confiance. Au contraire, si la remise de la détention n'était que matérielle, c'est-à-dire indépendante d'un titre contractuel¹²³⁸, seule la soustraction intellectuelle pouvait permettre des poursuites. Autrement dit, jusqu'à la modification de l'incrimination d'abus de confiance, le critère distinctif retenu reposait sur la présence ou non de l'élément contractuel. L'on pouvait ainsi facilement différencier les deux infractions par la recherche de cet élément, le vol par

¹²³² Cass. crim., 18 nov. 1837, S. 1838. 1. 366 : « pour soustraire, il faut prendre, enlever, ravir ».

¹²³³ La brièveté du raisonnement ne révèle pas une simplicité de la construction mais témoigne au contraire de sa limpidité confinante aujourd'hui à l'évidence.

¹²³⁴ Définition façonnée par E. Garçon in *Code pénal annoté*, T. I, préc., v. art. 379, n° 47. V. également du même auteur, *De la soustraction dans le vol et du détournement dans l'abus de confiance*, Journal des Parquets 1909, p. 4 et s.

¹²³⁵ Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 510, P. Corlay, *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession*, LGDJ, 1978, n° 44 et s.

¹²³⁶ La jurisprudence fournit de nombreux exemples de soustraction intellectuelle. Il en est ainsi notamment du fait de s'approprier une chose confiée pour un essai de quelques minutes, en vue d'un achat éventuel (Cass. crim., 10 avr. 1959, Bull. crim., n° 209) ou de soustraire un billet de banque de la liasse remise en vue d'opérer une vérification et d'en demander un autre de même valeur (Cass. crim., 15 juin 1939, Bull. crim., n° 128 ; DP. 1940. 1. 60).

¹²³⁷ La distinction entre ces infractions ne s'est pas toujours imposée. Pour un rappel historique de cette évolution, v. P.-Y. Gautier, *Emile Garçon et le droit civil*, in Une certaine idée du droit : Mélanges A. Decocq, Litec, 2004, p. 267 et s., spéc. n° 8.

¹²³⁸ Et bien sûr si l'opération contractuelle en cause ne correspondait à aucun des contrats listés.

soustraction juridique pouvant être considéré, de ce point de vue, comme l'« infraction résiduelle »¹²³⁹.

347. Le dépassement de la confusion initiale. La notion pénale de contrat invite à dépasser cette répartition. En effet, la figure contractuelle de l'abus de confiance ne peut être en tout point assimilée à celle augurant l'engagement de la responsabilité contractuelle. Certes, cette infraction prévoit un détournement potentiellement comparable à la violation d'un contrat, mais le contrat en question diverge clairement de celui requis en matière contractuelle. Plus précisément, le critère distinctif des infractions de vol et d'abus de confiance est désormais inopérant, qui ne prend pas en compte la possibilité de retenir des remises faites par le biais d'un contrat ne respectant pas l'ensemble des conditions d'efficacité requises en matière civile. Le conflit doit donc être soumis à une autre analyse. D'aucuns considèrent alors que la qualification de soustraction intellectuelle doit désormais s'effacer au profit de celle d'abus de confiance¹²⁴⁰. Cette affirmation peut convaincre, tant l'incrimination de vol paraît dans ce cas tant inutile qu'inopportune.

348. Une qualification de vol inutile. La définition du délit d'abus de confiance autorise des remises ne permettant pas de caractériser un contrat pleinement efficace. L'admission de ce qu'il est convenu d'appeler les remises matérielles altère alors la nécessité du recours à la soustraction intellectuelle. En effet, là où le vol par soustraction juridique trouvait son domaine de prédilection, seul le délit d'abus de confiance devrait désormais s'imposer¹²⁴¹. L'exemple de « la remise nécessaire »¹²⁴² permettrait, selon cette idée, des poursuites pour abus de confiance, le bien étant remis par une personne à une autre au titre de

¹²³⁹ Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 521. –Adde : E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, préc., n° 897 ; J. Leauté, *Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance*, in *La chambre criminelle et sa jurisprudence : recueil d'études en hommage à la mémoire de M. Patin, Cujas*, 1965, p. 228 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, préc., n° 112. Cette distinction n'est pas la seule présentation retenue en doctrine. Certains auteurs attribuent à chaque infraction un domaine d'application en fonction du critère de la possession. L'abus de confiance ne serait envisageable qu'en cas de remise de la possession alors que le vol par soustraction juridique ne permettrait d'envisager que les hypothèses de remise « d'une simple détention sans coloration possessoire » : R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, par A. Vitu, préc., n° 2376. –Adde : J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 198.

¹²⁴⁰ Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 552 ; J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 198 ; S. Détraz, R. Ollard, J.-Ch. Saint-Pau, *Contre l'incrimination du vol d'information*, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Dalloz, p. 97 et s., spéc., p. 103 ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, préc., n° 897 ; C. Souweine, *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal*, préc., n° 33.

¹²⁴¹ En ce sens, W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 15 ; C. Souweine, *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal*, préc., n° 10.

¹²⁴² Formule dont les termes choisis par la Cour de cassation furent critiqués par la doctrine. V. surtout, E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. I, préc., v. art. 379, n° 176 et s.

simple communication : « Matériellement la chose est placée par le propriétaire entre les mains de celui qui se l'approprie frauduleusement mais dans le but seulement de permettre à ce dernier de la voir, de l'examiner, de la palper et sous condition tacite de restitution immédiate »¹²⁴³. Rien ne semble en effet pouvoir exclure l'hypothèse du champ d'application de l'abus de confiance. Le vendeur de vélo qui le laisse à un client afin qu'il l'essaie le remet bien à charge de le rendre et même d'en faire un usage particulier –simplement l'essayer. Le vol perd alors de son intérêt et ne devrait plus être l'infraction retenue dans ce cas¹²⁴⁴. Cependant, un dernier obstacle doit être dépassé pour ratifier une telle exclusion.

349. La qualification d'abus de confiance précisée. Admettre la parfaite substitution de l'abus de confiance à la soustraction intellectuelle suppose en effet de démontrer que la remise exigée pour la constitution du premier peut embrasser les situations permises par la seconde. Or, le vol autorise des poursuites contre celui qui soustrait un bien laissé à sa disposition mais sans qu'aucune remise véritable n'ait été opérée. C'est l'exemple topique du vol par un salarié de matériel de son entreprise dont il pouvait se servir dans le cadre de son travail. Si dans ce cas le détournement caractéristique de l'abus de confiance peut aisément être identifié, la qualification de remise est quant à elle beaucoup moins évidente. En effet, aucun transfert n'a véritablement eu lieu. Pour reprendre l'exemple du salarié, il est tout à fait possible que le matériel ait été installé avant même son arrivée dans l'entreprise. A s'en tenir à une telle exigence de transfert, aucune remise constitutive d'abus de confiance ne peut être caractérisée. Cependant, cette vision semble avoir vécue, qui se trouve aujourd'hui dépassée par la conception jurisprudentielle du délit. En effet, à plusieurs reprises, la Chambre criminelle retient l'abus de confiance pour sanctionner des comportements consécutifs à une simple mise à disposition des biens détournés. Tout d'abord, par un arrêt du 19 mai 2004, elle qualifie d'abus de confiance le détournement par un salarié, de l'ordinateur et de la connexion Internet « que son employeur avait mis à sa disposition, pour les besoins de son activité professionnelle »¹²⁴⁵. Indépendamment de la contradiction apparente¹²⁴⁶ entre l'admission de la remise d'une connexion Internet et le refus de reconnaître la possible soustraction d'une

¹²⁴³ E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. I, préc., v. art. 379, n° 152.

¹²⁴⁴ « En cas de remise de la détention purement matérielle, il y a bien une remise acceptée à charge de rendre, de représenter ou de faire un usage déterminé » : S. Fournier, sous Cass. crim., 9 mars 2005, RPDP 2005, p. 978.

¹²⁴⁵ Bull. crim., n° 26.

¹²⁴⁶ Il faut alors préciser que la remise et la soustraction faisaient l'objet d'une analyse comparable quant à leur degré de matérialité. V. notamment sur la question, G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal : contribution à la protection pénale de la propriété*, Th. Toulouse-Capitole, 2009, n° 168 et s.

communication téléphonique¹²⁴⁷, il faut considérer l'apport de la solution sur la physionomie de la remise requise pour l'abus de confiance. En acceptant des remises constituées par une simple « mise à disposition »¹²⁴⁸, le juge pénal autorise des poursuites pour abus de confiance dans des cas autrefois réservés au vol. Cette affirmation trouve ensuite pour preuve l'arrêt du 22 septembre 2004¹²⁴⁹ condamnant un salarié pour avoir détourné un projet de borne informatique alors qu'il était chargé de sa mise au point. L'intérêt de la décision réside dans la particularité de l'objet de la remise. Que l'on admette qu'elle porte sur « les moyens mis à sa disposition pour ce travail »¹²⁵⁰ ou sur le projet lui-même¹²⁵¹, il faut reconnaître qu'un transfert ne peut être pleinement identifié. Dans le premier cas, il ne peut s'agir que d'une mise à disposition caractérisée en partie par des conseils techniques, simples données intellectuelles. Dans le second, « le transfert de possession n'est pas nécessaire puisque le salarié est créateur » : il crée une borne informatique pour le compte de l'employeur. L'acte de remise devient alors « évanescent »¹²⁵². Quoiqu'il en soit, le juge pénal témoigne de sa volonté d'élargir le champ de l'infraction en ne restreignant pas la remise à une tradition matérielle. Le recours au vol n'apparaît dès lors plus indispensable. Cette vision est enfin confirmée par un arrêt rendu en dehors d'un détournement de bien incorporel. La Cour de cassation a décidé le 9 mars 2005¹²⁵³ que l'abus de confiance était applicable à l'employé d'un supermarché posant sur des marchandises des étiquettes portant un code barre renvoyant à un prix inférieur au prix réel, de manière à permettre à une relation d'acquérir ces biens au prix réduit. Or, aucune tradition véritable ne peut être identifiée en l'espèce, incitant les juges à considérer que les marchandises « lui étaient confiées par son employeur »¹²⁵⁴. Ainsi, le délit d'abus de confiance paraît s'appliquer à des cas dans lesquels le bien détourné n'a pas fait l'objet d'une véritable tradition dès lors que les juges peuvent retenir l'existence d'une simple mise à disposition. Le recours au vol ne s'impose donc plus. Plus radicalement, il semble que

¹²⁴⁷ Cass. crim., 12 déc. 1990, Bull. crim., n° 430. La position du juge pénal relative à la remise, plus récente, annonce peut-être une évolution quant aux contours de la soustraction. En ce sens, G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal : contribution à la protection pénale de la propriété*, préc., n° 200.

¹²⁴⁸ Selon les termes mêmes de la Cour de cassation.

¹²⁴⁹ Bull. crim., n° 218, JCP 2004. IV. 3184, D. 2005. 411, note B. de Lamy, AJ. pén. 2005. 22, obs. J. Leblois-Happe, Dr. pén. 2004, comm. 179, note M. Véron, JCP 2005. II. 1034, note A. Mendoza-Caminade, RSC 2005, p. 852, obs. R. Ottenhof.

¹²⁵⁰ B. de Lamy, note préc., p. 414.

¹²⁵¹ G. Beaussonie, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal : contribution à la protection pénale de la propriété*, préc., n° 207. L'auteur fait valoir la nécessaire identité entre le bien remis et le bien détourné. Or, les juges reconnaissent que « le salarié a disposé au profit d'un tiers et comme d'un bien propre d'un projet qui, dès sa réalisation, était propriété de son employeur ». –Adde : S. Détraz, R. Ollard, J.-Ch. Saint-Pau, *Contre l'incrimination du vol d'information*, préc., p. 102.

¹²⁵² B. de Lamy, note préc., p. 414.

¹²⁵³ Dr. pén. 2005. 107, obs. M. Véron, RPDP 2005, p. 977, note S. Fournier.

¹²⁵⁴ Nous soulignons.

l'extension de l'abus de confiance de nature à englober les hypothèses autrefois réservées à la soustraction intellectuelle apparaît comme la solution la plus heureuse.

350. Une qualification de vol inopportune. En plus d'avoir perdu son rôle initialement palliatif, le vol par soustraction intellectuelle révèle son caractère inopportun. Il suffit, pour s'en convaincre de relever les incertitudes associées notamment à la reconnaissance du vol d'un bien incorporel, et plus précisément d'information. Tout d'abord, législateur¹²⁵⁵, doctrine¹²⁵⁶ et jurisprudence¹²⁵⁷ s'accordent à refuser de considérer le terme « chose », employé par l'article 311-1 du Code pénal, comme visant un bien immatériel et donc une information. Au contraire, l'incrimination d'abus de confiance admet le détournement d'un « bien quelconque », ce qui permet de concevoir le délit à propos d'un bien incorporel¹²⁵⁸. La jurisprudence statue clairement en ce sens¹²⁵⁹. Ensuite, la doctrine fait valoir l'incompatibilité des notions de soustraction et d'information¹²⁶⁰. Malgré la recherche de propositions originales, telles que le recours à l'idée de vol de l'exclusivité¹²⁶¹ ou de la valeur patrimoniale de l'information¹²⁶², il semble impossible de nier l'inadaptation du vol. En effet, ratifier l'idée de soustraction de l'exclusivité aboutirait à ouvrir une boîte de Pandore, maintes fois dénoncée : comment refuser l'infraction en cas de captation d'une conversation ou d'un document porteur d'information¹²⁶³ ? Le choix d'une soustraction de la valeur de l'information s'expose également à la critique puisqu'il conduirait non seulement à

¹²⁵⁵ L'article 311-2 du Code pénal prévoit en effet que « la soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol ».

¹²⁵⁶ V. notamment : S. Détraz, *Vol du contenu informationnel de fichiers informatiques*, comm. sous Cass. crim., 4 mars 2008, D. 2008, p. 2213 ; S. Détraz, R. Ollard, J.-Ch. Saint-Pau, *Contre l'incrimination du vol d'information*, préc., p. 105 ; J. Languier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 102 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 48 et s. ; M. Véron, *Droit pénal spécial*, préc., p. 196.—*Contra* : M.-P. Lucas de Leyssac, *L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons*, RSC 1990, chron. p. 507 : « l'article 379 du Code pénal ne formule aucune exigence quant à la nature de la chose [...]. Le terme chose étant le plus général de la langue française, la lettre de la loi n'interdit pas de situer cette chose dans une chose incorporelle ».

¹²⁵⁷ La Cour de cassation exclut ainsi le vol de prestations de services (Cass. crim., 12 déc. 1990, D. 1991. juris. p. 364, note S. Mirabail.).

¹²⁵⁸ En ce sens : Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 555 ; B. de Lamy, *Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ?*, D. 2001, p. 1423 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 212 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, préc., n° 137.

¹²⁵⁹ « Les dispositions de l'article 314-1 du Code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel » : Cass. crim., 14 nov. 2000, Bull. crim., n° 338.

¹²⁶⁰ V. notamment : S. Détraz, R. Ollard, J.-Ch. Saint-Pau, *Contre l'incrimination du vol d'information*, préc., p. 108.

¹²⁶¹ V. Peltier, *Le secret des correspondances*, PUAM, 1999, n° 523.

¹²⁶² R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 525. L'auteur relativise toutefois la proposition en ce que la soustraction économique modifierait la physionomie du délit (v. n° 526).

¹²⁶³ « Est-on voleur si l'on surprend des informations en écoutant aux portes ou en regardant par-dessus un mur ? » : Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 527.

requérir un préjudice économique non prévu par le législateur mais aussi à limiter l'infraction à des hypothèses dans lesquelles l'information est utilisée dans une optique concurrentielle¹²⁶⁴. La rédaction du délit d'abus de confiance semble autoriser, en revanche, une circonscription satisfaisante. En effet, le texte exige que la remise dispose d'une finalité particulière, d'une charge. Par conséquent, cette remise doit émaner d'un acte volontaire¹²⁶⁵. Aussi, le danger de dérive du droit pénal dans les hypothèses précitées peut être empêché autrement qu'en déformant l'infraction de vol¹²⁶⁶. En effet, la circonscription se fait naturellement par les contours de l'abus de confiance : il ne peut y avoir abus de confiance faute de remise en cas de captation d'une conversation.

Pareille distinction des délits de vol et d'abus de confiance paraît d'autant plus souhaitable que l'abus de confiance, à l'instar d'autres infractions contractuelles de sa catégorie¹²⁶⁷, laisse envisager la commission du fait délictueux en dehors de toute opération contractuelle.

B- La portée du cadre extra-contractuel

351. L'éventualité envisagée d'un cadre pré-contractuel. Certaines infractions, comparables à une inexécution contractuelle, associent leur fait délictueux non seulement à la violation d'un contrat mais également à sa seule conclusion. Plusieurs exemples peuvent venir illustrer la nécessité d'appréhender un comportement commis tant au stade de l'exécution du contrat qu'au moment de l'échange des consentements.

Tout d'abord, les infractions de tromperies du Code de la consommation comme celles du code de la construction et de l'habitation, sanctionnent l'emploi de procédés trompeurs destinés à favoriser la signature du contrat. Classiquement, d'une part, le délit de l'article L. 213-1 du Code de la consommation fait l'objet d'une comparaison avec un vice du consentement¹²⁶⁸. Plus encore, le législateur envisage par le biais de la tentative de

¹²⁶⁴ V. pour le développement de ces critiques : S. Détraz, R. Ollard, J.-Ch. Saint-Pau, *Contre l'incrimination du vol d'information*, préc., p. 110.

¹²⁶⁵ Au contraire, le vol peut succéder une remise inconsciente ou involontaire : E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. I, v. art. 379, n° 212.

¹²⁶⁶ Certains auteurs proposent en effet de soumettre la qualification de soustraction d'information à l'accomplissement d'un acte tangible tel qu'une reproduction de l'information, sa revente ou encore son utilisation (M.-P. Lucas de Leyssac, *Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?*, D. 1985, p. 43, spéc., n° 33).

¹²⁶⁷ V. la distinction des infractions opérée *supra*, n° 337.

¹²⁶⁸ V. par ex. : A. Valoteau, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, préc., n° 38 et s.

tromperie¹²⁶⁹, la possibilité qu'aucune signature n'ait lieu, le procédé trompeur n'intervenant alors qu'au stade de l'offre de contrat. Les peines associées à ce délit ne peuvent donc pas avoir pour seule vocation de sanctionner la méconnaissance d'un engagement contractuel¹²⁷⁰. L'infraction du Code de la construction et de l'habitation prévoit également de sanctionner des comportements intervenant en amont de l'exécution du contrat. En effet, le texte¹²⁷¹ qui sanctionne le fait « d'avoir, dans l'exécution desdits contrats ou documents, volontairement trompé ou tenté de tromper sur la qualité, la quantité ou les dimensions de la construction ou des matériaux, appareils ou produits employés ou fournis » envisage d'abord celui « d'avoir porté des indications volontairement inexactes ou incomplètes dans les contrats ou documents prévus par le décret n° 54-1123 du 10 novembre 1954 ». Cette tromperie spéciale trouve ainsi à s'appliquer lorsqu'elle est concomitante à la conclusion du contrat¹²⁷². Les pratiques réprimées ne sont par ailleurs pas réduites aux tromperies et s'étendent, dans le Code de la consommation, aux pratiques commerciales agressives¹²⁷³. Or, si cette qualification rend possible la répression pour un comportement commis au stade de l'exécution du contrat, elle peut également viser à protéger la liberté de choix du consommateur avant la conclusion du contrat¹²⁷⁴. Ainsi, ces infractions prévoient la même peine que la tromperie intervienne au stade de la conclusion du contrat ou qu'elle coïncide avec une inexécution du contrat. Le constat selon lequel les infractions contractuelles peuvent être constituées indépendamment de la formation d'un contrat emporte avec lui le rejet évident de l'application de la responsabilité contractuelle. En effet, « la responsabilité pré-contractuelle est extracontractuelle »¹²⁷⁵ et emporte ainsi l'application des règles délictuelles¹²⁷⁶. Les infractions prévoyant l'accomplissement du fait délictueux préalablement à la formation du contrat imposent ainsi l'application de la sanction pénale à des hypothèses ne pouvant

¹²⁶⁹ Le texte prévoit en effet que « sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 37 500 euros au plus ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers ».

¹²⁷⁰ « Le plus souvent, la tromperie a lieu au moment de la conclusion du contrat. La victime conclut alors le contrat sous l'influence de la tromperie » : A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 1181. – Adde : L. Saenko, *Le temps en droit pénal des affaires*, préc., n° 223.

¹²⁷¹ Art. L. 241-6.

¹²⁷² En ce sens, à propos de l'ancienne incrimination de l'article 59-1° de la loi du 7 août 1957 : Ph. Birh, *Le droit pénal de la construction*, Revue d'économie et de droit immobilier, 1961, p. 158 ; A. Touffait, J.-B. Herzog, *La répression des infractions en matière de construction*, JCP 1958. I. 1452.

¹²⁷³ Art. L. 122-11.

¹²⁷⁴ En ce sens, Ph. Conte, *Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives*. – (Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008), préc., n° 9.

¹²⁷⁵ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, préc., n° 116.

¹²⁷⁶ V. J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations*, J.-Cl. Civ., art. 1146 à 1155, fasc. 11-10, 2003, n° 22. Plus généralement, v. Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 825 et s.

entraîner la responsabilité contractuelle. Pareil constat peut également être dressé lorsque l'infraction prévoit que le fait délictueux peut être accompli dans le cadre d'une remise dénuée de toute qualification contractuelle.

352. L'éventualité affirmée d'un cadre légal. En l'absence de précision textuelle, la jurisprudence a ainsi pu affirmer que certaines infractions visant une situation comparable à une inexécution contractuelle pouvaient être constituées en présence d'une remise faite en vertu d'un titre légal. En effet, les juridictions criminelles¹²⁷⁷ ont accepté de reconnaître le délit de détournement de gage malgré l'existence du droit de gage reconnu au vendeur par la loi¹²⁷⁸. Certes, des contre-exemples existent¹²⁷⁹, qui minimisent grandement la portée actuelle d'une telle extension. Toutefois, d'aucuns continuent de considérer que « peu importe que le gage soit conventionnel ou légal »¹²⁸⁰. La doctrine¹²⁸¹ affirme également que l'abus de confiance permet d'envisager un cadre légal¹²⁸². La jurisprudence avait déjà ratifié une telle solution sous l'empire de l'ancien Code pénal alors même que le législateur semblait avoir imposé une liste de contrats¹²⁸³. La rédaction de l'incrimination actuelle incite également à renoncer à pareil cadre légal puisque le texte prévoit que la remise doit avoir été « acceptée »¹²⁸⁴. Pourtant, les juges ont maintenu leur position¹²⁸⁵. De manière encore plus visible, l'infraction d'atteinte au secret professionnel impose d'envisager l'éventualité d'un cadre contractuel, lorsqu'il est commis par un médecin notamment¹²⁸⁶, mais ce cadre est loin d'être exclusif, l'infraction visant également la révélation du secret de l'instruction par exemple.

Ainsi, la remise en vertu d'un contrat n'apparaît pas comme la seule manière d'engager la responsabilité de l'auteur de ces infractions puisque la loi peut imposer une remise dont le droit pénal sanctionnera la violation. Or, admettre un cadre légal à la remise exigée par

¹²⁷⁷ Cass. crim., 18 janv. 1950, S. 1950. 1. 193, note A. Légal, JCP 1950. II. 5422, note L. Gruffy ; CA. Montpellier, 7 févr. 1951, JCP 1951. II. 6347, note J. Magnol. V. M. Daury-Fauveau, *Détournement de gage ou d'objet saisi*, *J.-Cl. Pén.*, art. 314-5 et 314-6, fasc. 20, année 2009, n° 19.

¹²⁷⁸ Le texte est aujourd'hui abrogé et remplacé par un décret du 30 septembre 1953, plusieurs fois modifié.

¹²⁷⁹ CA Orléans, 8 nov. 1957, JCP 1958. II. 10383, note E. Becqué.

¹²⁸⁰ Par ex. : M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 211.

¹²⁸¹ C. Mascala, *Abus de confiance*, *Rép. pén. Dalloz*, 2003, mise à jour 2010, n° 41 ;

¹²⁸² Voire judiciaire. En ce sens, M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, préc., n° 146.

¹²⁸³ « Autant dire que sous l'empire du Code de 1810, le détournement du bien remis ne pouvait être sanctionné que si ce bien avait été remis en vertu d'un contrat. » : E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, préc., n° 1198.

¹²⁸⁴ Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 548 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 208.

¹²⁸⁵ Cass. crim., 1^{er} mars 2000, Bull. crim., n° 97, RSC 2000, p. 831, obs. R. Ottenhof, D. 2001, 2352, note M. Segonds ; 3 déc. 2003, Bull. crim., n° 232.

¹²⁸⁶ V. sur la question, P. Maistre du Chambon, *Réflexions sur le secret professionnel des médecins au regard des obligations de révéler et de déposer*, *Médecine et Droit* 1995, n° 10, p. 2 et s.

certaines incriminations empêche inévitablement l'analogie avec l'engagement de la responsabilité contractuelle. En effet, si dans certains cas la doctrine, confirmée par la jurisprudence, qualifie des obligations imposées par le législateur de contractuelles¹²⁸⁷, cela implique une relation contractuelle préexistante, à laquelle ces dispositions s'imposent. Au contraire, en l'absence de contrat préalable, le rapport créé par le législateur ne peut en aucun cas recevoir la qualification contractuelle. Par conséquent, la responsabilité découlant d'un acte de violation ne peut être de cette nature. Une même conclusion s'impose lorsque le rapport méconnu est issu d'une décision judiciaire¹²⁸⁸.

353. Bilan. Si l'obligation à même d'occasionner l'inexécution pénalement répréhensible témoigne du nécessaire remaniement de certaines infractions, elle révèle surtout l'inévitable séparation des responsabilités pénale et contractuelle. Le champ d'application des infractions coïncidant avec l'inexécution d'un contrat dépasse nettement celui réservé à la responsabilité contractuelle. Dès lors, la démarche répressive ne peut être assimilée à la seule poursuite des intérêts en jeu dans le cadre d'une telle responsabilité. Plus large du point de vue de l'obligation requise, le droit pénal resserre au contraire ses exigences lorsqu'il s'agit du fait même de violation, en exigeant un seuil de gravité largement supérieur à celui requis en matière contractuelle.

§2- L'absence d'identité du fait de violation

354. L'intention discriminante. Le législateur, pour ce type d'infractions contractuelles¹²⁸⁹, impose un tri visible parmi les faits générateurs de responsabilité contractuelle. Si comparativement aux conditions de la responsabilité contractuelle, le législateur adopte une vision extensive des obligations augurant une violation pénalement punissable, il opère au contraire une sélection des actes de violation pénalement répréhensibles. Cette fois, la responsabilité contractuelle embrasse nombre de comportements qui ne pourront recevoir de sanction pénale. Cette dernière se trouve en effet réservée aux comportements les plus graves, accomplis intentionnellement. Cette exigence (A) permet

¹²⁸⁷ V. sur ladite qualification, *infra*, n° 434 et s.

¹²⁸⁸ Il faut en effet à nouveau distinguer le cas dans lequel la jurisprudence impose à des contractants certaines obligations et celui de la création prétorienne d'un rapport juridique. Toutefois, certains auteurs émettent des réserves même quant à la qualification contractuelle des obligations imposées aux contractants. V. par exemple, Ch. Radé, *Les limites du « tout contractuel »*, comm. sous Cass. soc., 27 juin 2000, Dr. soc., 2000, p. 828.

¹²⁸⁹ V. pour la présentation des deux catégories, *supra*, n° 337.

alors de rationaliser la prise en compte des mécanismes contractuels à même d'influencer la phase d'exécution du contrat¹²⁹⁰ (B).

A- L'exigence généralisée d'un fait délictueux intentionnel

355. La gravité du comportement assurée par l'intention. Légitimement attaché à la gravité des faits d'inexécution, le législateur réserve la sanction pénale –en ce qui concerne cette catégorie d'infractions d'inexécution contractuelle– aux comportements accomplis intentionnellement. Au contraire, la responsabilité contractuelle, traditionnellement centrée sur la réparation du préjudice, n'opère aucune sélection sur le fondement de l'état d'esprit de l'agent du moins en ce qui concerne l'engagement de la responsabilité¹²⁹¹. Un tel choix (1) se révèle alors décisif dans l'affirmation du particularisme technique de l'inexécution pénalement répréhensible (2).

1) Le contenu spécial de l'élément moral

356. La nécessité justifiée d'une intention. Alors que le Code pénal envisage largement la commission d'infractions par imprudence, négligence ou maladresse¹²⁹², l'analyse des infractions comparables à l'inexécution du contrat¹²⁹³ montre qu'elles recèlent toutes un comportement intentionnel. La présentation de l'élément moral des infractions les plus emblématiques de cette catégorie suffira à l'observer.

Tout d'abord, les infractions caractérisées par l'emploi de manœuvres trompeuses ou agressives ont pour point commun de requérir des agissements conscients et volontaires. Les prescriptions de l'article 121-3 du Code pénal¹²⁹⁴ sont en effet confirmées par l'emploi des termes de tromperies¹²⁹⁵ et de pratiques agressives¹²⁹⁶. De tels comportements ne peuvent

¹²⁹⁰ V. *supra*, n° 158 pour les mécanismes influençant la phase de formation du contrat.

¹²⁹¹ La gravité de la faute ne pouvant être prise en compte que pour aménager la réparation. V. *infra*, n° 585 et 591.

¹²⁹² L'article 121-3 ne consacre d'ailleurs qu'un seul alinéa –le premier– à l'intention.

¹²⁹³ Au sens de la première catégorie. V. *supra*, n° 337.

¹²⁹⁴ Al. 1^{er} : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ».

¹²⁹⁵ « Tromper, c'est induire l'autre volontairement en erreur » : C. Ambroise-Castérot, *Consommation, Rép. pén.* Dalloz, 2009, n° 432. –Adde : R. Haïk, *Le droit pénal des contrats*, préc., n° 45, A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 1200 ; W. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 127. Les travaux préparatoires de la loi de 1905 étaient déjà en ce sens (v. DP. 1906. 4. 48, J.-A. Roux, *Traité de la fraude dans la vente de marchandises*, Sirey, 1925, n° 80 et s.).

théoriquement que se trouver associés à une démarche volontaire. La jurisprudence l'affirme explicitement et régulièrement à propos de la tromperie du Code de la consommation¹²⁹⁷ en exigeant « la conscience de la part du prévenu du caractère inexact des qualités qu'il prête au produit incriminé »¹²⁹⁸.

Les infractions de détournement, quelles qu'elles soient, reposent ensuite également sur un comportement intentionnel¹²⁹⁹. Indispensable¹³⁰⁰, l'intention revêt toutefois des définitions relativement fluctuantes notamment à propos de l'abus de confiance. L'hésitation, de mise en doctrine comme en jurisprudence, trouve son fondement dans l'association inévitable de l'intention au résultat légal¹³⁰¹. Ce dernier correspondant au seuil de l'illicite, dépend ainsi de la finalité de l'infraction. Le débat relatif à la valeur protégée par cette infraction se répercute alors nécessairement sur la définition de l'élément moral¹³⁰².

357. La disparition justifiable de l'intention. Si la jurisprudence veille à rappeler, avec une constance sans faille, que ces infractions requièrent un comportement intentionnel, la Cour de cassation autorise cependant, dans certains cas, que les juges du fond soient assez peu exigeants dans la caractérisation de cet élément moral. Ainsi, à propos du délit de tromperie du Code de la consommation, a-t-elle considéré que « les juges peuvent déduire la mauvaise foi du prévenu du fait que celui-ci s'est soustrait aux obligations qui lui incombaient personnellement, d'exercer les contrôles nécessaires »¹³⁰³. L'abus de confiance fournit également l'illustration d'une vision simplifiée du caractère intentionnel du fait délictueux : le détournement est établi dès lors que la prévenue, professionnelle, a agi « dans des conditions

¹²⁹⁶ V. par ex. : C. Ambroise-Castérot, *Consommation, Rép. pén. Dalloz*, 2009, n° 234.

¹²⁹⁷ V. pour un exemple récent : Cass. crim., 1^{er} déc. 2009, n° 09-82140, *Juris-Data* n° 2009-050985.

¹²⁹⁸ Cass. crim., 10 mai 1993, *Bull. crim.*, 1993, n° 170, *Dr. pén.* 1993, comm. 188, note J.-H. Robert, *CCC.* 1993, comm. 204, G. Raymond, *RTDcom.* 1993, p. 94, obs. B. Bouloc.

¹²⁹⁹ L'article 121-3 al. 1^{er} trouve en effet à s'appliquer pour l'ensemble de ces incriminations. Le terme même de détournement, certes moins évocateur que celui de tromperie, semble imposer une part de volonté dans le comportement. En ce sens v. notamment : Ch.-D. Di Pinto, *Le détournement en droit pénal*, th. Nice, 2002, n° 158.

¹³⁰⁰ V. au sujet de l'abus de confiance : « Le délit d'abus de confiance n'existe que si le détournement a été commis avec une intention frauduleuse ». (Cass. crim., 4 avr. 1924, *DH.* 1924. 371 ; 23 avr. 1932, *Bull. crim.*, n° 114) ; « Le détournement est consommé à partir de l'instant où le déposant ayant réclamé la chose confiée, le dépositaire manifeste son intention frauduleuse par l'inexécution de ses engagements » (Cass. crim., 31 mai 1951). Le détournement de gage consiste quant à lui « dans la résistance injustifiée du débiteur défaillant à restituer l'objet gagé dont la détention lui a été transférée » (Cass. crim., 23 juin 1965, *D.* 1965, p. 778, *GP* 1965. 2. 220).

¹³⁰¹ « L'intention existe lorsque l'agent a eu conscience du fait que par son acte, il allait causer nécessairement le résultat légal illicite de l'incrimination envisagée » : Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 379.

¹³⁰² V. donc *infra*, n° 370 et s.

¹³⁰³ Cass. crim., 4 nov. 1993, *RJDA.* 1/1994, n° 103. V. également Cass. crim., 4 mars 2003, *Dr. pén.* 2003, comm. 75, note J.-H. Robert.

dont elle devait prévoir qu'elles empêcheraient de rendre ou de restituer la valeur »¹³⁰⁴ des biens remis.

Pareilles affirmations ont de quoi faire douter du réel particularisme du fait générateur de responsabilité pénale puisque le caractère intentionnel confine alors à l'imprudence, voire à la négligence¹³⁰⁵. Cependant, s'il est permis de constater la souplesse du juge pénal dans l'examen de cet élément de l'infraction, cela ne signifie pas pour autant que dans ces cas il choisit d'opérer un rapprochement des faits générateurs de responsabilité. Une explication peut être, en revanche, trouvée plutôt dans le statut de professionnel de l'auteur de l'infraction, qui peut faire penser notamment à la responsabilité pénale des directeurs de publication¹³⁰⁶. L'article 42 de la Loi du 29 juillet 1881 dispose en effet que « les directeurs de publications ou éditeurs, quelles que soient leurs professions ou leurs dénominations » sont responsables « comme auteurs principaux des peines qui constituent la répression des crimes et délits commis par voie de presse ». Cette responsabilité trouve son fondement dans le fait que le directeur de publication a pour mission de veiller au correct exercice de la liberté de la presse¹³⁰⁷. Dans cette hypothèse, tout comme en matière d'abus de biens sociaux¹³⁰⁸, la désignation de l'auteur¹³⁰⁹ repose donc sur ses fonctions. Ce constat, loin de consacrer une pénalisation d'une pure inexécution contractuelle, atteste seulement l'existence d'une responsabilité pénale professionnelle¹³¹⁰, dont la vocation spécifique¹³¹¹ justifie la vision particulière des infractions¹³¹².

¹³⁰⁴ Cass. crim., 3 juil. 1997, Bull. crim., n° 265, RSC 1998, p. 552, obs. R. Ottenhof.

¹³⁰⁵ En ce sens, v. W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 434 et *L'élément moral des infractions d'affaire ou l'art de la métamorphose*, in Une certaine idée du droit : Mélanges A. Decocq, Litec, 2004, p. 369 et s., spéc. n° 12 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 1201 ; F. Stasiak, *Droit pénal des affaires*, 2^{ème} éd. LGDJ, 2009, p. 502.

¹³⁰⁶ A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 1201.

¹³⁰⁷ V. par ex. : Cass. crim., 23 févr. 2000, Bull. crim., n° 85, RSC 2000, p. 611, obs. Y. Mayaud, p. 639, obs. J. Francillon, p. 815, obs. B. Bouloc : « Le directeur de publication d'une revue périodique a le devoir de surveiller et de vérifier tout ce qui y est inséré ».

¹³⁰⁸ Le droit pénal des sociétés fournit alors naturellement de nombreuses illustrations de cette vision « compréhensive » de l'élément moral de l'infraction (v. M. Hasche-Dournaux, *Réflexion sur la répression pénale du droit des sociétés*, préc., n° 92). La Cour de cassation affirme ainsi régulièrement que « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3 du Code pénal » (v. par ex. Cass. crim., 25 mai 1994, Bull. crim., n° 203, RSC 1995, p. 97 et s., obs. B. Bouloc). V. plus précisément sur l'abus de biens sociaux : A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 773 et s.

¹³⁰⁹ Sur la qualification d'auteur, v. E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias : presse, télévision, Internet*, 2^{ème} éd., Litec, 2008, n° 462 et s ; J.-Ch. Saint-Pau, *Chronique de droit pénal spécial*, sous Cass. crim., 24 mai 2005, RPDP 2006, p. 143, spéc., n° 3.

¹³¹⁰ Sur laquelle, v. M. Bénéjat, *La responsabilité pénale professionnelle*, th. Bordeaux IV, 2010.

¹³¹¹ La fonction du droit pénal serait alors moins répressive que régulatrice.

¹³¹² En ce sens, Ph. Conte, *1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur*, Dr. pén. 2006, étude 4, spéc., n° 19. V. toutefois, pour un avis plus contrasté : V. Valette-Ercole, *Droit pénal de la consommation*, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *opinio doctorum*, préc., p. 143, spéc., p. 150.

358. Bilan. Les infractions réunies dans la première catégorie¹³¹³ comparée à une inexécution contractuelle supposent ainsi pour être consommées un acte intentionnel, seul cet état d'esprit pouvant justifier l'application de la sanction pénale. La portée d'une telle affirmation réside dans le tri opéré parmi les faits générateurs de responsabilité contractuelle.

2) La portée de l'élément moral

359. L'indifférence à l'intensité de l'obligation. Les infractions comparables à une inexécution contractuelle font l'objet d'un rappel régulier de la nécessité de prouver le caractère intentionnel du comportement. Les juridictions pénales semblent ainsi n'accorder aucune importance à la nature de l'obligation violée dans la détermination de l'élément moral. Plus précisément, si certaines obligations imposent l'atteinte d'un résultat précis, d'autres peuvent au contraire soumettre leur débiteur à l'accomplissement d'un « comportement raisonnable et diligent »¹³¹⁴. Déterminante en matière civile, cette distinction entre les obligations de moyen et de résultat laisse au contraire intactes les exigences pénales relatives à la faute. Un fossé se creuse donc inévitablement entre les faits générateurs de responsabilités pénale et contractuelle, qui s'accroît à mesure que le droit civil efface le rôle de cette faute.

360. La dissociation des faits générateurs en cas d'obligation de moyen. La détermination de l'objet de l'obligation –la prestation¹³¹⁵– apparaît comme indispensable pour dessiner les contours de l'inexécution pénalement répréhensible. Le détournement épousera ainsi nécessairement la forme imposée par la charge grevant la remise : un bien remis à charge d'en faire un usage déterminé commande un détournement constitué par une utilisation incompatible avec celle prévue¹³¹⁶. Cependant, si en matière contractuelle l'appréciation de l'inexécution est inextricablement liée à l'intensité de l'obligation, le droit pénal exige invariablement un comportement intentionnel. La dissociation entre les faits générateurs apparaît alors déjà en présence d'une obligation de moyen. Dans ce cas, le débiteur s'oblige à mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour atteindre un objectif fixé. Pour que la

¹³¹³ V. *supra*, n° 337.

¹³¹⁴ J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations, J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 1155, fasc. 11-10, 2003, n° 91.

¹³¹⁵ V. *supra*, n° 92.

¹³¹⁶ V. *infra*, n° 420 et s.

responsabilité contractuelle du débiteur soit engagée, le créancier doit démontrer que l'inobtention du résultat envisagé est due à une faute du débiteur, « laquelle consiste à ne pas correctement utiliser les moyens dont il disposait pour atteindre cet objectif »¹³¹⁷. Un parallélisme semble alors pouvoir s'établir entre les faits générateurs de responsabilité par l'exigence commune d'un comportement fautif. Cependant, en dehors d'hypothèses exceptionnelles¹³¹⁸, la gradation des fautes mise en valeur dans l'ancien droit¹³¹⁹ n'a d'influence que sur le régime de la réparation¹³²⁰. Le principe en vigueur au stade de l'existence de la responsabilité est donc celui de l'unité de la faute contractuelle : toute faute, même la plus légère, peut engager la responsabilité du débiteur d'une obligation contractuelle. L'exigence pénale d'une faute intentionnelle dépasse alors les requêtes civiles.

Par conséquent, si tous les faits délictueux ne peuvent entraîner l'engagement de la responsabilité contractuelle en raison de la largesse de l'obligation violée¹³²¹, n'importe quel fait générateur de responsabilité contractuelle ne peut emporter la mise en œuvre de la sanction pénale. Un exemple suffira à démontrer la dissociation inévitable entre les faits générateurs. Le contrat de mandat¹³²² fait partie des actes juridiques à même de produire une obligation qualifiable d'obligation de moyen¹³²³. Or, l'abus de confiance permet d'envisager une remise faite dans le cadre d'un tel contrat¹³²⁴. Pourtant, aucune indulgence particulière n'est accordée à l'auteur du détournement : le comportement doit être intentionnel¹³²⁵. Ainsi, le droit pénal ne prend en compte que certaines des fautes contractuelles et refuse donc l'assimilation des faits générateurs de responsabilité. La frontière s'accroît d'autant plus que le droit civil réduit le rôle de l'état d'esprit de l'agent.

¹³¹⁷ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 469. V. pour une autre définition : Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 941 : « le créancier ne peut engager la responsabilité du débiteur qu'en démontrant que celui-ci n'a pas usé de tous les moyens possibles, qu'il n'a pas eu la diligence suffisante ».

¹³¹⁸ Il faut signaler, par exemple, l'article L.415-2 du Code rural qui limite, en cas d'incendie, le recours du bailleur ou de sa compagnie d'assurances à la présence d'une faute grave du fermier. V. pour une présentation exhaustive : J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Inexécution imputable au débiteur*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 115, fasc. 11-20, 2004, n° 21, G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 600 et s.

¹³¹⁹ V. pour un historique : G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 595.

¹³²⁰ V. *infra*, n° 585 et 591.

¹³²¹ V. *supra*, n° 341.

¹³²² C. civ., art. 1992.

¹³²³ Ph. le Tourneau, *Contrats et obligations. Classification des obligations. Principe de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1136 à 1145, fasc. 20, 2008, n° 16 ; Cass. com., 1^{er} déc. 1992, CCC, comm. 44, obs. L. Leveneur.

¹³²⁴ Ce contrat faisait déjà partie de la liste des contrats devant servir de cadre à la remise de l'ancienne incrimination d'abus de confiance (anc. C. pén., art. 408). V. E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. III, préc., v. art. 408, préc., n° 443. La violation de ce contrat constitue encore aujourd'hui un cas fréquent d'abus de confiance (J. Languier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 194).

¹³²⁵ La rigueur des juridictions pénales s'illustre à propos du droit de rétention. V. *infra*, n° 363 et s.

361. La dissociation des faits générateurs en cas d'obligation de résultat. Nombre d'obligations dont la violation est sanctionnée pénalement peuvent être qualifiées de résultat. La dissociation des faits générateurs comparés trouve son point d'orgue en présence d'une telle obligation. Historiquement contenue dans une différenciation des règles de preuve¹³²⁶, la distinction de l'intensité des obligations revêt finalement une incidence quant aux règles de fond. En effet, derrière une formule maintenant le rôle de la faute¹³²⁷, la jurisprudence consacre une responsabilité de plein droit : l'absence de faute est inopérante car seule la cause étrangère libère le débiteur¹³²⁸.

Le droit pénal ignore cette règle puisque l'intention est requise même lorsque le détournement ou la tromperie portent sur une obligation qualifiable au civil de résultat. Ainsi en est-il par exemple de l'obligation de livraison qui par nature ne peut qu'être une obligation de résultat, « car elle n'est pas susceptible de degré »¹³²⁹. Or, le délit de tromperie sanctionne un comportement pouvant consister en une méconnaissance de l'obligation de délivrance conforme¹³³⁰. Pourtant, le législateur requiert, pour cette infraction, la manifestation d'une

¹³²⁶ Demogue proposa en effet la distinction pour résoudre le problème de la charge de la preuve de la faute contractuelle (*Traité des obligations en général*. T. V, Rousseau, 1925, n° 1237) : présumée en cas d'obligation de résultat, la faute doit être prouvée en présence d'une obligation de moyen (F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 578 ; Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 3222. V. cependant, Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 946 : « On dit parfois que la faute du débiteur est présumée, ce qui est approximatif »).

¹³²⁷ « L'obligation de résultat emporte à la fois présomption de faute et présomption de causalité entre la faute et le dommage » : Cass. civ. 1, 21 oct. 1997, JCP 1998. II. 10103, note V. Varet, JCP E. 1998, p. 376, note B. Petit, D. 1998, juris. p. 271, note Ph. Brun.

¹³²⁸ En ce sens, Ch. Larroumet, *Droit civil. T. III, Les obligations. Le contrat. 2^e partie, Effets*, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 610 et s. ; J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Inexécution imputable au débiteur, J.-Cl. Civ.*, préc., n° 61. Il ne peut donc s'agir d'une présomption de faute, la démonstration d'une cause étrangère ne revient pas nécessairement à établir l'absence de faute : « la preuve de l'absence de faute, comme la preuve de la faute, suppose un jugement porté sur la conduite du responsable désigné, en l'occurrence le débiteur contractuel. Au contraire, la preuve d'une cause étrangère se passe de tout jugement sur la conduite du débiteur. Il ne s'agit pas de considérer, en prouvant une cause étrangère, que le débiteur n'a pas commis de faute mais de faire admettre que le comportement du débiteur, fautif ou non, n'est pas à l'origine du dommage éprouvé par le créancier. En d'autres termes, la preuve d'une cause étrangère ne concerne qu'un problème de causalité » (Ch. Larroumet, *Droit civil. T. III, Les obligations. Le contrat. 2^e partie, Effets*, préc., n° 607).

La jurisprudence accepte parfois de reconnaître l'indifférence à la faute par la formule « responsabilité de plein droit » (Cass. com., 22 janv. 2002, RCA 2002, comm. 175).

¹³²⁹ J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations, J.-Cl. Civ.*, préc., n° 128.

¹³³⁰ C. civ., art. 1603 : « Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend ». Le Code de la consommation prévoit désormais une action spécifique pour l'acheteur consommateur insatisfait du bien mobilier délivré par le vendeur professionnel aux articles L. 211-1 à L. 211-18. Depuis la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente des biens de consommation, effectuée par l'ordonnance du 17 février 2005 ratifiée par la loi du 5 avril 2006, l'article L. 211-4 prévoit que « Le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance ». V. notamment : J. Calais-Auloy, *Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité*, RTDciv. 2005, p. 701, O. Tournafond, *La nouvelle « garantie de conformité » des consommateurs. Commentaire*

intention. Ce n'est qu'à titre exceptionnel et indépendamment de l'intensité de l'obligation que la jurisprudence sacrifie ce caractère intentionnel¹³³¹.

Les infractions de détournement permettent également d'illustrer la frontière entre les faits générateurs de responsabilité puisque le fait délictueux peut consister en une violation d'une obligation de restitution¹³³², qualifiée d'obligation de résultat¹³³³. Or, la remise caractérisée par une telle obligation ne modifie pas la définition du détournement qui doit revêtir inconditionnellement un caractère intentionnel : « le défaut de restitution ou le retard dans la restitution, n'implique pas nécessairement le détournement ou la dissipation »¹³³⁴.

362. Bilan. Lorsque le législateur décide de prendre en compte la violation d'une obligation contractuelle des plus classiques, la légitimité de l'intervention du droit pénal dans les relations contractuelles ne peut trouver sa source dans la vocation collective de l'obligation¹³³⁵. Le gage, le mandat ou encore le dépôt sont, il est vrai, autant de contrats qui régissent de simples relations individuelles. Pourtant, les infractions prenant en compte pareilles relations ne peuvent être associées à la répression de simples inexécutions contractuelles. En effet, le droit pénal opère un tri parmi elles pour ne retenir que les violations révélant une démarche intentionnelle et donc, une réelle volonté de méconnaître l'engagement. L'importance de cette donnée morale permet alors de comprendre également le rôle attribué aux mécanismes contractuels à même de justifier le comportement pénalement répréhensible.

de l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 transposant en droit français la directive du 25 mai 1999, D. 2005, p. 1557.

¹³³¹ V. *supra*, n° 357.

¹³³² Cette obligation peut ainsi être appréhendée de manière autonome par rapport à l'obligation de conservation dès lors que le comportement en cause constitue un refus ou un retard dans la restitution. Or, le fait délictueux du délit d'abus de confiance comme celui de détournement de gage peut être caractérisé par le défaut ou le retard dans la restitution du bien remis.

¹³³³ R. Demogue, *Traité des obligations en général*. T. V, Rousseau, 1925, n° 1235 ; J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations, J.-Cl. Civ.*, préc., n° 130 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 589 ; Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 3225. V. toutefois pour une position plus nuancée : G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 546-1.

¹³³⁴ Cass. crim., 20 janv. 1939, DH. 1939. 151 ; 20 nov. 1957, Bull. crim., n° 751 ; 12 mai 1959, *ibid.*, n° 254 ; 17 déc. 1963 (1ère espèce), *ibid.*, n° 99, JCP 1971. II. 16869, note G. de Lestang ; 13 févr. 1973, Bull. crim., n° 74 ; 22 nov. 1973, *ibid.*, n° 432 ; 10 mai 1976, *ibid.*, n° 149 ; 17 mai 1976, *ibid.*, n° 159 ; 17 oct. 1978, *ibid.*, n° 273 ; 11 juin 1980, *ibid.*, n° 188, D. 1981, IR. p. 154, obs. M. Puech ; 22 mai 1989, *ibid.*, 1990, n° 93 ; 25 juil. 1991, *ibid.*, 1992, n° 35.

¹³³⁵ Pour une présentation de la dichotomie des infractions d'inexécution contractuelle, v. *supra*, n° 337.

B- L'indifférence circonstanciée aux justifications contractuelles

363. L'identification des mécanismes potentiellement influents. Si plusieurs mécanismes contractuels peuvent influencer le stade de la formation du contrat, en dessinant les contours d'une qualification contractuelle particulière¹³³⁶, certains réservent leur impact à la période d'exécution du contrat. Le droit civil prévoit, en effet, des procédés qui permettent de moduler, en cours de contrat, l'exécution de ce dernier. Plus précisément, la question de la prise en compte d'un droit de rétention ou d'une compensation se pose au sujet de certaines infractions de détournement. Le risque d'interférence entre ces infractions et le droit de rétention¹³³⁷ apparaît tout d'abord par l'identité matérielle des comportements. Défini comme la « faculté pour le créancier, qui détient un objet appartenant à son débiteur, ou même à un tiers, d'en refuser, sous certaines conditions, et indépendamment de tout nantissement exprès, la restitution jusqu'à complet paiement de sa créance »¹³³⁸, le droit de rétention suscite la comparaison avec le détournement par refus de restitution¹³³⁹. Or, ce dernier est visé non seulement par le délit d'abus de confiance –ce détournement résulte aisément de la formule « à charge de rendre »¹³⁴⁰ le bien– mais encore par celui de détournement de gage qui peut être constitué par un défaut de restitution¹³⁴¹.

La même obligation de restitution conduit ensuite à envisager l'influence potentielle du mécanisme de la compensation sur la constitution du délit¹³⁴². Pour l'un comme pour l'autre de ces mécanismes, la jurisprudence se prononce en faveur du principe de leur réception en droit pénal. Autrement dit, le juge pénal refuse d'adopter une position systématique d'exclusion de mécanismes pourtant issus du droit civil. Cependant, cela ne signifie pas pour autant qu'ils auront nécessairement un impact sur la constitution de l'infraction. Ainsi, si le

¹³³⁶ V. *supra*, n° 158.

¹³³⁷ Ce mécanisme n'est pas réservé au cadre contractuel puisque si la Cour de cassation a toujours exigé un lien de connexité entre la créance et la chose retenue par le créancier, ce dernier peut être aussi bien juridique que matériel. Or, dans ce dernier cas, la créance du rétenteur est née à l'occasion de la chose retenue et permet donc notamment d'étendre le droit de rétention aux relations extracontractuelles. V. notamment, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, préc., n° 610 ; G. Piette, *Droit des sûretés. Sûretés personnelles, sûretés réelles*, 5^{ème} éd., Gualino éditeur, 2011, p. 182.

¹³³⁸ F. Derrida, C. Hannoun, *Rétention*, *Rép. civ. Dalloz*, 2000, mise à jour 2011, n° 1.

¹³³⁹ Ce constat a déjà été fait en doctrine : M. Brusetti, *Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes*, th. Grenoble, 1977, p. 185 : « L'exercice du droit de rétention engendre une situation de fait analogue à celle créée par certaines formes de détournement répréhensible ».

¹³⁴⁰ C. pén., art. 314-1.

¹³⁴¹ A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 268.

¹³⁴² La compensation est définie par l'article 1289 du Code civil par la formule suivante : « lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés ». V. sur ce mécanisme, J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 3-Le rapport d'obligation*, préc., n° 453 et s. ; P. Maistre du Chambon, *Le régime des obligations civiles*, préc., p. 117 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 1188 et s.

principe de leur prise en compte paraît acquis à propos des infractions de détournement (1), il reste à déterminer le critère en vertu duquel ces mécanismes pourront influencer leur consommation (2).

1) Le principe de la prise en compte des mécanismes contractuels

364. La prise en compte du droit de rétention. Loin d'adopter une position autonomiste excessive, le juge pénal refuse, lorsque l'exercice du droit de rétention peut influencer sur la constitution de l'infraction, d'y rester indifférent par principe. L'origine potentiellement contractuelle de ce procédé ne suffit donc pas à justifier son exclusion du prétoire pénal. La Cour de cassation affirme ainsi de manière particulièrement explicite que « le droit de rétention peut empêcher l'abus de confiance »¹³⁴³.

365. La prise en compte de la compensation. Les magistrats refusent avec la même vigueur de s'opposer par principe à l'examen de l'éventuel impact de la compensation sur la constitution du délit. Ainsi, « le juge ne peut se refuser à examiner l'exception de compensation entre la dette née du mandat à la charge du mandataire et ce qui est dû à ce dernier par le mandant, spécialement à raison de l'exécution du mandat ; une telle exception peut faire disparaître le délit »¹³⁴⁴.

366. Une portée incertaine. Si le juge pénal apparaît comme particulièrement clair sur la nécessité de tenir compte de l'ensemble des éléments de droit permettant d'influencer la constitution de l'infraction, il refuse de conclure de manière systématique à la façon dont les mécanismes contractuels peuvent influencer sur les éléments de l'infraction. Il faut alors établir la façon dont la jurisprudence apprécie l'impact du droit de rétention et de la compensation sur les détournements.

¹³⁴³ Cass. crim., 29 déc 1866, DP. 1867. 1. 188 ; 1^{er} mai 1940, DH. 1940. 169.

¹³⁴⁴ Cass. crim., 20 juin 1931, Bull. crim., n° 183. V. pour une illustration plus récente de la recevabilité de principe du mécanisme : Cass. crim., 26 fév. 1990, Dr. pén. 1990, comm. 192, note M. Véron.

2) Le critère de prise en compte des mécanismes contractuels.

367. Le rejet de la qualification de fait justificatif. Certaines décisions jurisprudentielles fondent l'exclusion de l'influence du droit de rétention sur le fait que les conditions requises en droit civil ne sont pas réunies. Ainsi, l'arrêt du 6 novembre 1978 approuve les juges du fond d'avoir énoncé que « dame M... ne justifiant pas d'une créance certaine, liquide et exigible, ne pouvait se prévaloir d'un droit de rétention sur les documents à elle confiés pour l'exécution de son travail »¹³⁴⁵. L'arrêt n'est pas unique¹³⁴⁶, qui semble aligner la condamnation pénale sur l'illégitimité de l'exercice du droit de rétention. Il est alors courant de lire que l'abus de confiance ne peut être constitué que lorsque la rétention ne peut être fondée en droit civil¹³⁴⁷. Plus radicalement, d'aucuns¹³⁴⁸ proposent alors de qualifier ce mécanisme de fait justificatif, sur le fondement de l'article 122-4 du Code pénal¹³⁴⁹. Toutefois, si l'origine civile du texte ne peut suffire à rejeter une telle qualification, il faut convenir qu'elle participerait à la confusion des faits générateurs de responsabilité pénale et contractuelle. En effet, la subordination de l'infraction à la légalité du droit de rétention systématiserait le lien entre les deux matières ce qui, dans le cadre contractuel minimiserait inévitablement le particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible. Un même raisonnement pourrait être conduit au sujet de la compensation puisque la jurisprudence effectue couramment un contrôle de la régularité du mécanisme, en application des dispositions de l'article 1293 du Code civil¹³⁵⁰. Elle refuse ainsi de faire jouer un quelconque rôle à la compensation dès lors qu'elle porte sur une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé¹³⁵¹.

Pourtant, une autre explication peut être trouvée, qui permet de maintenir la frontière entre les inexécutions contractuellement et pénalement prises en compte.

¹³⁴⁵ D. 1979, IR. p. 129.

¹³⁴⁶ V. surtout : Cass. crim., 11 mars 1991, Dr. pén. 1991, comm. 257, note M. Véron.

¹³⁴⁷ V. par ex. F. Alt-Maës, *L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain*, préc., p. 349, W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 19.

¹³⁴⁸ J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 214.

¹³⁴⁹ « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ».

¹³⁵⁰ La compensation doit pour produire son effet porter sur des créances compensables dont les caractères sont énoncés aux articles 1291 et 1293 du Code civil. Ainsi, les créances réciproques doivent être fongibles, liquides, certaines, disponibles et exigibles. Le législateur ajoute à ces caractères une autre condition : la compensation ne peut jouer lorsqu'une personne réclame la restitution d'un bien dont elle a été injustement dépouillée. V. sur ces conditions : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 3-Le rapport d'obligation*, préc., n° 456.

¹³⁵¹ V. Cass. crim., 7 déc. 1977, Bull. crim., n° 387 ; 3 déc. 1981, *ibid.*, n° 322, RSC 1982, p. 621, obs. P. Bouzat. Il s'agit ici de mettre en œuvre la condition de l'article 1293, 1° du Code civil.

368. Le rattachement à l'élément intentionnel. Si certaines décisions associent le rejet de l'influence des mécanismes de compensation et de rétention sur la constitution de l'infraction aux conditions de régularité de ces derniers, d'autres semblent au contraire y être totalement indifférentes. S'agissant du droit de rétention d'abord, plusieurs arrêts peuvent nettement faire douter d'une telle alliance. En effet, la Cour de cassation a parfois rejeté la qualification d'abus de confiance malgré l'irrégularité du droit de rétention¹³⁵². Au contraire, les mêmes juges ont reconnu cette infraction alors même que le droit de rétention était pleinement valable¹³⁵³. Le parallélisme entre irrégularité civile du droit de rétention et abus de confiance n'est donc pas certain, ce qui discrédite la qualification de fait justificatif.

Il semble alors qu'une autre répartition des rôles peut être présentée, qui résulte finalement des mots même du juge pénal : « Une rétention plus ou moins prolongée ne constituerait le délit d'abus de confiance qu'autant que son auteur aurait agi avec une intention frauduleuse dont l'arrêt attaqué n'affirme pas expressément l'existence »¹³⁵⁴. Un arrêt plus récent confirme l'accent mis sur l'état d'esprit de l'agent en considérant que « constitue le détournement le fait par un entrepreneur de transport de retenir de mauvaise foi et contre la volonté de son client les marchandises qui lui ont été remises pour un travail salarié et qui ne sont restituées que sous la contrainte de poursuites judiciaires »¹³⁵⁵. Il paraît dès lors possible de considérer que l'exercice d'un droit de rétention ne permet pas par principe, ni de caractériser l'infraction, ni de l'empêcher. La jurisprudence est en effet plus soucieuse de déterminer la présence des composantes infractionnelles que d'assurer l'effectivité de la sûreté. Une même conclusion doit être conduite à propos de la compensation : ce mécanisme ne peut systématiquement empêcher la constitution de l'infraction mais seulement inciter à une évaluation de l'état d'esprit de l'auteur¹³⁵⁶. Seule une compensation antérieure au détournement permettra alors de nier son caractère pénalement répréhensible¹³⁵⁷.

¹³⁵² V. Cass. crim., 12 mai 1959, Bull. crim., n° 254.

¹³⁵³ Cass. crim., 2 mars 1992, JCP 1992, IV, n° 2245, RTDcom. 1993, p.388, obs. P. Bouzat.

¹³⁵⁴ Cass. crim., 1^{er} mai 1940, D. 1940, p. 169.

¹³⁵⁵ Cass. crim., 2 mars 1992, préc.

¹³⁵⁶ La doctrine envisage d'ailleurs la compensation dans les annotations du Code pénal relative à l'article 314-1 au stade de l'étude de l'élément moral (n° 97). V. également, Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 558. La jurisprudence propose également parfois de relier explicitement l'exception de compensation à cet élément de l'infraction. v. CA Montpellier, 30 juin 2005, JCP 2006. IV. 1775.

¹³⁵⁷ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 386. Le principe d'appréciation des éléments constitutifs au moment des faits illustre ainsi toute sa logique en telle hypothèse : le caractère répréhensible du détournement ne dépend pas du préjudice causé à la victime –annihilé par une compensation ultérieure–, mais de l'atteinte à l'ordre public pouvant résulter de la volonté de commettre ce détournement.

369. Bilan : un particularisme technique manifeste. L'observation technique des infractions pouvant coïncider avec la violation d'un contrat révèle incontestablement un particularisme, ce qui se mesure par un double constat : une infraction contractuelle peut être commise sans que la responsabilité contractuelle de son auteur puisse être engagée et toutes les inexécutions contractuelles n'emportent pas la consommation d'une infraction. Le droit pénal opère ainsi une sélection en façonnant une inexécution conforme à sa finalité.

Le législateur pénal propose en effet une vision nettement plus large que le droit civil quant à l'obligation dont la violation emporte la responsabilité. Au contraire, l'analyse du comportement caractérisant la violation révèle une plus grande rigueur. Autrement dit, le droit pénal vise un large panel de situations augurant la violation pénalement répréhensible mais cette dernière doit être accomplie de manière consciente et volontaire.

Ce particularisme technique illustre la dissociation des responsabilités : le droit pénal sanctionne certes des inexécutions contractuelles mais en ignorant les comportements n'autorisant que la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle. Le point d'orgue de ce raisonnement peut alors être trouvé dans l'association systématique des infractions concernées à la protection d'une valeur classiquement protégée par le droit pénal.

Sous-section 2 : La mesure politique du particularisme

370. La finalité classique des infractions d'inexécution contractuelle. Si techniquement les faits générateurs de responsabilités pénale et contractuelle peuvent être distingués, la jurisprudence est interprétée comme dissociant également leur portée politique. Plus précisément, la doctrine veille à identifier, pour chaque infraction d'inexécution contractuelle, une raison d'être extérieure à la bonne marche contractuelle. La protection de la propriété ou du consommateur leur est ainsi systématiquement associée afin d'affirmer l'indifférence du droit pénal à la loyauté contractuelle : si ce dernier intervient, c'est pour sanctionner l'atteinte à une valeur sociale extérieure au contrat. Ainsi, la dissociation fonctionnelle des matières impose directement une mesure politique au particularisme. Toutefois, l'évolution des infractions de ce type incite à remettre en cause les valeurs qui leur sont traditionnellement associées. L'exigence de l'atteinte à une valeur classique, jusqu'alors mise en avant (§1), deviendrait désormais insuffisante (§2).

§1- L'exigence d'une atteinte à une valeur classique

371. Le classicisme imposé. La particularité des infractions contractuelles incite, peut-être plus que pour toute autre infraction, au rattachement du fait délictueux à une valeur traditionnellement protégée par le droit pénal. Doctrine et jurisprudence peuvent en effet être légitimement tentées de rejeter l'assimilation des faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale par la subordination de l'infraction à l'atteinte à une valeur sociale connue de la matière criminelle. La propriété, droit naturel de l'Homme depuis 1789, fait logiquement partie des références permettant de justifier la prise en compte du lien contractuel. Limitée aux comportements attentatoires au droit de propriété, l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible se trouve ainsi à la fois légitime et circonscrite. La même logique s'impose alors au sujet d'autres droits réels, associés à l'exercice de certaines sûretés. Par ailleurs, et « même si pour nombre de civilistes, le droit de la consommation est un droit jeune », le droit pénal s'intéresse à la matière depuis la loi du 1er août 1905¹³⁵⁸ ; les textes du droit pénal de la consommation figurent ainsi parmi les infractions classiques¹³⁵⁹. La valeur alors attachée à cette branche réside traditionnellement dans la protection du consommateur¹³⁶⁰.

Ainsi, que ce soit par le rattachement à la protection d'un droit réel (A) ou des consommateurs (B), les infractions comparables à une inexécution contractuelle fondent leur particularisme dans l'atteinte à une valeur distincte de la loyauté contractuelle.

A- La protection des droits réels

372. Inventaire. Le Code pénal prévoit clairement la répression des comportements attentatoires à la propriété en consacrant un titre entier aux appropriations frauduleuses¹³⁶¹. Cette place significative au sein du code se justifie pleinement en ce qui concerne la protection la propriété, considérée comme un « pilier du droit »¹³⁶², et confirme d'ailleurs

¹³⁵⁸ Relative à la répression des fraudes dans la vente de marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et produits agricoles.

¹³⁵⁹ V. pour une distinction entre les infractions classiques et modernes, M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préc., n° 304.

¹³⁶⁰ V. Valette-Ercole, *Droit pénal de la consommation*, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, préc., p. 143.

¹³⁶¹ Titre 1^{er} du Livre troisième « Des crimes et délits contre les biens ».

¹³⁶² J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc., p. 3345.

l'importance accordée à cette même notion dans le Code civil¹³⁶³. Toutefois, l'emploi du terme « appropriation » se révèle inadéquat dès lors que certaines infractions figurant dans ce titre ont nécessairement comme auteur le propriétaire du bien. En réalité, le droit de propriété n'est pas le seul droit réel pris en compte par le droit pénal. Les infractions comparables à une inexécution contractuelle sont par conséquent traditionnellement présentées comme protégeant tantôt le droit de propriété (1), tantôt un droit réel accessoire (2).

1) La protection de la propriété

373. Une double mesure. Le droit de propriété a toujours intéressé la matière pénale, qui concentrait sa protection en un délit : le *furtum*¹³⁶⁴. Cette valeur est désormais associée à plusieurs infractions et notamment à l'abus de confiance. Respectueuses du plan du Code pénal, doctrine et jurisprudence proposent donc de circonscrire cette infraction aux détournements attentatoires à la propriété. L'étude de cette seule infraction permettra alors de mesurer précisément le rôle classique de la propriété en tant que valeur protégée par le droit pénal. L'association de ce délit à la protection de la propriété commande une circonscription particulière qui consiste à exclure de son champ d'application non seulement les comportements commis par le propriétaire du bien détourné mais aussi ceux ne permettant pas de caractériser une intention de la part de l'auteur de se comporter comme le propriétaire.

374. La propriété comme critère de circonscription. Classifier le délit d'abus de confiance parmi les atteintes à la propriété¹³⁶⁵ implique logiquement d'exclure les détournements incompatibles avec la possibilité d'atteindre cette dernière. Par conséquent, cela conduit à exclure du champ de l'infraction les remises opérant transfert de propriété. En effet, dans ce cas, et même si la propriété peut être transmise avec certaines contraintes, l'auteur du détournement consécutif est le propriétaire lui-même. La jurisprudence, confrontée à une telle hypothèse en cas de prêt d'argent avec affectation, a pu affirmer sans équivoque qu'en condamnant pour abus de confiance « alors que le prévenu était devenu

¹³⁶³ Titre II « De la propriété » du Livre deuxième « Des biens et des différentes modifications de la propriété ».

¹³⁶⁴ Le *furtum* se définit, à l'époque classique, comme « *la contractatio fraudulosa rei alienae lucri faciendi gratia* » : « la manipulation frauduleuse de la chose d'autrui en vue de réaliser un profit » (v. J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, PUF, 1990, n° 25).

¹³⁶⁵ V. par ex. : M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, 4^{ème} éd., PUF, 2000, p. 35 ; R. Ollard, F. Rousseau, *Droit pénal spécial*, préc., p. 274 ; R. Vouin, *Droit pénal spécial*, préc., n° 55 : « l'abus de confiance proprement dit est une troisième forme de l'infraction dirigée contre le droit de propriété » ; V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 119.

propriétaire des fonds prêtés, la cour d'appel a méconnu le texte précité »¹³⁶⁶. Ainsi, la jurisprudence affiche son attachement à l'association de l'abus de confiance à la protection de la propriété. Cette dernière ne sert d'ailleurs pas seulement de barrière aux éventuelles extensions du délit puisqu'elle fournit également de manière constante le critère de qualification du détournement répréhensible. Pour cela, la propriété est appréhendée par le biais du comportement *de* propriétaire comme mécanisme comparatif d'appréciation de l'intention.

375. Le propriétaire comme modèle d'appréciation. L'intention requise par l'article 121-3 du Code pénal impose au juge pénal de caractériser une démarche consciente et volontaire¹³⁶⁷. La jurisprudence veille alors, à l'occasion du rappel du caractère intentionnel du détournement, à soumettre indirectement la consommation de l'infraction au constat d'une atteinte à la propriété. Les exemples sont légion. La Cour de cassation exige ainsi tantôt « une intention frauduleuse de s'approprier la chose d'autrui »¹³⁶⁸, tantôt « la volonté consciente de contredire aux droits du propriétaire légitime »¹³⁶⁹. La doctrine relaye cette définition¹³⁷⁰ et en tire généralement comme conséquence que le délit sanctionne les atteintes à la propriété¹³⁷¹. Ainsi défini, le caractère intentionnel du détournement semble délimiter l'infraction conformément à la valeur traditionnellement protégée par l'infraction.

Par conséquent, comparable à une inexécution contractuelle en ce que le détournement peut être caractérisé par la méconnaissance d'un contrat, la consommation du délit d'abus de

¹³⁶⁶ Cass. crim., 14 févr. 2007, Bull. crim., n° 47, D. 2007. AJ 1080, *ibid.*, 2007. pan. 2640, obs. S. Mirabail, AJ. pén. 2007. 275, note Y. Muller, RDI. 2007. 281, obs. G. Roujou de Boubée, Dr. pén. 2007, comm. 84, note M. Véron ; 19 sept. 2007, D. 2008. 958, note D. Rebut, *ibid.*, 2008. Pan. 1577, note C. Mascala, *ibid.*, 2009, Pan. 132, obs. S. Mirabail.

¹³⁶⁷ V. *supra*, n° 354 et s.

¹³⁶⁸ Cass. crim., 30 août 1849, DP. 1849. 5. 2. V. pour un exemple récent : Cass. crim., 16 juin 2011, n° 10.83758, Dr. pén. 2011, comm. 116, note M. Véron : l'usage abusif de la chose confiée est exclusif de tout détournement s'il n'implique pas la volonté de se comporter, même momentanément, comme le propriétaire de la chose ».

¹³⁶⁹ Versailles, 14 janv. 1980, D. 1980, p. 422, note R. Brunois.

¹³⁷⁰ V. par ex. A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 242. –*Adde* : E. Garçon, *Code pénal annoté*, T. III, préc., v. art. 408, n° 17 : « l'intention existe lorsque le possesseur accomplissant un acte de propriétaire, intervient sa possession, sachant qu'il possède précairement en vertu d'un des contrats de l'article 408 ». Le droit belge connaît une même circonscription du délit qui aboutit à intégrer la référence au propriétaire à la définition de l'élément moral : « L'élément moral du délit prévu à l'article 491 du Code pénal consiste en l'intention de l'auteur de s'approprier la chose remise ou d'en dépouiller celui à qui elle appartient et dès lors d'en disposer en tant que propriétaire » (Cass. 29 mars 1994, Pas., 1994, I, p. 322, n° 153 ; 6 sept. 1995, *ibid.*, 1995, I, p. 777, n° 367 ; 8 sept. 1998, *ibid.*, 1998, p. 931, n° 391 ; 13 janv. 1999, *ibid.*, 1999, p. 38, n° 16, R.W., 1999-2000, p. 917).

¹³⁷¹ V. par ex. : R. Vouin, *Droit pénal spécial*, préc., n° 55 : « l'abus de confiance proprement dit est une troisième forme de l'infraction dirigée contre le droit de propriété ». –*Adde* : M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, 4^{ème} éd., PUF, 2000, p. 35, R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 116 ; V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 119.

confiance reste toutefois subordonnée à l'atteinte à une valeur étrangère au contrat¹³⁷². Il s'agit alors toujours de concevoir le contrat comme une simple occasion de produire un trouble à l'ordre public sans que la relation contractuelle ne soit envisagée en tant que telle. Cette idée est confirmée par le schéma d'autres infractions contractuelles pour lesquelles le législateur utilise le contrat comme vecteur d'atteinte à un droit réel accessoire.

2) La protection des droits réels accessoires

376. Un droit pénal des sûretés. Lorsqu'une infraction coïncide avec une inexécution contractuelle, le législateur n'impose pas toujours avec la même précision les contrats potentiellement concernés puisque seules certaines incriminations font référence à des contrats nommés¹³⁷³. C'est ainsi que, ponctuellement, le droit pénal offre sa sanction à des comportements comparables à l'inexécution d'une sûreté. Le législateur prévoit, en effet, des détournements pénalement punissables consécutifs à la remise tant d'une sûreté mobilière générale –le gage *stricto sensu*–, que d'une sûreté mobilière spéciale –les warrants¹³⁷⁴. La dissociation des faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale est alors à nouveau généralement présentée par le recours à la valeur protégée par ces infractions, jugée extérieure au contrat.

377. Le détournement consécutif à une sûreté mobilière générale. L'article 314-5 du Code pénal sanctionne de peines identiques à celles de l'abus de confiance¹³⁷⁵ le fait, « par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage ». Là encore, la question de la confusion des faits générateurs de responsabilités a pu se poser et ce, de deux manières.

Tout d'abord, l'infraction pourrait de prime abord être considérée comme protégeant l'exécution de l'obligation garantie¹³⁷⁶. Cependant, le comportement constitutif du

¹³⁷² Le droit belge connaît une infraction comparable à l'article 491 du Code pénal. Par la formule « remise à charge de rendre ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé », la doctrine considère que le propriétaire n'entend transmettre que la possession précaire. V. H.-D. Bosly, *Les infractions contre les biens*, Larcier, 2008, p. 213.

¹³⁷³ V. la qualification de ce type de contrats *supra*, n° 125 et s.

¹³⁷⁴ Pour une telle qualification, v. Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011, n° 521.

¹³⁷⁵ Soit 3 ans d'emprisonnement et 375000 euros d'amende.

¹³⁷⁶ V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 12.

détournement de gage général¹³⁷⁷ est communément défini comme tout acte ayant pour effet de compromettre la réalisation du gage. La relation contractuelle principale à laquelle se greffe la sûreté ne peut alors être en jeu dans la détermination du but poursuivi par le législateur puisque seul le contrat constitutif de la sûreté est envisagé par l'incrimination. L'idée d'une protection de la propriété doit également être exclue puisque l'infraction vise l'hypothèse d'un détournement de la chose par son propriétaire qui l'a donnée en gage au créancier¹³⁷⁸. La doctrine s'accorde alors à reconnaître que l'infraction veille à protéger le droit réel accessoire du créancier¹³⁷⁹.

378. Le détournement consécutif à une sûreté mobilière spéciale. Les infractions réprimant l'inexécution de gages spéciaux –les warrants–, construites précisément sur le même schéma que le détournement de gage semblent également assurer la protection des droits réels du créancier de ce type de sûretés. Le droit français connaît l'institution du warrant depuis la loi du 30 avril 1906¹³⁸⁰ modifiant la loi du 18 juillet 1898 sur les warrants agricoles. Des textes spéciaux sont ensuite venus compléter l'institution dans le domaine commercial par les warrants hôteliers¹³⁸¹, pétroliers¹³⁸² et industriels¹³⁸³. Le droit pénal sanctionne alors, dans des textes dispersés, la violation de chacune de ces garanties¹³⁸⁴. Les incriminations proposent invariablement le même comportement punissable. Il s'agit du fait pour tout emprunteur ou dépositaire d'avoir détourné, dissipé ou volontairement détérioré au préjudice de son créancier le gage de celui-ci. L'élément matériel des détournements de warrant ne présente aucune spécificité dans son contenu. Il s'agit d'accomplir un acte caractérisant une violation des obligations résultant de la remise de droits sur les biens. L'emprunteur constitue un warrant sur certains objets afin de fournir une garantie au créancier mais ces biens ne font pas l'objet d'une remise matérielle : l'emprunteur les garde en sa possession puisqu'il s'agit pour lui de donner en gage certains éléments de son exploitation. La remise n'a donc pour

¹³⁷⁷ C. pén., art. 314-5.

¹³⁷⁸ V. à propos de la qualité des parties au contrat de gage : Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, préc., n° 504.

¹³⁷⁹ Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 853 ; R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 100. –*Addé* : J. Magnol, note sous CA. Montpellier, 7 févr. 1951, JCP 1951. II. 6347 : « ce qui est punissable dans le cas du détournement d'objets remis en gage, c'est l'atteinte à ce démembrement du droit de propriété que confère le droit réel de gage et non pas l'atteinte portée au droit de créance dont la victime est titulaire ».

¹³⁸⁰ JO 4 mai, DP. 1907. 4. 8.

¹³⁸¹ Loi du 8 août 1913 : JO 10 août, DP. 1916. 4. 7.

¹³⁸² Loi du 21 avril 1932 : JO 29 avr, DP. 1933. 4. 33.

¹³⁸³ Ordonnance n° 45-879 du 3 mai 1945 : JO 4 mai, D. 1945, p. 97.

¹³⁸⁴ Articles L.523-13 du Code de commerce pour le warrant hôtelier, L.524-17 du même code pour le warrant pétrolier, 13 de la loi du 12 septembre 1940 pour le warrant industriel et L. 342-14 du code rural et de la pêche maritime.

objet qu'un droit sur les biens au bénéfice du créancier¹³⁸⁵. L'intervention du droit pénal semble alors trouver également sa justification par la volonté de protéger les droits réels des créanciers.

Ainsi, les auteurs font valoir que malgré la confusion apparente des faits générateurs de responsabilités, le législateur assure la protection d'une valeur qui dépasse la correcte exécution des conventions¹³⁸⁶. Le droit pénal de la consommation présente un raisonnement semblable pour les infractions envisageant l'inexécution du contrat.

B- La protection des consommateurs

379. Le rejet de la protection du consommateur. Fréquemment comparées aux vices du consentement du droit civil¹³⁸⁷, les infractions du droit pénal de la consommation soulèvent également –mais dans une moindre mesure¹³⁸⁸– la question d'une éventuelle protection de la relation contractuelle. Plus précisément, il est traditionnellement proposé d'associer la matière à la volonté de protéger le consommateur en tant que contractant¹³⁸⁹. Une telle vision mettrait alors à mal le particularisme technique des infractions consuméristes coïncidant avec une inexécution contractuelle¹³⁹⁰. La spécificité pénale identifiée tant à travers l'obligation dont la violation est pénalement sanctionnée que la recherche d'un comportement intentionnel n'aurait alors aucune répercussion sur l'analyse politique de ces infractions. Le droit pénal viendrait fournir sa sanction à la violation d'une relation contractuelle sans que soit dépassé ce stade des seuls intérêts privés.

L'interprétation des infractions concernées permet cependant de douter d'une telle assertion. Tout d'abord, dans sa rédaction antérieure à la loi du 10 janvier 1978, le délit de tromperie visait comme seul responsable le cocontractant. La jurisprudence avait pour autant considéré de manière extensive que l'infraction pouvait s'appliquer en cas de revente de la

¹³⁸⁵ Un titre à ordre représentant la garantie est émis et peut circuler par voie d'endossement.

¹³⁸⁶ Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 853 ; R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 100. –*Adde* : J. Magnol, note sous CA. Montpellier, 7 févr. 1951, JCP 1951. II. 6347 : « ce qui est punissable dans le cas du détournement d'objets remis en gage, c'est l'atteinte à ce démembrement du droit de propriété que confère le droit réel de gage et non pas l'atteinte portée au droit de créance dont la victime est titulaire ».

¹³⁸⁷ V. les nombreux travaux consacrés à la comparaison de ces infractions aux vices de dol, d'erreur et de violence du droit des obligations cités *supra*, n° 81.

¹³⁸⁸ V. *supra*, n° 13 et 333.

¹³⁸⁹ « Il constitue, en effet, un outil puissant destiné à prolonger les efforts du Code civil pour protéger le consommateur pris en sa qualité de contractant singulier » : Ph. Conte, *1905-2005 : cent ans de protection du consommateur*, préc., n° 17. –*Adde* : M. Bénéjat, *La responsabilité pénale professionnelle*, préc., n° 231.

¹³⁹⁰ V. *supra*, n° 340 et s.

marchandise¹³⁹¹. Depuis 1978, le délit s'applique à « quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat »¹³⁹², aura trompé ou tenté de tromper le contractant. L'infraction peut ainsi être commise par un tiers au contrat sans que la responsabilité contractuelle puisse être ainsi envisagée¹³⁹³. Ensuite, une tromperie peut être constituée par le seul manquement à la réglementation sans aucune incidence sur la qualité du produit¹³⁹⁴, ce qui ne permet de relever aucune répercussion sur le consommateur concerné¹³⁹⁵. Enfin, la jurisprudence considère que les qualités substantielles sur lesquelles doit porter le comportement trompeur sont déterminées à partir de la réglementation en vigueur et non au vu de ce que le client attendait. Par conséquent, dès lors que le produit est conforme à ladite réglementation, la tromperie ne peut être caractérisée alors même que le consommateur attendait autre chose¹³⁹⁶.

Ainsi, la qualité de contractant du consommateur est ignorée dans toutes ces hypothèses, ce qui empêche de concevoir l'infraction de tromperie comme s'intéressant uniquement aux relations contractuelles. Plus radicalement, une partie de la doctrine considère que le consommateur n'est pas l'objet de la protection pénale en tant qu'individu mais en tant que membre d'une collectivité. Il s'agirait ainsi non plus de protéger *le* consommateur mais *les* consommateurs.

380. La recherche de la protection *des* consommateurs. L'ensemble des indications jurisprudentielles milite en faveur du dépassement de la relation individuelle à laquelle participe le consommateur. Le droit de la consommation viserait ainsi une protection collective, « celle des consommateurs pris dans leur ensemble »¹³⁹⁷. Le lien avec la matière contractuelle se trouve alors de ce point de vue aussi distendu que pour les infractions de détournement¹³⁹⁸ : une fois encore, le contrat n'est pas protégé en lui-même mais en ce qu'il fournit l'occasion d'atteindre une valeur intégrée par le droit pénal.

¹³⁹¹ Cass. crim., 29 janv. 1970, D. 1972, Juris. p. 244, note J.-P. Costa.

¹³⁹² C. conso., art. L. 213-1.

¹³⁹³ V. C. Ambroise-Castérot, *Consommation, Rép. pén. Dalloz*, 2009, n° 418, A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 1183.

¹³⁹⁴ Cass. crim., 30 mars 1994, Bull. crim. 1994, n° 130 ; Dr. pén. 1994, comm. 164, note J.-H. Robert.

¹³⁹⁵ Ph. Conte, *1905-2005 : cent ans de protection du consommateur*, préc., n° 17.

¹³⁹⁶ Cass. crim., 27 févr. 1995, Dr. pén. 1995, comm. 147, note J.-H. Robert.

¹³⁹⁷ Ph. Conte, *1905-2005 : cent ans de protection du consommateur*, préc., n° 18.

¹³⁹⁸ L'assouplissement des exigences relatives à l'élément moral de ces infractions pourrait alors devenir indifférent. En effet, les infractions en principe intentionnelles rejoindraient la seconde catégorie d'infractions d'inexécution contractuelles pour lesquelles la légitimité du droit pénal trouve son fondement non pas dans le comportement pénalement répréhensible mais dans la vocation collective des obligations dont la violation est pénalement sanctionnée. V. sur ces dernières, *infra*, n° 430 et s.

381. Bilan et perspectives. Ainsi, que le droit pénal de la consommation ait pour objectif la protection du ou des consommateurs, la confusion avec la répression de simples inexécutions contractuelles doit être exclue. En effet, même en adhérant à l'idée d'une protection individuelle du consommateur, il faut constater que la jurisprudence pénale accepte de dépasser le strict cadre contractuel. La proposition d'une protection collective invite également à dépasser de cette confusion en retirant aux infractions toutes considérations individuelles¹³⁹⁹.

Cependant, si le principe du dépassement de la relation contractuelle demeure acquis, l'évolution des infractions concernées révèle les limites des valeurs classiques. En effet, la protection des droits réels comme celle des consommateurs ne permet finalement plus d'expliquer l'ensemble des solutions jurisprudentielles.

§2- L'insuffisance de l'atteinte à une valeur classique

382. Une double lacune. Les directives législatives et jurisprudentielles rendues à propos d'infractions comparables à l'inexécution d'un contrat incitent à relativiser l'affirmation d'une protection systématique de valeurs sociales classiques pour plusieurs raisons.

D'abord, l'association de ces infractions à la poursuite d'un bien juridique traditionnellement protégé par le droit pénal est devenue partiellement inexacte. L'évolution des infractions, tant législative que jurisprudentielle, impose en effet de reconsidérer l'exclusivité du recours à ce dernier puisque les valeurs classiques semblent incapables de justifier l'ensemble des solutions et deviendraient par là même incomplètes.

Plus radicalement ensuite, certaines infractions paraissent ne pas pouvoir coïncider avec les valeurs traditionnellement jugées dignes de protection pénale.

Ainsi, tantôt incomplètes (A), tantôt incompatibles (B) avec certaines infractions, les valeurs protégées classiques ne suffisent plus à justifier la distinction des faits générateurs de responsabilités pénale et contractuelle.

¹³⁹⁹ V. pour une présentation précise de cette proposition, *infra*, n° 475 et s.

A- Des valeurs classiques incomplètes

383. Le nécessaire dépassement de la victime consommateur. Même envisagée par par le biais de la collectivité, la protection des consommateurs se révèle incapable d’embrasser l’ensemble des décisions jurisprudentielles relatives au droit pénal de la consommation et plus spécialement, au délit de tromperie. Un seul exemple suffira à démontrer qu’aujourd’hui le droit pénal dépasse non seulement la protection de la relation contractuelle, mais aussi celle des consommateurs. La Chambre criminelle a récemment très clairement affirmé que l’infraction de tromperie était applicable aux relations contractuelles entre professionnels¹⁴⁰⁰, y compris contractant dans leur domaine de compétence¹⁴⁰¹. Par ailleurs, la jurisprudence accepte de reconnaître la tromperie alors même que les procédés prohibés émanent de celui qui reçoit la marchandise¹⁴⁰². L’infraction ne doit dès lors pas être restreinte à la protection du consommateur, considéré comme la « partie faible »¹⁴⁰³ du contrat, le consommateur pouvant même être l’auteur de la tromperie¹⁴⁰⁴. L’exclusivité de la qualité de propriétaire paraît également discutable.

384. Le nécessaire dépassement de la victime propriétaire. Malgré la présence initiale d’une liste de contrats nommés, le délit d’abus de confiance fut associé dès son origine à la protection de la propriété. Le champ d’application de cette infraction s’en trouva alors nécessairement restreint car tributaire d’une atteinte effective à la valeur protégée. D’une part, la définition du détournement s’imprègne nécessairement de cette considération puisque l’intention requise se définit comme la volonté tendue vers le résultat légal de l’infraction¹⁴⁰⁵. Jurisprudence et doctrine rappellent alors régulièrement que le détournement ne peut être caractérisé que si son auteur avait la volonté de se comporter en véritable propriétaire¹⁴⁰⁶. D’autre part, le propriétaire ne peut être l’auteur du fait délictueux, contrairement au délit de

¹⁴⁰⁰ D’autres infractions du Code de la consommation peuvent être commises au détriment des professionnels. V. par ex. le délit de pratiques commerciales trompeuses : art. L. 121-1, III.

¹⁴⁰¹ Cass. crim., 4 nov. 2008, Bull. crim., n° 223, RSC 2009, p. 102, obs. C. Ambroise-Castérot, AJ. pén. 2009, 74, obs. J.-R. Demarchi, Dr. pén. 2009, comm. 14, note J.-H. Robert, CCC. 2009, comm. 90, obs. G. Raymond.

¹⁴⁰² Cass. crim., 9 juil. 1969, GP 1969. 2. 194 (Tromperie commise par un négociant au détriment de l’agriculteur au cours de la pesée des produits que vend celui-ci). –*Adde* : Cass. crim., 18 juil. 1974, D. 1974, somm. p. 123.

¹⁴⁰³ F. Steinmetz, *Le droit de la consommation... peut mieux faire*, préc., p. 1049.

¹⁴⁰⁴ Tromperie commise par l’usager qui altère son compteur électrique : Cass. crim., 7 mars 1956, D. 1956, p. 308.

¹⁴⁰⁵ X. Pin, *Droit pénal général*, préc., n° 171.

¹⁴⁰⁶ V. *supra*, n° 375.

détournement de gage¹⁴⁰⁷, mais seulement en être la victime. Cela implique alors l'exclusion radicale de toutes les remises opérant transfert de propriété.

Pourtant, depuis la reformulation de l'incrimination, quelques voix s'élèvent pour défendre le dépassement de cette circonscription¹⁴⁰⁸. Plusieurs arguments paraissent militer en ce sens.

Tout d'abord, la référence systématisée en doctrine au comportement du propriétaire pour démontrer le caractère intentionnel du détournement peut parfois ne pas convaincre. Le critère permettant, en effet, de considérer que l'auteur se comporte ou non comme le propriétaire du bien peut ne pas s'imposer avec la force de l'évidence. D'une part, la formulation est utilisée comme une définition générale de l'intention sans qu'une confrontation pratique ne puisse clairement l'éprouver. Certaines illustrations jurisprudentielles, prétendument en ce sens, permettent en effet de douter de la rigueur d'un tel critère¹⁴⁰⁹. La référence au plan du Code pénal ne peut emporter à elle seule la conviction du nécessaire maintien de la propriété comme valeur protégée. En effet, faut-il rappeler que dans le même titre relatif aux appropriations frauduleuses se trouve le délit de détournement de gage, dont l'auteur ne peut qu'être le propriétaire¹⁴¹⁰ ?

Ensuite, d'aucuns font remarquer l'incohérence entre cette valeur et l'exigence textuelle que le détournement soit commis « au préjudice d'autrui » puisque « cet autrui n'est pas nécessairement le propriétaire »¹⁴¹¹. Enfin, l'extension de l'infraction serait désormais autorisée par la présentation extensive de la remise. La suppression de la liste de contrats

¹⁴⁰⁷ V. *supra*, n° 377.

¹⁴⁰⁸ La doctrine toute entière prend le soin d'observer les ouvertures autorisées par la nouvelle formulation du délit. V. notamment, S. Fournier, *Quel domaine pour l'abus de confiance ?*, in Réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *opinio doctorum*, préc., n° 2 ; W. Jeandidier, *Abus de confiance*, *J.-Cl. Pén.*, art. 314-1, fasc. unique, 2004, n° 40 ; V. Malabat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 809 ; C. Souweine, *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal*, préc., p. 303.

¹⁴⁰⁹ Le juge pénal refuse l'abus de confiance pour le fait d'utiliser un film pour des projections non prévues au contrat de location (CA Dijon, 9 juil. 1930, S. 1931, 2, p. 132). En revanche, cette qualification trouve à s'appliquer contre un tuteur qui effectue des prélèvements forfaitaires sur les revenus des majeurs protégés avant que ne soient connues leurs ressources, dès lors que ces prélèvements sont réalisés en dehors des prévisions des textes réglementaires portant organisation de la tutelle (Cass. crim., 3 déc. 2003, Bull. crim., n° 232, JCP 2004. IV. 1109). La référence au comportement du propriétaire ne paraît pas ici déterminante dans le choix de l'application du délit mais semble plutôt assurer une justification à la condamnation des cas jugés les plus indignes. V. récemment les arrêts rendus à un mois d'intervalle par la Chambre criminelle le 16 juin 2011 (n° 10-83758) et le 20 juil. 2011 (n° 10-81726). Le premier rejette la qualification d'abus de confiance à défaut de volonté de se comporter comme le propriétaire de la chose, le second l'accepte après avoir caractériser l'intention d'appropriation. Si l'on comprend aisément le critère –l'intention coupable–, sa mise en oeuvre semble pour le moins délicate, ce que ne manque d'ailleurs pas de relever la doctrine (v. M. Véron, *La volonté de se comporter en propriétaire du bien détourné*, note sous Cass. crim., 16 juin 2011 et 20 juillet 2011, Dr. pén. 2011, comm. 116.

¹⁴¹⁰ Sur les faiblesses de la classification du Code pénal, v. M. Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, préc., n° 308.

¹⁴¹¹ E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, préc., n° 1193.

permet, il est vrai, d'envisager n'importe quel titre contractuel, même translatif de propriété, dès lors qu'il implique l'obligation de rendre, représenter ou faire un usage déterminé du bien remis¹⁴¹².

Cependant, admettre que le détournement pénalement répréhensible peut être commis par le propriétaire du bien suppose de rechercher la valeur protégée ailleurs que dans la propriété. La doctrine propose alors de moderniser l'infraction en recherchant un fondement alternatif. L'orientation du droit pénal vers des valeurs différentes de celles traditionnellement associées aux infractions d'inexécution contractuelle paraît d'autant plus tentante que certaines de ces infractions semblent ne pas pouvoir être concernées par les valeurs classiques.

B- Des valeurs classiques inadaptées

385. L'inadaptation ponctuelle des valeurs classiques. L'une des principales spécificités du contrat, en tant qu'élément constitutif d'une infraction, réside dans l'indifférence annoncée à la régularité de ce dernier. Autrement dit, un contrat ne respectant pas l'ensemble des conditions de validité prévues par le Code civil peut tout de même caractériser l'élément contractuel d'une infraction¹⁴¹³. Or, cette particularité n'est pas propre aux infractions visant la seule formation du contrat mais fait au contraire l'objet d'une affirmation claire à propos d'infractions comparables à l'inexécution d'un contrat¹⁴¹⁴. Plus précisément, les juridictions pénales rappellent avec une rare constance que l'abus de confiance comme le détournement de gage peuvent être consommés malgré la nullité du contrat encadrant la remise. Si cette spécificité technique condamne l'assimilation de ces infractions à une simple inexécution contractuelle, il convient de remarquer qu'elle jette le trouble quant à la valeur protégée par l'infraction. En effet, la comparaison des deux infractions concernées à l'aune de l'indifférence à la nullité du contrat révèle que la valeur qui leur est classiquement associée peut inégalement être atteinte.

A s'en tenir à la vision classique de ces infractions, le délit de détournement de gage aurait pour objet la protection du droit réel accessoire du créancier¹⁴¹⁵ et l'abus de confiance la propriété. Or, le schéma infractionnel de ces deux délits diffère quant au rôle du contrat dans l'atteinte à la valeur protégée : si la propriété est acquise et demeure avec la remise du bien, le

¹⁴¹² C. pén., art. 314-1.

¹⁴¹³ V. *supra*, n° 187 et s.

¹⁴¹⁴ V. par exemple à propos de l'abus de confiance, Cass. crim., 12 mai 1964, Bull. crim., n° 161.

¹⁴¹⁵ V. *supra*, n° 376.

transfert du droit réel accessoire résulte quant à lui du contrat de gage, puisqu'il constitue un effet juridique de ce dernier. Par conséquent, la nullité du contrat ne peut empêcher l'atteinte à la propriété par le détournement de l'abus de confiance, la victime étant propriétaire avant la conclusion du contrat. Au contraire, aucun droit réel n'existait au profit du créancier avant la conclusion du gage, ce contrat étant la source de la création de ce droit. Le fait délictueux de cette infraction consisterait alors à violer l'un des effets juridiques du gage. Or, en cas de contrat nul, « il n'est pas possible de violer un effet qui, par hypothèse, ne s'est pas produit »¹⁴¹⁶. Pourtant, la jurisprudence fait montre d'une rare constance dans l'affirmation de l'indifférence à la nullité du gage. D'aucuns considèrent que la jurisprudence commet alors une erreur en se positionnant ainsi¹⁴¹⁷. Il paraît au contraire préférable de rechercher la cause d'une telle démarche ailleurs que dans la valeur classiquement associée à ce délit. L'inadaptation ponctuelle des valeurs classiques ne semble pas concerner, en effet, que ce délit.

386. L'inadaptation générale des valeurs classiques. Le détournement de gage révèle son incompatibilité avec la protection de la valeur sociale qui lui est traditionnellement associée –le droit réel accessoire du créancier– seulement en cas de nullité du contrat. Il arrive cependant que l'inadaptation de cette valeur protégée ne se limite pas à un cas isolé, reconnu par la jurisprudence, mais à l'incrimination telle que prévue par le législateur. Ce dernier prévoit par exemple à l'article 313-5 du Code pénal différents cas de filouteries¹⁴¹⁸ qui se caractérisent tous désormais¹⁴¹⁹ par le fait, par une personne qui sait être dans l'impossibilité absolue de payer ou qui est déterminée à ne pas payer de se faire attribuer certains biens ou services. Traditionnellement associée au vol¹⁴²⁰, cette infraction paraît *a priori* s'attacher à la protection de la propriété : la filouterie, quel que soit son domaine, suppose en effet une appropriation de l'objet de la remise¹⁴²¹. La prise en compte de ces inexécutions

¹⁴¹⁶ Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 853. *Adde* : J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, préc., n° 1028 : « Le contrat ne produit évidemment d'effets que s'il est valablement formé ».

¹⁴¹⁷ « La jurisprudence se trompe par conséquent qui, au lieu de sanctionner la production d'un résultat dont elle s'efforce de montrer qu'il est réel nonobstant la nullité du gage, réprime en vérité au nom d'un résultat qui, comme l'entité juridique qui en est la cause, n'est qu'apparent » : Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 853.

¹⁴¹⁸ On trouve ainsi réprimées : la filouterie d'aliments et de boissons, de carburants ou de lubrifiants, de logement et de transport.

¹⁴¹⁹ V. pour un rappel historique de l'infraction : B. de Lamy, *Filouterie, J.-Cl. Pén.*, art. 313-5, fasc. unique, 2001, n° 2.

¹⁴²⁰ L'article 401 du Code pénal de 1810, présenté comme « les autres vols non spécifiés dans la présente section, les larcins et filouteries », figurait dans la section consacrée au vol.

¹⁴²¹ En ce sens, Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 599. *–Adde* : E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, préc., n° 973 : l'auteur classe cette infraction parmi celles protégeant la propriété.

contractuelles¹⁴²² trouverait alors à nouveau sa légitimité dans la protection d'une valeur classique, distincte de la simple protection de la foi contractuelle. Pourtant, le cadre spécifique du délit peut rendre incertaine une telle vision. En effet, le législateur réserve l'infraction aux filouteries commises contre un professionnel. Les particuliers qui vendent occasionnellement des aliments ou des boissons, qui louent des chambres par exemple ne reçoivent pas la protection assurée par ce texte. Le fondement d'une telle exclusion réside dans l'impossibilité pour ces professionnels de s'assurer au moins de la solvabilité du client¹⁴²³. L'atteinte à la propriété ne paraît pas alors à même d'expliquer la délimitation du texte¹⁴²⁴ : un particulier qui se livre occasionnellement à une activité de restauration ne voit-il pas son droit de propriété atteint de la même manière qu'un professionnel en cas de défaut de paiement ? Le vol, illustration topique d'une infraction protégeant la propriété, est au contraire prévue quelle que soit la qualité de la victime.

Une telle restriction incite alors la doctrine à associer l'infraction à la protection de la confiance¹⁴²⁵. La qualification des filouteries en infractions désormais voisines de l'escroquerie abonde d'ailleurs en ce sens¹⁴²⁶. La limitation du délit aux professionnels de chaque secteur concerné trouverait, de plus, une justification : ces derniers sont obligés de faire confiance à leur clientèle. Seule cette confiance « nécessaire » paraît ainsi pouvoir expliquer le champ d'application du délit¹⁴²⁷. D'ailleurs, le texte prévoit la disparition de la protection pénale dès lors que l'attribution de la confiance perd son caractère obligatoire. Plus précisément, la filouterie de logement ne peut s'appliquer que si l'occupation de la chambre que l'agent s'est fait attribuer n'excède pas dix jours¹⁴²⁸. Au-delà d'un tel délai, la confiance attribuée à un client qui ne s'est toujours pas acquitté de son dû relève de l'imprudence de l'hôtelier qui ne pourra dès lors bénéficier que des règles de la responsabilité contractuelle¹⁴²⁹. Ainsi, le droit pénal propose son soutien à certaines relations privées pour lesquelles l'un des

¹⁴²² V. pour la discussion relative à la qualification d'inexécution contractuelle pour cette infraction, *supra*, n° 333.

¹⁴²³ En ce sens, R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, par A. vitu, préc., n° 2359, B. de Lamy, *Filouterie, J.-Cl. Pén.*, art. 313-5, fasc. unique, 2001, n° 12.

¹⁴²⁴ Certains auteurs ont alors recours à l'idée d'infractions hybrides supposant à la fois une tromperie et une inexécution d'une obligation de payer : R. Ollard, F. Rousseau, *Droit pénal spécial*, préc., p. 370.

¹⁴²⁵ Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 601 ; E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, préc., n° 972.

¹⁴²⁶ V. pour une discussion sur la valeur protégée par le délit d'escroquerie, *supra*, n° 261 et s.

¹⁴²⁷ Certains auteurs regrettent toutefois la limitation à certains professionnels seulement. Il serait en effet possible de substituer au texte existant une incrimination générale visant l'ensemble des professionnels dans cette situation. V. B. de Lamy, *Filouterie, J.-Cl. Pén.*, art. 313-5, fasc. unique, 2001, préc., n° 13, C. Lacroix, *Filouterie, Rép. pén. Dalloz*, 2010, n° 38.

¹⁴²⁸ Cass. crim., 29 nov. 2005, Bull. crim., n° 310, D. 2006. pan. p. 1656, obs. S. Mirabail, AJ. pén. 2006. 85, AJDI 2006. 132, Dr. pén. 2006, comm. 35, note M. Véron, JCP 2005. IV. 3799.

¹⁴²⁹ En ce sens, Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 601, B. de Lamy, *Filouterie, J.-Cl. Pén.*, art. 313-5, fasc. unique, 2001, n° 21.

contractants se voit dans l'obligation de remettre sa confiance. La répression serait alors justifiée par le besoin de protéger cette confiance nécessaire seule à même de maintenir de tels échanges commerciaux. La proposition n'est alors pas sans rappeler la démarche animant le délit d'atteinte au secret professionnel¹⁴³⁰, que les auteurs associent à la nécessaire protection de la confiance inspirée par la qualité de certains professionnels¹⁴³¹. Est-ce à dire que le législateur accepte de confondre des finalités pénale et contractuelle ? Il paraît pouvoir n'en être rien à condition de renouveler la présentation du particularisme du fait délictueux.

387. Bilan. Que ce soit du point de vue de la technique comme de la politique juridique, les faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale peuvent être distingués. Techniquement d'abord, la particularité de l'obligation violée en matière pénale impose de considérer que toutes les infractions contractuelles ne peuvent entraîner l'engagement de la responsabilité contractuelle de son auteur. De même, toute inexécution contractuelle ne peut emporter de qualification pénale puisque seule cette dernière requiert une démarche intentionnelle. Politiquement ensuite, le droit pénal associe traditionnellement les infractions d'inexécution contractuelle à l'atteinte à une valeur sociale extérieure à la bonne marche contractuelle. Conforme à la notion pénale de contrat en ce qu'elle se détache de la simple sanction d'une violation des stipulations contractuelles, cette conception de l'inexécution pénalement répréhensible trouve également son fondement dans la distinction des fonctions de chacune des responsabilités. En matière civile, la moindre méconnaissance du contrat doit déclencher l'engagement de la responsabilité de son auteur, dès lors que le contrat remplit l'ensemble des conditions d'efficacité. Le droit pénal, au contraire, impose une vision spécifique du fait délictueux en sélectionnant les comportements répréhensibles à l'aune de leur seule gravité.

Le caractère harmonieux de cette présentation ne peut toutefois faire oublier les insuffisances qu'elle recèle au vu des évolutions jurisprudentielle et législative. De plus en plus en effet, la Cour de cassation propose des solutions difficilement compatibles avec l'aspect politique du particularisme, ce qui conduit une partie de la doctrine à remettre en cause certaines des valeurs classiquement associées aux infractions d'inéxecutions contractuelles. Une telle proposition, corroborée par la modification de certaines incriminations, impose non seulement

¹⁴³⁰ C. pén., art. 226-13. Le devoir de confidentialité peut être abordé sous deux angles très différents. Soit le secret professionnel est invoqué de manière positive par le déposant afin de faire sanctionner sa méconnaissance. Soit il est utilisé par le professionnel afin de justifier le refus de se soumettre à une obligation de dénonciation (v. sur cette distinction J.-C. Saint-Pau, *Chronique de droit pénal spécial* sous Cass. crim., 27 oct. 2004, RPD 2005, p. 429).

¹⁴³¹ V. M. Bénéjat, *La responsabilité pénale professionnelle*, préc., n° 27.

de redéfinir la portée de ces infractions au regard du trouble à l'ordre social mais aussi les contours du fait délictueux. En effet, la définition de l'intention étant nécessairement tributaire de la valeur protégée, la modification de cette dernière se répercute inévitablement sur la première. Est-ce à dire que le droit pénal sanctionne désormais toute déloyauté contractuelle ? Il est nettement permis d'en douter puisqu'une présentation renouvelée des infractions comparables à une inexécution contractuelle paraît compatible avec la reconstruction d'un particularisme propre au fait délictueux.

Section 2 : Le particularisme renouvelé du fait délictueux

388. L'effacement proposé des valeurs classiques. La vision jurisprudentielle pour le moins minimaliste du préjudice a pu inciter à reconsidérer la portée des infractions contractuelles concernées par cette composante. A cette occasion, plusieurs alternatives à la protection de la propriété ont été proposées, parmi laquelle figure la confiance¹⁴³². La doctrine propose ainsi de la percevoir comme « une valeur sociale qui doit être protégée contre des atteintes perpétrées par le truchement du mensonge »¹⁴³³. Par conséquent, la matière pénale ne se limiterait plus nécessairement à la répression des actes attentatoires au patrimoine par exemple, mais étendrait sa protection aux comportements contrevenant au sentiment qui fait que l'on se fie à quelque chose ou à quelqu'un¹⁴³⁴. Le droit pénal, en parallèle de la protection des sentiments tels que l'honneur¹⁴³⁵ ou la dignité¹⁴³⁶, assurerait ainsi celle de la confiance publique¹⁴³⁷ mais aussi celle innervant les relations privées. La matière civile n'ignore évidemment pas le lien existant entre le contrat et la confiance. En effet, « le contrat n'est pas insensible aux sentiments que se portent les parties. S'il est avant tout une relation de patrimoine à patrimoine gouvernée par la responsabilité contractuelle, il est aussi l'occasion

¹⁴³² V. *supra*, n° 266 et s.

¹⁴³³ V. Malabat, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 254. Dans le même sens, E. Lajus-Thizon, *L'abus en droit pénal*, Dalloz « NBT », 2009, préf. Ph. Conte, n° 124 et s. : « La vie en société impose en effet que les individus aient suffisamment confiance en leurs pairs et en l'Etat qui les gouverne afin de permettre les échanges privés ». V. plus spécialement à propos de l'abus de confiance : Y. Muller, *La protection pénale de la confiance. Observations sur le délit d'abus de confiance*, RSC 2006, p. 809.

¹⁴³⁴ *Dictionnaire de la langue française* par E. Littré, Hachette, 1877.

¹⁴³⁵ Les infractions protégeant l'honneur de la personne ne figurent pas dans le Code pénal mais dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. V. sur les infractions d'injure et d'escroquerie, V. Malabat, *Droit pénal spécial*, préc., n° 572 et s.

¹⁴³⁶ Un chapitre du Code pénal est consacré aux atteintes à la dignité de la personne (Chap. V, Titre II, Livre Deuxième). V. sur cette valeur protégée : D. Viriot-Barrial, *Dignité de la personne humaine*, Rép. pén. Dalloz, 2004, mise à jour 2011.

¹⁴³⁷ Titre IV du Code pénal : « Des atteintes à la confiance publique ».

d'une relation humaine entre les deux parties »¹⁴³⁸. La notion de confiance permettrait d'ailleurs de justifier l'idée de bonne foi en considérant cette dernière comme la traduction de la confiance que se portent les parties¹⁴³⁹. De manière générale, un consensus semble pouvoir être trouvé autour de l'idée que « la confiance mérite protection »¹⁴⁴⁰, qu'elle réside dans la responsabilité civile ou pénale. Une telle affirmation suppose toutefois d'être éprouvée au vu des risques qu'elle comporte.

389. Les risques associés à l'effacement des valeurs classiques. L'écueil principal de la confiance, perçue comme une valeur sociale, réside dans le risque de confusion des faits générateurs de responsabilités civile et pénale. En effet, si une distinction est permise par la subordination de la répression pénale à la caractérisation d'une intention¹⁴⁴¹, cette dernière est régulièrement définie par le biais de la valeur protégée. Ainsi en est-il spécialement de l'abus de confiance pour lequel la propriété sert de référence afin de circonscrire le délit, notamment par la définition du caractère intentionnel du comportement¹⁴⁴². Admettre que cette infraction peut également protéger la confiance dans les rapports privés¹⁴⁴³ revient alors à supprimer une borne déterminante du champ d'application de l'incrimination. Plus encore, la limitation de l'infraction aux détournements commis à l'encontre du propriétaire du bien ne devrait plus s'imposer de manière absolue. Or, les auteurs envisagent pareille extension comme une consécration de la protection de la foi contractuelle¹⁴⁴⁴. En principe réservée au domaine de la responsabilité civile, une telle considération reviendrait à nier le particularisme politique de l'intervention du droit pénal et rendrait le particularisme technique –la notion pénale de contrat notamment– difficilement justifiable.

390. Les vertus remplacées des valeurs classiques. Le recours aux valeurs classiques comme la propriété, permet non seulement de légitimer la prise en compte occasionnelle de l'inexécution contractuelle comme une composante du fait délictueux mais aussi de circonscrire ce dernier par rapport au fait générateur de responsabilité contractuelle. La valeur protégée dispose ainsi d'une double fonction. D'une part, elle peut expliquer la coïncidence

¹⁴³⁸ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, préf. R. Bout, n° 235.

¹⁴³⁹ V. en ce sens, Ph. le Tourneau, *Existe-t-il une morale des affaires ?*, in *La morale en droit des affaires*, Colloque Toulouse, Montchrestien, 1996, p. 7, n° 26.

¹⁴⁴⁰ C. Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1999, p. 93, règle n° 39.

¹⁴⁴¹ V. *supra*, n° 354 et s.

¹⁴⁴² Pour des exemples jurisprudentiels, v. *supra*, n° 374 et s.

¹⁴⁴³ En ce sens, Y. Muller, *La protection pénale de la confiance. Observations sur le délit d'abus de confiance*, préc. ; C. Souweine, *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal*, préc., n° 9.

¹⁴⁴⁴ V. notamment : Ph. Conte, *Droit pénal spécial*, préc., n° 554.

entre les faits générateurs dès lors que la méconnaissance du contrat concorde avec une atteinte à l'ordre public justifiant l'intervention du droit pénal. D'autre part, seules les inexécutions permettant une telle atteinte doivent être sanctionnées pénalement. L'abandon des valeurs classiques, ou plus modérément, l'ouverture de ces infractions à la protection de la confiance impose d'examiner si cette valeur permet d'assurer ces deux fonctions de justification et de circonscription.

L'étude des infractions contractuelles concernées dévoile alors une situation plus optimiste que la largesse de la valeur envisagée ne pouvait laisser craindre puisqu'un encadrement semble possible. Toutefois, ce cadre autorisant la sélection fonctionnelle du fait d'inexécution pénale ne peut résulter exclusivement du rattachement des infractions à la protection de la confiance. En effet, la légitimité, comme la circonscription des infractions, actuellement permises par les valeurs protégées classiques, paraissent pouvoir être maintenues mais en associant la notion de confiance à une présentation modifiée des incriminations.

391. La détermination de la fonction de légitimation. La plus classique des fonctions associées à la valeur protégée par une infraction réside dans la justification de l'intervention du droit pénal. Il est, en effet, courant de lire que le Code pénal prévoit le meurtre¹⁴⁴⁵ pour assurer la protection de la vie d'autrui ou le vol¹⁴⁴⁶ pour protéger la propriété d'autrui. Les infractions contractuelles n'échappent pas à ce raisonnement, qui se trouve en leur présence même renforcé afin de justifier l'incursion du droit pénal dans un domaine qui ne lui est pas naturellement réservé. Par conséquent, si l'on accepte de dépasser les valeurs classiquement associées à ces infractions, faut-il alors renoncer au particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible ? Il semble pouvoir n'en être rien à condition d'associer l'atteinte à la confiance à une présentation renouvelée du fait délictueux.

En principe, le droit pénal est conçu pour fournir sa sanction à des comportements d'une certaine gravité. Or, au caractère nécessairement intentionnel de la violation doit s'associer une spécificité relative à sa matérialité. La mise à l'écart de la seule référence aux valeurs classiques impose d'observer de manière différente les éléments constitutifs des infractions, observation qui révèle la présence d'un tri des inexécutions contractuelles pénalement répréhensibles, fondé sur l'importance de l'obligation méconnue. L'étude des infractions à l'aune d'une atteinte à la confiance montre ainsi que le droit pénal choisit de ne sanctionner

¹⁴⁴⁵ C. pén., art. 221-1.

¹⁴⁴⁶ C. pén., art. 311-1.

que la violation d'obligations capitales. La confusion avec le droit contractuel peut donc être évitée.

392. La détermination de la fonction de circonscription. Les valeurs classiques, et spécialement la propriété, sont traditionnellement utilisées afin de délimiter le champ d'application de l'infraction. Accepter que l'ensemble des infractions caractérisées par le particularisme de leur fait délictueux protège la confiance dans les rapports privés revient à supprimer les différentes balises jusqu'alors proposées. L'embarras auquel conduit cette suppression n'est pas de prime abord égal selon que le législateur mentionne ou non dans l'incrimination un cadre contractuel précis. La circonscription des infractions de filouteries, par exemple, semble pouvoir facilement être opérée dans la mesure où le texte lui-même fixe l'obligation et le contrat dont la méconnaissance emporte la sanction. Dans ce cas, en effet, le juge pénal ne pourra procéder à aucune extension condamnable du délit, seule la question de la légitimité de l'infraction pouvant alors se poser. Au contraire, lorsque le législateur ne vise aucun type de contrat, il devient difficile d'affirmer sans hésitation que le droit pénal opère une sélection fonctionnelle des comportements d'inexécution contractuelle. Comment en effet considérer qu'un tri s'effectue lorsque le texte vise la méconnaissance d'une obligation de rendre sans l'associer à un contrat ? Est-ce à dire que l'infraction est envisageable dès lors qu'une telle obligation figure dans un contrat et qu'elle est méconnue ? Le délit d'abus de confiance permet à lui-seul de mesurer toute l'ampleur de cette difficulté de circonscription. Ainsi, le recours à une valeur protégée plus souple, telle la confiance, impose de déterminer les éléments permettant tant de légitimer l'existence des infractions d'inexécution contractuelle (§1), que d'en circonscrire leur champ d'application (§2).

§1- Une légitimité renouvelée du fait délictueux

393. Une légitimité guidée par la confiance. Plus que la protection de la propriété, des droits réels ou encore du consommateur, celle de la confiance semble inextricablement liée au contrat. L'association de la force obligatoire des contrats à la confiance¹⁴⁴⁷ suffit à démontrer l'impossible extraction de cette dernière du domaine contractuel. Par conséquent, le seul recours à la confiance ne permet pas de justifier la prise en compte par le droit pénal

¹⁴⁴⁷ V. par ex. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 62.

d'une inexécution contractuelle autrement que par la volonté de sanctionner celle-ci, ce qui pourrait alors entamer l'idée d'une sélection fonctionnelle de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible. Mais la largesse de la référence à la confiance présente cependant l'avantage de forcer le retour à la lecture des textes. Or, la formulation des incriminations et le choix des termes utilisés fournissent de précieuses indications permettant d'assurer la légitimité de l'intervention du droit pénal.

394. Une légitimité trouvée dans la description du fait délictueux. Couramment effacée par la mise en avant de la valeur protégée, la description de l'inexécution pénalement punissable se révèle pourtant porteuse d'indices déterminants. Si l'on accepte, en effet, de donner un sens aux termes et formules retenus dans certaines incriminations, le particularisme du fait délictueux paraît pouvoir être identifié. Parallèlement à l'exigence d'un comportement intentionnel, les textes mettent en valeur un critère permettant d'identifier le fait pénalement répréhensible parmi les diverses inexécutions contractuelles. L'appel à la confiance comme valeur protégée confirme ainsi la présence d'une véritable sélection fonctionnelle des comportements d'inexécution pénalement sanctionnés et ce, par la mise en œuvre d'un critère technique inédit. La confrontation de ce dernier aux infractions concernées (B) doit alors être précédée de la présentation de son fondement (A).

A- Le fondement du critère distinctif des faits générateurs

395. L'hybridité du fondement. A l'instar de la notion pénale de contrat¹⁴⁴⁸, celle d'inexécution pénalement répréhensible recèle une certaine hybridité en impliquant à la fois le droit pénal et le droit des contrats. La formulation du critère permettant de procéder à la sélection fonctionnelle des inexécutions contractuelles s'inspire alors naturellement de cette hybridité. En effet, la lecture des incriminations et des interprétations qui en sont faites demeurent le point de départ de l'énoncé du critère mais ce dernier fait appel à une distinction façonnée par le droit contractuel. Ainsi, un critère d'identification du fait délictueux, alternatif au recours aux valeurs protégées classiques, semble pouvoir être proposé, qui se fonde sur une proposition civile (2) décelable dans l'écriture du législateur pénal (1).

¹⁴⁴⁸ V. *supra*, n° 29 et s.

1) La source pénale de la légitimité

396. Une volonté législative de sélection. Proposer la confiance comme l'une des valeurs protégées par les infractions d'inexécution contractuelle n'impose pas en soi de limites particulières. La largesse de la proposition invite alors à rechercher la circonscription dans le texte lui-même. L'opération se révèle fructueuse si l'on accepte de prêter un sens à la définition de ces infractions. Le législateur fournit en effet, avec plus ou moins de précision, les directives permettant d'isoler le fait générateur de responsabilité pénale des différentes violations contractuelles. Une sélection est proposée, qui résulte tantôt de la nature de l'obligation, tantôt de la nature de la violation.

397. Une sélection commandée par la nature des obligations. Il est des infractions pour lesquelles le législateur se révèle particulièrement disert sur le principe d'une sélection des comportements et ce, en fonction de l'importance de l'obligation dont la violation est pénalement sanctionnée. Certaines incriminations prévoient en effet précisément l'obligation contractuelle dont la violation emportera le fait délictueux en la qualifiant et en l'associant à un type de contrat. Les filouteries¹⁴⁴⁹, par exemple, répriment exclusivement la violation de l'obligation de payer le prix dans le cadre de différents contrats listés. Les tromperies¹⁴⁵⁰, telles qu'abordées au stade de l'exécution du contrat, limitent également le champ de l'infraction à la méconnaissance de l'obligation de livraison dans le cadre de contrats à titre onéreux. Envisagé dans un cadre contractuel, le délit d'atteinte au secret professionnel abonde en ce sens puisque l'obligation au secret constitue incontestablement l'essence du contrat liant le patient au médecin, où le client à son avocat.

De telles précisions imposent donc manifestement un tri des comportements justifiant la mise en œuvre de la sanction pénale et ce tri semble s'effectuer en fonction de l'importance de l'obligation méconnue. Les autres infractions confirment le principe d'une sélection des inexécutions pénalement répréhensibles mais par les précisions relatives à l'acte de violation.

398. Une sélection commandée par la nature de la violation. En employant dans plusieurs infractions contractuelles le terme de « détournement », le législateur invite également les juges à dissocier les faits générateurs de responsabilités. En effet, le choix de la qualification de détournement là où le terme de violation aurait été permis incite à lui donner

¹⁴⁴⁹ C. pén., art. 313-5.

¹⁴⁵⁰ C. conso., art. L. 213-1.

toute sa portée. Dans le langage commun, le détournement impose un changement de direction¹⁴⁵¹, de destination¹⁴⁵². Si les mots ont un sens, ce changement ne peut renvoyer à l'un quelconque des manquements contractuels mais impose une sélection. Plus précisément, cela suppose que la violation contractuelle ne porte pas sur n'importe quelle obligation puisque toutes les stipulations contractuelles ne participent pas à la formulation de la direction de l'accord. Autrement dit, l'obligation contractuelle à même d'emporter un véritable détournement ne peut avoir un rôle accessoire dans le contrat. Le législateur paraît alors formuler implicitement une sélection des comportements d'inexécution pénalement répréhensibles sur le fondement de l'importance de l'obligation méconnue.

399. Bilan de la sélection constatée. Quelle que soit l'infraction en cause, le législateur exige une sélection qui repose techniquement sur l'importance de l'obligation violée. L'inexécution pénale est ainsi associée à une méconnaissance dont la gravité est assurée par la nature capitale de l'obligation méconnue. Un tel constat invite alors à explorer une piste connue du droit civil qui propose d'associer la gravité de la violation à une gradation des obligations contractuelles. Cette démarche, parfaitement conforme à l'optique ici recherchée, consiste à dissocier les obligations dites fondamentales des obligations dites accessoires. Ainsi, l'inexécution contractuelle pénale se limiterait aux violations intentionnelles d'une obligation contractuelle fondamentale. La méconnaissance des autres obligations, plus accessoires, serait alors réservée à la responsabilité contractuelle. L'assertion semble logique et conforme à l'idée d'une sélection fonctionnelle des comportements pénalement répréhensibles puisque seules les méconnaissances les plus graves relèvent du droit pénal. La légitimité de l'intervention du droit pénal paraît alors pouvoir être assurée.

2) Le support civil de la légitimité

400. Un critère connu du droit contractuel. Très tôt, le droit civil anglais s'est préoccupé de la notion d'obligation fondamentale par le biais de la théorie de la

¹⁴⁵¹ Encyclopédie Larousse 1978, t. 7, « détourner ». –Adde : Littré, *Dictionnaire de la langue française*, préc. : « faire prendre une autre direction ».

¹⁴⁵² V. récemment : Cass. crim., 5 oct. 2011, n° de pourvoi : 10-88722 qui définit le détournement comme supposant l'affectation du bien à une « destination étrangère » à celle convenue dans le contrat.

« *fundamental breach* »¹⁴⁵³. Ce n'est que plus tardivement qu'une réception en droit français de l'idée d'obligation fondamentale fut proposée. Malgré l'hostilité décelable sous la plume de certains auteurs –la distinction étant parfois considérée comme « aussi insaisissable qu'inutile »¹⁴⁵⁴ –, force est de reconnaître son utilisation tant en doctrine qu'en jurisprudence. Le juge civil y fait ainsi référence d'une part, dans le contrôle de la validité des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité¹⁴⁵⁵. La doctrine approuve alors le raisonnement en considérant qu'« il y a au moins une obligation que les clauses restrictives peuvent à la rigueur écorner, mais non pas vider de son contenu sous peine de nier le contrat lui-même »¹⁴⁵⁶. D'autre part, les juges prennent régulièrement le caractère fondamental d'une obligation en considération pour prononcer une résolution du contrat¹⁴⁵⁷. Le droit international privé accorde également une place déterminante à la notion d'obligation fondamentale¹⁴⁵⁸.

Mais admettre la recevabilité de la distinction entre obligations fondamentales et accessoires en droit pénal suppose toutefois de démontrer la compatibilité non seulement du contenu du critère distinctif civil mais aussi de son fondement, avec l'infraction.

401. La définition du critère. Traditionnellement, la notion d'obligation essentielle ressort d'une distinction formulée par Pothier¹⁴⁵⁹. Celui-ci distinguait en effet trois types

¹⁴⁵³ La doctrine a toutefois marqué depuis la fin du XX^{ème} siècle un net recul par rapport à cette notion allant même jusqu'à écrire que la théorie de la « *fundamental breach* » n'avait plus aucun intérêt : L.-S. Sealy, *The Rise and Decline of the doctrine of Fundamental Breach in the English Law of Contract*, Cambridge-Tilbury Law Lectures, 1981, p. 43, spéc. p. 70.

¹⁴⁵⁴ D. Houtcieff, note sous Cass. com., 5 juin 2007, JCP 2007. II. 10145.

¹⁴⁵⁵ V. pour un exemple désormais classique l'arrêt *Chronopost* : Cass. com., 22 oct. 1996, D. 1997, p. 121, note A. Sériaux, JCP 1997. II. 22881, note D. Cohen, Defrénois 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud. V. pour une présentation de l'évolution de ce fondement : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 3-Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2011, n° 235-1. –Adde : Pour des applications de la notion d'obligation fondamentale par les juges du fond, v. J. Mestre, *Le renforcement des noyaux durs des contrats*, RTDciv. 1999, p. 622.

¹⁴⁵⁶ Ph. Jestaz, *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale*, in Mélanges offerts à P. Raynaud, Dalloz, 1985, p. 273, spéc., p. 276. –Adde : A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préc., n° 585 : « Ces clauses sont porteuses d'incohérence et de potestativité parce qu'elles conduisent à s'engager sans s'engager, ou à s'engager sans garantir la correcte exécution de l'obligation ».

¹⁴⁵⁷ Cass. civ., 4 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 14, Defrénois 1995, art. 36210, p. 1408, obs. D. Mazeaud ; Cass. com., 2 juil. 1996, Bull. civ. IV, n° 98. En ce sens, v. S. Amrani-Mekki, *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, LPA 12 et 13 août 2002, n° 160 et 161, p. 8 et p. 4, spéc., n° 21.

¹⁴⁵⁸ Les conflits de loi en matière contractuelle imposent d'identifier « l'élément qui centre le contrat » (H. Battifol, *Les conflits de loi en matière de contrats*, S. 1938, n° 41 et s.). La jurisprudence a alors recours à la « prestation caractéristique » (CA Paris, 27 janv. 1955, Rev. crit. DIP 1955, p. 330), ce que consacrent désormais les textes (Conv. La Haye, 14 mars 1978 relative à la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et de représentation, Conv. CEE Rome, 19 juin 1980, relative à la loi applicable aux obligations contractuelles).

¹⁴⁵⁹ M. Bugnet, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle, T. II, Eloge de Pothier, Traité des obligations, De la prestation des fautes*, H. Plon, Coss et Marchal, 1861, in *Traité des obligations*, Première partie, §111, n° 5. « Des trois choses qu'on doit distinguer dans chaque contrat ».

d'obligations dans un contrat¹⁴⁶⁰ : les *essentialia*, obligations essentielles dont l'absence entraîne au moins la disqualification du contrat¹⁴⁶¹ ; les *naturalia*, obligations naturellement présentes dans un type de contrat donné et que l'on peut donc présumer même si les parties ne s'y sont pas expressément référées, mais dont l'exclusion choisie par les parties n'entraîne pas la disqualification¹⁴⁶² ; les *accidentalialia*, obligations qui peuvent accidentellement se trouver dans un contrat seulement par la volonté expresse des parties¹⁴⁶³. Aujourd'hui, la doctrine accepte de définir de manière relativement consensuelle l'obligation fondamentale –ou essentielle¹⁴⁶⁴– comme le « noyau dur »¹⁴⁶⁵ du contrat, le minimum contractuel¹⁴⁶⁶. Cette présentation générale doit toutefois être précisée afin de pouvoir valablement mettre en œuvre la distinction en matière pénale. Il faut alors distinguer selon que le contrat en présence est un contrat nommé ou innommé.

En ce qui concerne les contrats nommés, la détermination des obligations essentielles paraît plutôt aisée. En effet, sont fondamentales les obligations sur lesquelles repose la qualification du contrat¹⁴⁶⁷. Ainsi, la notion d'obligation fondamentale ne peut être dissociée de l'opération de qualification du contrat : « au-delà de la volonté même des parties, tout contrat correspond, dans une qualification donnée, à des impératifs qui sont intangibles »¹⁴⁶⁸. Le rôle de la volonté des parties dans l'identification de l'obligation fondamentale de ce type de contrat est ainsi réduite à néant : « dans de tels contrats, on poserait volontiers la règle générale suivant laquelle l'obligation objectivement essentielle est présumée l'être subjectivement »¹⁴⁶⁹.

En revanche, dans les contrats innommés le caractère fondamental d'une obligation ne peut être déterminé par avance et soulève alors la question de la place accordée à la volonté des

¹⁴⁶⁰ Selon P. Durand (*Les conventions d'irresponsabilité*, préc., n° 85), cette classification est empruntée au droit romain.

¹⁴⁶¹ « Les choses qui sont de l'essence du contrat, sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister. Faute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat. »

¹⁴⁶² « Les choses qui sont seulement de la nature du contrat, sont celles qui, sans être de l'essence du contrat, font partie du contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues ».

¹⁴⁶³ « Les choses qui sont accidentelles au contrat, sont celles qui n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont renfermées que par quelque clause particulière au contrat ».

¹⁴⁶⁴ La doctrine utilise indifféremment les deux expressions. V. par ex. R. Sefton-Green, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, LGDJ, 2000, préf. J. Ghestin, n° 14.

¹⁴⁶⁵ Ph. Delebecque, *Les clauses d'allègement d'obligations*, J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 110, 1998, n° 85, J. Mestre, *Le renforcement des noyaux durs des contrats*, RTDciv. 1999, p. 622.

¹⁴⁶⁶ P. Durand, *Les conventions d'irresponsabilité*, th. Paris, 1931, n° 85 et s., G. Viney, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 489 : « il existe un 'minimum contractuel' que l'on ne peut réduire. Ce minimum s'identifie en principe à l'obligation nécessaire à la réalisation économique normalement poursuivie au moyen du type contractuel utilisé ».

¹⁴⁶⁷ En ce sens, J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 3-Le rapport d'obligation*, préc., n° 227 ; C. Grimaldi, *Les clauses portant sur une obligation essentielle*, RDC 2008, p. 1095 et s., n° 7.

¹⁴⁶⁸ Ch. Larroumet, *Droit civil. T. III, Les obligations. Le contrat. 2^e partie, Effets*, n° 635.

¹⁴⁶⁹ C. Grimaldi, *Les clauses portant sur une obligation essentielle*, préc., n° 7.

parties. En effet, les cocontractants choisissent de façonner leur contrat sans respecter un cadre précis, défini et associé à un corps de règles propres. D'un point de vue strictement civil, l'existence d'obligations subjectivement essentielles paraît concevable, le contrat étant la loi des parties¹⁴⁷⁰. Au contraire, admettre cette détermination subjective paraît nettement plus discutable en matière pénale puisque cela mettrait à mal notamment la prévisibilité de la loi pénale¹⁴⁷¹. Le propos doit toutefois être précisé. Il ne s'agit en aucun cas d'exclure du champ des infractions l'hypothèse des contrats innommés mais seulement de rendre l'appréciation des obligations essentielles plus abstraite, plus objective¹⁴⁷². Or, même en présence d'un contrat innommé, une telle appréciation est possible, qui revient à observer le contrat dans sa globalité afin d'en déterminer les obligations qui en sont le soutien nécessaire et celles, plus accessoires, qui se contentent de mettre en œuvre ces obligations. Présentée de la sorte, la détermination des obligations essentielles d'un contrat innommé paraît compatible avec le droit pénal, ce que l'infraction d'abus de confiance permettra d'éprouver¹⁴⁷³. Cela suppose toutefois d'établir, au préalable, la compatibilité de son fondement avec la matière pénale.

402. Le fondement du critère. Puisque de manière évidente l'obligation essentielle porte sur le contenu fondamental du contrat, la doctrine fut logiquement tentée de l'associer à la cause¹⁴⁷⁴. La destruction de l'obligation fondamentale correspondrait à une absence de cause du contrat¹⁴⁷⁵. Cependant, la doctrine n'est pas unanimement convaincue du bien-fondé de l'association de l'obligation fondamentale à cette notion¹⁴⁷⁶. Certains auteurs préfèrent

¹⁴⁷⁰ V. pour des illustrations, C. Grimaldi, *Les clauses portant sur une obligation essentielle*, préc., n° 11 et s.

¹⁴⁷¹ La Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement de l'article 7 de la Convention, affirme que si une infraction doit être clairement définie par la loi, « 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 son interprétation par les tribunaux, quels actes ou omissions engagent la responsabilité pénale » (CEDH 17 mars 2009, Ould Dah c/ France, D. 2009, p. 1573).

¹⁴⁷² C'est dire que la liberté contractuelle ne peut qu'être reçue de manière mesurée en droit pénal, d'aucuns la concevant même d'ailleurs comme incompatible avec la matière pénale (X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, préc., n° 845).

¹⁴⁷³ V. *infra*, n° 411 et s.

¹⁴⁷⁴ V. notamment : Ph. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., n° 164 ; C. Goldie-Génicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préc., n° 265 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 318 ; J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin, n° 173 et s., et 478 et s. La référence à l'objet du contrat comme fondement de l'obligation fondamentale fut également proposée mais aussitôt condamnée par la doctrine pour trop réduite. V. la démonstration de Ph. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., n° 153.

¹⁴⁷⁵ Ph. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, préc., n° 166 et s.

¹⁴⁷⁶ Ch. Larroumet, *Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité*, D. 1997, p. 175 ; Ph. Jestaz, *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale*, préc., p. 273 et s. V. à propos de la

alors raisonner en termes d'existence du contrat en considérant que « l'obligation fondamentale s'ajoute aux conditions d'existence de ce dernier plus qu'elle ne se substitue aux conditions existantes »¹⁴⁷⁷. Cette considération permet alors de pouvoir pleinement souscrire, pour définir l'inexécution contractuelle pénale, à la distinction des obligations essentielles et accessoires puisqu'elle correspond exactement à la notion pénale de contrat. En effet, la sélection fonctionnelle des règles contractuelles, appliquée au stade de la formation du contrat, a abouti à ne retenir que celles relatives à l'identification du contrat¹⁴⁷⁸, l'identification renvoyant alors à l'existence et à la qualification de ce dernier. Exiger que l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible soit constituée par la méconnaissance d'une obligation relevant de l'existence du contrat s'intègre ainsi pleinement à cette présentation.

403. Bilan : la légitimité assurée de l'intervention du droit pénal. Le recours à la notion d'obligation fondamentale commande une sélection parmi les différentes violations du contrat pour ne retenir que celles les plus graves, conformément donc à la finalité du droit pénal. L'inexécution pénale se trouverait ainsi limitée aux seules méconnaissances intentionnelles d'une obligation contractuelle fondamentale. De plus, appliquée aux infractions ici concernées¹⁴⁷⁹, l'identification de l'obligation fondamentale parfois dénoncée pour son caractère objectif¹⁴⁸⁰, se trouve nécessairement complétée par une donnée éminemment subjective : le caractère intentionnel du comportement.

Cette limitation de l'intervention du droit pénal dans le domaine contractuel peut être pleinement justifiée tant techniquement que politiquement. Cette conception de l'inexécution pénalement répréhensible repose d'abord sur des considérations techniques puisque le législateur indique que le fait générateur de responsabilité pénale ne peut correspondre à

validité des clauses limitatives de responsabilité, J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 3-Le rapport d'obligation*, préc., n° 235-1.

¹⁴⁷⁷ R. Sefton-Green, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, préc., n° 515. – *Adde* : Ph. Delebecque, *Les clauses d'allègement d'obligations*, *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 110, 1998, n° 89 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 3-Le rapport d'obligation*, préc., n° 235-1 : « on comprend bien qu'un contrat ne puisse pas exister en l'absence de l'obligation essentielle à laquelle il donne normalement naissance ».

¹⁴⁷⁸ Sur lesquelles, v. *supra*, n° 29 et s.

¹⁴⁷⁹ V. pour une présentation des deux catégories d'infractions d'inexécution contractuelle, *supra*, n° 337.

¹⁴⁸⁰ La proposition d'associer la résolution unilatérale du contrat aux manquements les plus graves fut l'occasion de mettre en exergue une dissociation entre des approches objective et subjective de cette gravité. Or, la référence à l'obligation fondamentale constitue la donnée objective de cette recherche puisqu'« elle se détache du jugement moral pour s'en tenir à une analyse de l'obligation violée » (T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préc., n° 657). L'auteur condamne pareille référence pour trop détachée de la déloyauté du débiteur. – *Contra* : Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 177, pour qui « la détermination de l'obligation fondamentale constitue une opération complexe mêlant objectivisme et subjectivisme ».

n'importe quelle violation contractuelle. Cette justification technique trouve ensuite un écho politique. En effet, détaché des stipulations accessoires, le fait délictueux se trouve réservé aux méconnaissances les plus graves compromettant la poursuite du contrat, laissant les autres inexécutions à la responsabilité contractuelle¹⁴⁸¹. La jurisprudence civile a d'ailleurs un temps proposé de confirmer la gravité inhérente à la violation d'une obligation fondamentale en qualifiant un tel comportement de faute lourde¹⁴⁸². La gravité du fait générateur de responsabilité pénale se trouve alors assurée tant par le caractère intentionnel de la violation que par l'importance de l'obligation violée¹⁴⁸³. Techniquement fondée sur les termes choisis par le législateur, une telle proposition est pleinement justifiée par la gravité du comportement assurant sa légitimité politique. Cette présentation doit alors être mise à l'épreuve des infractions comparables à l'inexécution d'un contrat.

B- L'application du critère distinctif des faits générateurs

404. Le panel de l'application du critère distinctif. Souvent associée à l'abus de confiance, l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible peut pourtant s'illustrer dans nombre d'infractions. D'ailleurs, pour mettre à l'épreuve le critère distinctif proposé, le délit d'abus de confiance se révèle finalement le moins approprié. En effet, cette infraction ne

¹⁴⁸¹ Si en droit civil, la notion d'obligation essentielle peut être sujette à débat (« Au fond, lorsque les parties concluent un contrat, ne sont-elles pas en droit d'attendre que leur contrat soit respecté ? » : R. Sefton-Green, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, préc., n° 529), la sélection des obligations paraît légitime en droit pénal, qui concentre l'attention sur les comportements les plus graves.

¹⁴⁸² Cass. civ. 1, 15 nov. 1988, D. 1989, p. 349, RTDciv. 1990, p. 666, obs. P. Jourdain. –V. aussi, Cass. civ. 1, 18 janv. 1984, Bull. civ. I, n° 27, p. 21, RTDciv. 1984, p. 727, obs. J. Huet, Cass. com., 9 mai 1990, Bull. civ. IV, n° 142, p. 95, RTDciv. 1990, p. 666, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 1, 2 déc. 1997, Defrénois 1998. 342, obs. D. Mazeaud, JCP 1998. I. 144, n° 10, obs. G. Viney. La jurisprudence semble toutefois être revenue sur sa position en affirmant que le seul manquement à une obligation essentielle ne constitue pas une faute lourde mais doit s'apprécier en fonction de la gravité du comportement du débiteur (v. pour un exemple récent, Cass. com., 29 juin 2010, Bull. civ. IV, n° 115, JCP 2010. 787, note D. Houtcieff, RTDciv. 2010, p. 555, obs. B. Fages, RDC 2009, p. 1220, obs. Laithier). V. sur cette évolution, D. Mazeaud, *Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ?*, D. 2010, p. 1832.

¹⁴⁸³ La difficulté inhérente à la caractérisation de l'élément intentionnel d'une infraction peut d'ailleurs être quelque peu allégée si l'on accepte de présenter l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible comme la violation d'une obligation contractuelle fondamentale. Une telle violation paraît, en effet, semble-t-il révélateur d'un comportement nécessairement volontaire. Or, si l'on définit l'intention comme la volonté d'accomplir un acte en sachant qu'il est défendu (X. Pin, *Droit pénal général*, préc., n° 172), comment ne pas constater la volonté et la conscience requises en cas de violation de ce qui constitue l'essence du contrat ? Cette considération permet alors d'expliquer que la jurisprudence se place parfois sur le seul terrain de l'élément intentionnel pour caractériser le fait délictueux. V. à propos du détournement de l'abus de confiance : CA Saint-Denis de la Réunion, 26 avril 2007 (cassé par l'arrêt Cass. crim., 9 janv. 2008, D. 2008. pan. 1577, note C. Mascala, *ibid.*, 2009. pan. 132, obs. S. Mirabail, RSC 2008, p. 595, obs. C. Mascala, Dr. pén. 2008. comm. 50, note M. Véron) : « L'intéressé n'a pas intentionnellement détourné de leur objet les fonds qui lui avaient été remis ».

permet pas d'éprouver de manière exhaustive le critère de l'obligation fondamentale puisque le législateur ne fait plus mention d'un quelconque type de contrat. L'ancienne incrimination aurait au contraire permis une recherche de l'adéquation entre détournement et violation d'une obligation fondamentale puisque le législateur proposait à la fois de sélectionner les obligations et les contrats visés. Désormais, c'est au juge pénal qu'il revient d'opérer la sélection parmi les différentes obligations afin de déterminer celles à même d'emporter l'application des sanctions pénales. Toutefois, si l'ensemble des contrats potentiellement concernés par l'infraction ne peut être passé au crible, une circonscription de l'infraction doit être tout de même proposée¹⁴⁸⁴. Les autres infractions permettent en revanche de mesurer la pertinence de la proposition de la sélection fonctionnelle à l'aune du critère de l'obligation fondamentale. Les contrats potentiellement concernés sont alors des plus divers, de la vente au warrant. La confrontation des infractions d'inexécution contractuelle à l'idée de violation d'une obligation fondamentale incite alors à les regrouper en plusieurs catégories afin de chercher à identifier cette dernière. Or, il paraît possible d'appliquer le critère distinctif des faits générateurs de responsabilités pénale et contractuelle aux ventes et prestations de services (1) comme aux contrats constitutifs d'une sûreté (2).

1) Le critère appliqué aux ventes et prestations de service

405. La sélection explicite des obligations fondamentales. Le législateur n'adopte pas toujours la même précision en incriminant un comportement comparable à une inexécution contractuelle. Pour certaines infractions, qui concernent des contrats de vente et de prestations de services, les textes proposent eux-mêmes une sélection des obligations seules à même d'emporter une violation pénalement condamnable. La mise à l'épreuve du critère distinctif se trouve alors nettement simplifiée puisqu'il s'agit d'établir si ces obligations peuvent recevoir la qualification de fondamentales. Or, ce constat peut être dressé tant pour les infractions de tromperies que de filouteries.

406. L'obligation fondamentale dans les tromperies. L'usage de procédés trompeurs peut rassembler contrat et droit pénal à plusieurs titres. D'abord, le législateur intervient au stade de la remise du consentement, en sanctionnant le fait de tricher pour parvenir à la

¹⁴⁸⁴ V. alors *infra*, n° 411 et s.

conclusion d'un contrat, l'escroquerie en étant l'infraction emblématique. Cependant, le législateur prévoit en dehors du Code pénal des infractions permettant de sanctionner la tromperie commise également au stade de l'exécution du contrat. Les Codes de la consommation, de la construction et de l'habitation prévoient en effet de réprimer tantôt celui qui a « trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers »¹⁴⁸⁵, tantôt le fait « d'avoir, dans l'exécution desdits contrats ou documents, volontairement trompé ou tenté de tromper »¹⁴⁸⁶. L'infraction peut alors coïncider avec une inexécution contractuelle. Si la particularité du fait pénal d'inexécution réside déjà dans le caractère intentionnel de la démarche –induit nécessairement du terme de tromperie¹⁴⁸⁷–, l'obligation violée paraît également fournir un élément de distinction pouvant légitimer l'intervention du droit pénal en matière contractuelle. En effet, en incriminant, au stade de l'exécution du contrat, le fait de mentir notamment sur les qualités du produit ou du service vendu, le législateur sanctionne une méconnaissance de l'obligation de délivrance conforme. Le vendeur est ainsi tenu de délivrer une chose conforme, c'est-à-dire correspondant aux qualités et caractéristiques que l'acquéreur est en droit d'attendre¹⁴⁸⁸. Le fait, par exemple, de livrer une automobile avec un compteur inexact reçoit à la fois la qualification de tromperie¹⁴⁸⁹ et de violation de l'obligation de délivrance conforme¹⁴⁹⁰. Le législateur, en sanctionnant pénalement la méconnaissance de l'obligation de délivrance conforme, ne consacre pas n'importe quelle inexécution contractuelle. En effet, si « l'obligation de délivrance fait partie du minimum contractuel, de cette fraction non réductible du contrat que traduit la notion d'obligation fondamentale »¹⁴⁹¹, le caractère conforme de cette dernière ne paraît pas pouvoir être dissocié de l'essence de la vente : « sans cette obligation, la vente n'en serait plus une »¹⁴⁹². Les tromperies, envisagées au stade de l'exécution du contrat coïncident ainsi avec la violation intentionnelle d'une obligation

¹⁴⁸⁵ C. consom., art. L. 213-1.

¹⁴⁸⁶ C.C.H., art. L. 241-6.

¹⁴⁸⁷ V. *supra*, n° 356.

¹⁴⁸⁸ Une même qualification peut être retenue à propos d'une tromperie portant sur la quantité de marchandises telle que prévue par l'infraction L. 241-6 du Code de la construction et de l'habitation. En effet, la conformité de la contenance est prévue par l'article 1616 du Code civil. V. F. Collart dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 236.

¹⁴⁸⁹ Cass. crim., 21 juil. 1977, D. 1978, IR. p. 111, obs. M. Puech.

¹⁴⁹⁰ Cass. civ. 1, 16 juin 1993, D. 1994, p. 546, note T. Clay ; 15 mars 2005, CCC. 2005. 129, note L. Leveneur.

¹⁴⁹¹ Y.-M. Serinet, *Le régime comparé des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, th. Paris I, 1996, n° 780, p. 872 et s. Dans le même sens : B. Gross, Ph. Birh, *Contrats. T. 1. Ventés civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2^{ème} éd., PUF, 2002, p. 205 : « L'obligation de délivrance est de l'essence même du contrat de vente ; sa suppression priverait la vente de sa raison d'être ».

¹⁴⁹² Ch. Atias, *L'obligation de délivrance conforme*, D. 1991, p. 2. –*Adde* : F. Collart dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 240.

contractuelle fondamentale. Les filouteries paraissent pouvoir également servir une telle proposition.

407. L'obligation fondamentale dans les filouteries. L'article 313-5 du Code pénal regroupe, sous la qualification de filouterie, les grivèleries d'aliments, de logement, de carburants et de transport. Toutefois, quel que soit le domaine concerné, le comportement pénalement répréhensible est toujours constitué par le fait de se faire servir, attribuer ou transporter en se sachant dans l'impossibilité de payer ou en étant déterminé à ne pas payer. L'analogie avec l'inexécution contractuelle est patente si l'on accepte de voir le contrat formé. Il est alors possible de justifier l'intervention du droit pénal, une fois encore, par la protection de la propriété. Cependant, les précisions tant textuelles que jurisprudentielles invitent à dépasser une telle valeur, ce que les auteurs finissent d'ailleurs par concéder en recourant à la notion de confiance nécessaire¹⁴⁹³. A cette spécificité, propre à la restriction du délit à certaines victimes professionnelles, s'ajoute la possibilité de recourir à nouveau à la qualification d'obligation fondamentale. En effet, le fait délictueux consiste invariablement en une méconnaissance de l'obligation de payer. Or, pour chacun des contrats envisagés, cette obligation apparaît comme l'obligation essentielle incombant à la personne visée comme auteur potentiel du délit.

D'une part, les hypothèses de vente, que ce soit d'aliments, de boissons ou de carburants, commandent cette qualification pour l'obligation de payer le prix : « le caractère fondamental d'une telle obligation relève de l'évidence »¹⁴⁹⁴. En effet, sans prix et donc sans obligation de paiement, le contrat ne peut plus être qualifié de vente¹⁴⁹⁵. D'autre part, le texte prévoit des sanctions pénales pour le défaut de paiement d'une chambre à « un établissement louant des chambres »¹⁴⁹⁶. Or, l'article 1709 du Code civil propose de percevoir l'obligation de payer comme caractéristique du louage de choses¹⁴⁹⁷. Par conséquent, en son absence, le contrat ne pourra recevoir cette qualification. Cependant, pour demeurer essentielle, l'obligation de paiement doit concerner uniquement le loyer –le prix de la chambre. C'est alors en toute

¹⁴⁹³ V. *supra*, n° 386.

¹⁴⁹⁴ R. Sefton-Green, *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, préc., n° 418.

¹⁴⁹⁵ Bien que tous deux translatifs de propriété, la vente et la donation se distinguent par l'onérosité du premier et la gratuité du second. C'est pourquoi le Code civil insiste sur le caractère essentiel de l'obligation de paiement. V. par ex. art. 1582 : « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ».

¹⁴⁹⁶ C. pén., art. 313-5, 2°.

¹⁴⁹⁷ « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ». –*Adde* : Cass. civ. 3, 20 déc. 1971, Bull. civ. III, n° 63 : « L'existence d'un bail, quelle qu'en soit la durée, implique la stipulation d'un prix sérieux ».

logique que le juge pénal rejette l'infraction pour le défaut de paiement des prestations annexes, telles que les communications téléphoniques¹⁴⁹⁸, seule la responsabilité contractuelle étant dès lors envisageable. Une même discrimination des faits générateurs peut être enfin proposée par la qualification de l'obligation de s'acquitter du prix du transport en « taxi ou voiture de place »¹⁴⁹⁹ de fondamentale. En effet, la qualification de contrat de transport de personnes se trouve subordonnée au caractère onéreux de ce dernier¹⁵⁰⁰. Autrement dit, la violation par le voyageur de l'obligation de payer le prix au professionnel, seule à même d'entraîner des sanctions pénales, revêt les contours d'une obligation fondamentale.

Ainsi, quelle que soit l'inexécution contractuelle visée par les cas de filouteries, le droit pénal peut trouver la légitimité de son intervention dans le fait de réserver sa sanction à la seule violation d'une obligation fondamentale du contrat. Une même présentation semble pouvoir également justifier le droit pénal des sûretés.

2) Le critère appliqué aux sûretés

408. La confiance et le droit pénal des sûretés. Le croisement du droit pénal et du droit des sûretés s'observe à deux niveaux. D'une part, le législateur réprime pénalement des comportements imputables au créancier. Le rôle de l'abus de confiance en la matière est alors prégnant¹⁵⁰¹. Le nombre de sûretés sans dépossession explique que d'autre part, le droit pénal vise également des comportements du débiteur constituant de la sûreté. Tel est le cas du détournement de warrants¹⁵⁰². En effet, le débiteur reste en possession de son bien et peut ainsi se trouver « exposé à la tentation d'ignorer son obligation de conserver ledit bien au profit du créancier »¹⁵⁰³. Toutefois, la répression pénale du constituant de la sûreté ne suppose pas l'absence de dépossession. L'infraction principale en la matière –le détournement de gage¹⁵⁰⁴– propose en effet une sanction du détournement que le bien soit ou non resté entre les

¹⁴⁹⁸ CA Rennes, 3 mai 2000, Dr. pén. 2000, comm. 125, note M. Véron.

¹⁴⁹⁹ C. pén., art. 313-5, 4°.

¹⁵⁰⁰ « L'absence du caractère onéreux du transport caractérise pour les juges l'absence d'un contrat de transport. » : B. Mercadal, *Contrat de transport, Rép. com. Dalloz*, 1995, mise à jour 2011, n° 447. De manière radicale, la jurisprudence considère que le transport à titre bénévole ne peut être considéré comme un contrat et emporte par conséquent l'engagement de la responsabilité délictuelle : Cass. civ. 1, 11 oct. 1972, D. 1972, p. 747 ; 6 avr. 1994, JCP 1994. I. 3781, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan.

¹⁵⁰¹ L'article 408 de l'ancien Code pénal prévoyait dans sa liste de contrats, celui de nantissement.

¹⁵⁰² V. *supra*, n° 378.

¹⁵⁰³ P. Salvage-Gerest, Ph. Salvage, *Droit pénal et sûretés*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur J. Larguier* : droit pénal et procédure pénale, PUG, 1993, p. 281, spéc. n° 6.

¹⁵⁰⁴ C. pén., art. 314-5.

mains du débiteur constituant¹⁵⁰⁵. Cette intervention du droit pénal trouve une explication aisée dans le fondement même des sûretés : elles « ajoutent aux créances une facette miroitante : la sécurité »¹⁵⁰⁶. La situation offerte au créancier se trouve en effet privilégiée par rapport aux créanciers chirographaires. Le rattachement des sûretés et partant, du droit pénal des sûretés, à la confiance apparaît alors : la sécurité assurée par le mécanisme permet au créancier d'accorder sa confiance au débiteur¹⁵⁰⁷. Protéger l'efficacité des sûretés paraît donc justifié d'un point de vue politique tant ces dernières assurent des transactions et plus précisément le développement du crédit¹⁵⁰⁸. D'ailleurs, les termes « créancier » et « crédit » ont pour racine commune un verbe latin inspiré de la confiance¹⁵⁰⁹. Cependant, leur prise en compte par le droit pénal peut revenir à sanctionner une inexécution contractuelle. Il faut alors déterminer comment il l'envisage.

409. L'obligation fondamentale dans le droit pénal des sûretés. L'attachement traditionnel de la matière pénale à la propriété justifie sans doute que la doctrine, s'interrogeant sur le détournement de gage, associe cette infraction à la protection des droits réels accessoires du créancier¹⁵¹⁰. Toutefois, il paraît possible de dépasser une telle conception en souscrivant à la notion d'obligation fondamentale. Appliquée aux infractions relatives aux sûretés, et spécialement celles se positionnant du côté du comportement du débiteur, cette dernière semble en effet parvenir à une circonscription semblable du délit. Le constituant, qu'il soit ou non en possession du bien placé en garantie, se trouve soumis à une seule et même obligation : celle de permettre la réalisation de la sûreté. Une telle obligation n'est, d'une part pas soumise à l'existence d'une clause en ce sens et permettrait ainsi de rejeter la qualification d'*accidentalia* de Pothier. D'autre part, une clause l'excluant se révélerait de manière indiscutable incapable de produire un quelconque effet¹⁵¹¹. Autrement dit, en tant qu'obligation irréductible, ce comportement du débiteur constituant paraît pouvoir recevoir la

¹⁵⁰⁵ V. *supra*, n° 133.

¹⁵⁰⁶ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, préc., n° 1.

¹⁵⁰⁷ Pour un rattachement du détournement de gage à la confiance, v. P. Salvage-Gerest, Ph. Salvage, *Droit pénal et sûretés*, préc., n° 20.

¹⁵⁰⁸ La doctrine finit même par généraliser l'association du crédit à la fourniture d'une sûreté. V. Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, préc., n° 3. –Comp : Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, préc., n° 1.

¹⁵⁰⁹ Le verbe *credere* : avoir confiance, se fier.

¹⁵¹⁰ V. *supra*, n° 376.

¹⁵¹¹ Les clauses d'exonération totale de responsabilité reviennent en effet, dans les faits, à supprimer l'obligation (En ce sens, Ph. Jestaz, *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale*, préc., p. 274). Or, aucune sûreté contractuelle ne peut raisonnablement être envisagée sans que le débiteur constituant s'engage à ne pas empêcher sa réalisation.

qualification d'obligation fondamentale¹⁵¹². Par conséquent, toute méconnaissance intentionnelle de l'objectif de la sûreté semble légitimement pouvoir tomber sous le coup d'une incrimination. La jurisprudence, généralement interprétée par le biais de la protection du droit réel du créancier, peut également trouver une explication dans la pénalisation d'un comportement volontairement attentatoire à l'obligation fondamentale du constituant¹⁵¹³. Aborder ces infractions sous l'angle de la confiance ne revient donc pas à repousser les frontières du délit de manière inacceptable, dès lors que l'on assimile l'association du détournement pénalement répréhensible à la violation intentionnelle de l'obligation fondamentale du débiteur. De plus, cette proposition permet d'envisager l'infraction en présence d'un contrat entaché d'un vice, conformément à la notion pénale de contrat. Une particularité peut toutefois être relevée, qui réside dans le constat d'une obligation fondamentale commune à l'ensemble des sûretés. Cependant, cela ne peut permettre de nier son caractère essentiel et incite au contraire à considérer qu'une incrimination plus générale puisse être envisagée. En effet, à l'instar de l'abus de confiance, l'on pourrait imaginer la rédaction d'une infraction contractuelle innommée ayant vocation à embrasser la méconnaissance volontaire de la destination du contrat, à savoir la réalisation de la sûreté¹⁵¹⁴.

410. Bilan. L'exclusion du recours aux valeurs classiques comme justification systématique de l'intervention du droit pénal en matière contractuelle paraît acceptable dès lors que cette intervention se limite à la sanction des violations intentionnelles d'obligations contractuelles fondamentales. La proposition remplit alors sa première fonction qui consiste à assurer la légitimité du fait d'inexécution pénale : le droit pénal ne réprime pas la moindre méconnaissance du contrat mais réserve sa sanction aux comportements les plus graves. Cependant, l'appel à la confiance comme valeur potentiellement protégée par le droit criminel doit également autoriser une circonscription satisfaisante des infractions concernées. Cette seconde fonction semble ne pas poser de difficulté pour la plupart d'entre elles, la précision de l'obligation fondamentale étant suffisante pour délimiter les frontières du délit.

¹⁵¹² v. *supra*, n° 401.

¹⁵¹³ La Chambre criminelle condamne pour détournement de gage celui qui vend un véhicule gagé (Cass. crim., 18 janv. 1950, S. 1950. 1. 193, note A. Légal, JCP 1951. II. 5422, note L. Gruffy), l'abandonne (Cass. crim., 24 janv. 1968, Bull. crim., n° 24 ; 20 févr. 1973, GP 1973. 1. 285) ou représente seulement une partie des biens gagés (Cass. crim. 14 févr. 1994, Dr. pén. 1994, comm. 233, note M. Véron). La jurisprudence va même parfois plus loin en prononçant les peines de l'article 314-5 du Code pénal pour sanctionner le changement de domicile sans avertir la société prêteuse (TGI Verdun, 19 nov. 1965, JCP 1966. II. 14735, note R. Meurisse). L'ensemble de ces solutions peut s'expliquer par la volonté de sanctionner tout comportement entravant la réalisation du gage.

¹⁵¹⁴ Le caractère parcellaire de l'ancien abus de confiance et du détournement de gage fait l'objet de critiques désormais partiellement entendues. V. P. Salvage-Gerest, Ph. Salvage, *Droit pénal et sûretés*, préc., n° 17.

En revanche, en allégeant les précisions relatives à l'élément contractuel d'une infraction, le législateur ouvre parfois des portes sans fournir d'indications sur la manière de les refermer. Le délit d'abus de confiance, qui désormais ne vise plus que le détournement d'un bien remis au titre de différentes charges¹⁵¹⁵, permet d'en prendre totalement la mesure. Présentée comme l'indication désormais décisive de l'infraction, cette liste de charges offre à l'infraction des perspectives inégalement accueillies en doctrine. D'un avis unanime, la difficulté, dorénavant de mise, réside dans le point de savoir si cette infraction dépasse la simple protection de la propriété, en protégeant ainsi la bonne exécution des contrats. Cette vision paraît pouvoir être rejetée sans nécessairement souscrire à la protection de la propriété. En effet, même en admettant une protection de la confiance, une circonscription raisonnable semble possible.

§2- Une circonscription renouvelée du fait délictueux

411. Une circonscription médiane. Si les infractions visant un ou plusieurs contrats ou catégories de contrats imposent par elles-mêmes la délimitation de leur champ d'application, le délit d'abus de confiance ne propose désormais plus qu'une liste de charges indépendantes d'une quelconque qualification contractuelle. La doctrine propose alors généralement de maintenir l'esprit du texte –la protection de la propriété– comme mode de circonscription¹⁵¹⁶. Pourtant, la référence à la propriété ne semble pas constituer la seule façon de délimiter raisonnablement le délit. En effet, l'éclatement redouté de ce dernier peut être évité dès lors que l'on accepte de donner au texte et à la jurisprudence un éclairage nouveau. L'infraction paraît ainsi pouvoir être appréhendée par une utilisation conjointe d'une part des critères de délimitation préexistants mais actualisés et d'autre part de la proposition de distinguer les obligations contractuelles selon leur importance.

La charge de restitution –à laquelle on peut assimiler celle de représentation– (A) comme la charge d'utilisation (B) peuvent donc être présentées non seulement en actualisant les critères de délimitation mais également en souscrivant à la distinction des obligations fondamentales et accessoires.

¹⁵¹⁵ C. pén., art. 314-1 : « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ».

¹⁵¹⁶ V. *supra*, n° 374.

A- La circonscription de l'obligation de restitution

412. Une double délimitation. La proposition de dissocier l'abus de confiance de l'atteinte à la propriété s'expose principalement à une critique. Les auteurs redoutent, en effet, que le droit pénal fasse siennes des considérations jusqu'alors réservées à la matière civile. Pourtant, loin de transformer l'infraction, l'élargissement de la valeur protégée permet au contraire de ratifier le critère essentiel de qualification du détournement : l'intention. Les solutions jurisprudentielles relatives à cet élément peuvent ainsi s'expliquer autrement que par le recours à la propriété. En revanche, en dehors de ces situations acquises avant même la modification de l'incrimination, le choix de la protection de la confiance ouvre nécessairement la porte aux extensions redoutées, et plus précisément aux détournements commis par le propriétaire du bien détourné. Cependant, l'extension démesurée du champ d'application du délit peut ne pas avoir lieu. En effet, le texte propose lui-même un outil permettant de discriminer les faits générateurs de responsabilités pénale et contractuelle. Ainsi, une circonscription de l'abus de confiance peut être trouvée dans l'utilisation conjointe d'un critère actualisé (1) et d'un critère contemporain (2)

1) L'actualisation du critère classique

413. Le recours traditionnel au caractère intentionnel. En présence d'un simple retard à restituer, la Chambre criminelle affirme expressément sa volonté de faire un tri parmi les manquements contractuels¹⁵¹⁷. C'est ainsi que le seul fait, pour le locataire de véhicules pour une durée déterminée, de ne pas les rendre dans le délai imparti ne peut constituer le détournement¹⁵¹⁸. La doctrine interprète alors cette sélection comme étant effectuée à l'aune du critère de la propriété : « le détournement suppose que le retard s'accompagne de circonstances qui puissent permettre au juge de conclure que l'agent a franchi un seuil psychologique le conduisant à agir, non plus comme le détenteur précaire, mais comme un possesseur, en se comportant comme le véritable propriétaire »¹⁵¹⁹. L'abus de confiance peut alors être caractérisé dès lors que les faits révèlent un véritable comportement intentionnel.

¹⁵¹⁷ V. Cass. crim., 19 févr. 1990, Bull. crim. 1990, n° 80.

¹⁵¹⁸ Cass. crim., 11 juin 1980, Bull. crim. 1980, n° 188, D. 1981, IR. p. 154, obs. M. Puech, RSC 1980, p. 991, obs. P. Bouzat. –*Adde* : Cass. crim. 17 févr. 1992, Bull. crim., 1992, n° 72.

¹⁵¹⁹ A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 236.

Par exemple, l'infraction doit être envisagée contre le garagiste qui, après avoir pris un véhicule en dépôt à la demande de la police, déclare l'avoir restitué à son propriétaire à la compagnie d'assurances qui le lui réclamait alors que pendant l'enquête il affirme avoir été volé et le rend finalement après indemnisation¹⁵²⁰.

La même logique est adoptée en cas de défaut de restitution : le juge pénal veille à réserver la sanction pénale au comportement dépassant le seuil de la négligence, suffisante à l'engagement de la responsabilité contractuelle. Le caractère intentionnel de l'absence de restitution pourra, notamment, consister, pour un agent immobilier, à recevoir d'un client un acompte sur une vente sans délivrer de reçu pour ensuite déposer cette somme chez un notaire en interdisant à ce dernier de la remettre sans la présentation d'un reçu¹⁵²¹.

414. Le recours adapté au caractère intentionnel. Une telle sélection de l'inexécution pénalement répréhensible paraît rationnelle, qui permet d'illustrer le particularisme de l'infraction. Cependant, le recours à la propriété, et plus précisément au comportement du propriétaire comme référence du caractère intentionnel, ne s'impose pas comme l'unique façon de parvenir à cette solution. En effet, la recherche des circonstances permettant de déterminer si le seuil de la négligence a été dépassé peut se passer de la référence au comportement du propriétaire. D'ailleurs, la jurisprudence se passe volontiers de cette référence et fonde certaines décisions sur le caractère systématique du retard qui révélerait ainsi une réelle volonté de détourner¹⁵²². Ce critère suffit ainsi à établir l'intention sans avoir en plus à affirmer que l'auteur agit comme le ferait un propriétaire. La Cour de cassation ne dit finalement rien d'autre lorsqu'elle affirme qu'une rétention plus ou moins prolongée ne caractérise le délit d'abus de confiance qu'autant que son auteur a agi avec une intention frauduleuse¹⁵²³. La référence au comportement du propriétaire, loin d'être indispensable, se révèle donc surabondante à l'observation de la jurisprudence. Le choix de la confiance comme valeur protégée, en maintenant naturellement le caractère intentionnel du détournement¹⁵²⁴, ne modifierait en rien sa position.

¹⁵²⁰ Cass. crim., 2 mars 1994, Dr. pén. 1994, comm. 159, note M. Véron, RSC 1994, p. 765, obs. R. Ottenhof.

¹⁵²¹ Cass. crim., 15 mars 1968, Bull. crim. 1968, n° 155. V. pour une illustration récente, Cass. crim., 9 févr. 2011, n° 10-80801, Dr. pén. 2011, comm. 59, note M. Véron.

¹⁵²² Cass. crim., 6 sept. 2000, Dr. pén. 2001, comm. 14, note M. Véron ; 22 janv. 2003, Dr. pén. 2003, comm. 69, note M. Véron, RSC 2003, p. 791, obs. R. Ottenhof, D. 2004, somm. 308, obs. G. Roujou de Boubée.

¹⁵²³ Cass. crim., 29 déc. 1866, DP. 1867. 1. 188 ; 1^{er} mai 1940, DH. 1940. 169.

¹⁵²⁴ La nature intentionnelle de l'infraction résulte de l'article 121-3 du Code pénal mais paraît également nécessairement associée à la confiance perçue comme valeur protégée. En effet, une simple négligence paraîtrait difficilement compatible avec l'idée d'une atteinte à la confiance.

415. Une solution partielle. L'ensemble des décisions acquises jusqu'à présent à propos de la remise à charge de restitution doit pouvoir être maintenu même en admettant que la confiance mérite protection en parallèle du droit de propriété. Cependant, une telle extension rend les frontières de l'abus de confiance plus incertaines dès lors que n'est plus en jeu le caractère intentionnel du détournement mais son auteur. Plus précisément, l'atteinte à la confiance autorise évidemment la prise en compte de remises opérant transfert de propriété. Cette hypothèse très litigieuse entraîne en principe la condamnation du dépassement de la propriété comme valeur protégée. Pourtant, il semble que concernant la remise faite à charge de restituer, le texte permette lui-même une circonscription quelle que soit la valeur reconnue, et ce, par le biais de l'obligation de conservation.

2) L'aménagement d'un critère contemporain

416. Le risque d'éclatement du délit rejeté. En supprimant la référence à la propriété, l'infraction s'expose à une extension condamnée par la majorité des commentateurs. En effet, si le comportement pénalement répréhensible ne doit plus être soumis au filtre de l'atteinte à la propriété, il devient inévitable d'envisager le détournement commis par le propriétaire. La remise faite avec la charge de restituer le bien incite, alors, à s'interroger sur la compatibilité de l'infraction avec des hypothèses de résolution du contrat, de clause d'inaliénabilité, de prêt d'argent ou encore, plus récemment, avec la fiducie.

La jurisprudence, amenée à se prononcer sur certaines de ces hypothèses, ne paraît pas unanimement favorable à une telle extension. Les arrêts emblématiques du refus jurisprudentiel d'étendre le délit aux remises en propriété ont été rendus à propos de remises de sommes d'argent. Le premier, en date du 26 janvier 2005¹⁵²⁵, refuse ainsi de voir un détournement, faute de remise « à titre précaire », dans le fait pour un avocat de ne pas avoir restitué les sommes versées à titre de provision sur ses honoraires. Le second concerne un individu poursuivi pour abus de confiance pour n'avoir pas rendu une somme remise dans le cadre d'un prêt d'argent. La Chambre criminelle rejette le pourvoi au motif que « l'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, valeurs ou biens remis à titre précaire »¹⁵²⁶. La place laissée par l'incrimination aux remises opérant transfert de propriété ne semble donc pas

¹⁵²⁵ Cass. crim., 26 janv. 2005, Bull. crim. n° 29, Dr. pén. 2006, comm. 60, note M. Véron, LPA 8 août 2005, chron. Dr. pén. spécial, p. 11, obs. R. Ollard.

¹⁵²⁶ Cass. crim. 5 sept 2007, Bull. crim. n° 194, JCP 2007.II.10186, note S. Détraz, Dr. pén. 2007, comm. 157, note M. Véron, AJ. pén. 2007, p. 481, obs. Y. Muller.

emporter la conviction du juge pénal. Néanmoins, ce dernier a tout de même accepté de prononcer les peines de l'article 314-1 dans une hypothèse de dépôt irrégulier pour lequel le contrat limitait expressément la possibilité pour le dépositaire de disposer des titres confiés¹⁵²⁷. Si l'on accepte de considérer cet arrêt, malgré l'antériorité de son intervention, il faut procéder à un constat plus nuancé de la jurisprudence criminelle¹⁵²⁸ : hostile à une reconnaissance générale de la compatibilité de l'infraction avec les remises en pleine propriété, la jurisprudence propose toutefois une certaine ouverture de l'infraction.

C'est la raison pour laquelle certains auteurs proposent une extension circonscrite de l'abus de confiance à partir d'une évaluation des pouvoirs remis à l'auteur du fait délictueux. Un détournement pénalement répréhensible pourrait ainsi être commis par un propriétaire dès lors qu'il n'aura pas reçu les pleins pouvoirs sur le bien¹⁵²⁹. Une telle solution mérite précision. En effet, comment déterminer si l'*accipiens* a reçu ou non les pleins pouvoirs sur la chose et si le comportement dépasse le simple stade d'une violation contractuelle ? La référence textuelle à la charge de restitution acceptée et la notion de détournement fournissent alors la clé de la discrimination entre simple inexécution contractuelle et détournement pénalement répréhensible.

417. La circonscription par la précarité de la remise. A bien relire le texte, il apparaît que la condition *sine qua non* de l'abus de confiance réside dans le caractère précaire de la remise, le terme clé étant désormais celui de « charge ». Cette précarité doit alors être identifiée pour chacune des charges visées. Si l'on compare les arrêts précédemment cités¹⁵³⁰, il apparaît que la Cour de cassation se fonde sur ce caractère de la remise pour déterminer si la violation peut être pénalement répréhensible. Plus précisément, il semble possible d'associer cette précarité à l'absence de libre disposition du bien remis. La Cour d'appel statuant sur l'affaire de prêt d'argent fonde clairement sa relaxe sur cette idée : « les fonds litigieux [ayant été] remis à titre de prêt, il en avait la libre disposition et n'était tenu de restituer que l'équivalent des sommes empruntées »¹⁵³¹. Or, en présence d'une obligation de restitution, le seul moyen d'entraver la libre disposition réside dans une obligation de conservation du bien remis. Le droit civil connaît cette association entre l'obligation de restitution et celle de

¹⁵²⁷ Cass. crim., 30 mai 1996, Bull. crim. n° 224, RSC 1997, p. 129, obs. J. Riffault-Treca.

¹⁵²⁸ Nuance qui semble également commander les solutions rendues à propos de l'obligation d'utilisation de l'obligation (v. *infra*, n° 420).

¹⁵²⁹ R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 124 ; C. Souweine, *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal*, préc., n° 24.

¹⁵³⁰ V. *supra*, n° 416.

¹⁵³¹ CA Paris, 13 déc. 2006 cité par Cass. crim., 5 sept. 2007, préc.

conservation¹⁵³² à tel point que certains auteurs considèrent qu' « on ne peut restituer que ce qui a été conservé »¹⁵³³. Appliquée à l'abus de confiance, cette donnée permet alors de déterminer de manière suffisamment précise les hypothèses dans lesquelles la remise est précaire.

D'une part, la question de l'application de l'infraction se pose en cas de résolution du contrat ayant permis la remise. En principe, la résolution conduit à son anéantissement rétroactif et les parties doivent être remises dans l'état où elles étaient antérieurement à sa conclusion¹⁵³⁴. Ceci implique nécessairement la restitution des biens remis en vertu du contrat. Doit-on, dans ce cas, accepter des poursuites pour abus de confiance à l'encontre de celui qui n'exécute pas l'obligation de restitution du bien remis à l'occasion du contrat maintenant résolu ? Il est bien sûr tentant de raisonner de manière générale en proposant une acceptation de principe de ces poursuites. Il paraît logique, en effet, de considérer que l'abus de confiance doit être caractérisé dès lors que le détournement est intentionnel c'est-à-dire dès lors que ce refus de restituer est lui-même intentionnel. Pourtant, à l'examen des différentes hypothèses concernées, la solution ne se révèle pas si aisée, tant les causes de résolution et partant de restitution sont différentes. En effet, la plupart des cas de résolution résulte d'une disposition légale, l'article 1184 du Code civil réputant comme tacite la clause résolutoire dans tous les contrats synallagmatiques¹⁵³⁵. Dans un tel cas, non seulement la condition d'une remise « acceptée » fait défaut¹⁵³⁶ mais aucune obligation de conservation ne peut être identifiée.

Seul ce dernier argument se révèle décisif si les parties ont d'autre part cette fois-ci choisi d'envisager elles-mêmes l'obligation de restitution, comme dans la vente à réméré. Ce contrat a en effet pour particularité d'offrir au vendeur la faculté de reprendre la chose vendue moyennant la restitution du prix principal¹⁵³⁷. En imposant à l'acquéreur le devoir de conserver le bien pendant le délai imparti, ce contrat enjoint une restriction manifeste à ses

¹⁵³² La jurisprudence propose régulièrement d'associer les deux obligations dans l'optique de qualifier celle de restitution d'obligation de moyen ou de résultat. V. par ex. : Civ. 1, 2 oct. 1980, Bull. civ. I, n° 240, 29 janv. 2002, RCA 2002, comm. n° 174.

¹⁵³³ G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 546-1. – Adde : M. Faure-Abbad, *Le fait générateur de responsabilité contractuelle*, LGDJ, 2003, préf. Ph. Rémy, n° 287 ; M.-L. Morançais-Demeester, *La responsabilité des personnes obligées à restitution*, RTDciv. 1993, p. 757. L'auteur parle d'une « responsabilité à régime hybride ».

¹⁵³⁴ V. sur l'effet rétroactif de la résolution : T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préc., n° 702 et s.

¹⁵³⁵ D'aucuns proposent d'étendre la portée de cette disposition non seulement aux contrats synallagmatiques imparfaits mais également à certains contrats unilatéraux. V. T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préc., n° 260.

¹⁵³⁶ En ce sens, A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, préc., n° 376 ; R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 125. V. pour un même raisonnement à propos des restitutions imposées en cas d'annulation du contrat, *supra*, n° 222.

¹⁵³⁷ C. civ., art. 1659.

pouvoirs traditionnels pouvant autoriser la qualification de remise précaire. Plus généralement, l'insertion d'une clause d'inaliénabilité dans un contrat de donation par exemple, en interdisant la libre disposition du bien, prescrit également la précarité de la remise. L'évolution du droit des successions fournit alors une illustration récente de la précarité potentielle d'une donation¹⁵³⁸ avec l'assouplissement par la loi du 23 juin 2006 du régime des anciennes substitutions fidéicommissaires. Désormais, le conjoint peut bénéficier d'une libéralité graduelle en qualité de premier gratifié afin de transmettre les biens aux enfants issus d'une précédente union du disposant. Une obligation de conservation s'impose alors à lui¹⁵³⁹ et autorise également la qualification de remise précaire.

Enfin, ce critère est finalement utilisé par la doctrine de manière isolée afin d'appréhender l'hypothèse de la remise faite dans le cadre d'un dépôt¹⁵⁴⁰. Ainsi, l'abus de confiance pourrait être envisageable non seulement en cas de remise d'un corps certain mais aussi d'une chose fongible dès lors que « le dépositaire a l'obligation de conserver en permanence entre ses mains une quantité de choses de même nature et qualité susceptible de permettre la restitution immédiate des choses déposées »¹⁵⁴¹. Autrement dit, s'il est possible d'interpréter le texte comme n'imposant pas une obligation de restitution en nature, la précarité de la remise ne pourra être constatée que dans l'hypothèse dans laquelle ladite obligation pourra être associée à celle de conservation.

Ce raisonnement permet alors d'opérer une rationalisation des solutions jurisprudentielles. Ainsi, la Cour de cassation peut accepter la qualification d'abus de confiance lorsque la remise de chose fongible s'accompagne d'une obligation de conservation –comme dans l'arrêt du 30 mai 1996– et la refuser lorsque la charge de restitution ne se trouve pas consolidée par

¹⁵³⁸ L'article 894 du Code civil prévoit que « la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte ».

¹⁵³⁹ C. civ., art. 1048 : « Une libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte ».

¹⁵⁴⁰ Un même raisonnement a également été conduit à propos de la fiducie (v. R. Ollard, *La fiducie : aspects de droit pénal*, RSC 2009, p. 545). Dans le cadre d'une fiducie-sûreté avec dépossession, le fiduciaire est tenu à une obligation de conserver les biens qui lui ont été remis pendant la durée fixée par les parties (V. par ex. Ch. Larroumet, *La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques*, D. 2007, p. 1350, n° 5). Logique au vu de la parenté de ce contrat avec le mandat (J. Rochfeld, *Fiducie. Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*, RTDciv. 2007, p. 412) de tout temps admis comme augurant un détournement pénalement punissable, cette admission paraît néanmoins de portée réduite dans la mesure où le caractère translatif de propriété de la remise est sujet à discussion. V. notamment : R. Lichbaber, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 29 février 2007*, Defrénois 2007, art. 38631, n° 19 qui qualifie la propriété fiduciaire « d'avorton » de la propriété ordinaire ; B. Mallet-Bricout, *Le fiduciaire propriétaire ?*, JCP E. 2010. 1191.

¹⁵⁴¹ A. Vitu et W. Jeandidier, *J.-Cl. Pén.*, art. 408, fasc. 1 à 4., n° 186. –Adde : C. Souweine, *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal*, préc., n° 24 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, par A. Vitu, préc., n° 2381.

une telle obligation, en matière de prêt d'argent notamment¹⁵⁴². Cependant, les faits de l'arrêt relatif au dépôt irrégulier¹⁵⁴³ mettent en exergue la délicate différenciation des faits générateurs de responsabilité : n'y a-t-il pas en l'espèce méconnaissance d'une stipulation contractuelle des plus ordinaires¹⁵⁴⁴ ? L'emploi du terme de détournement dans l'incrimination invite alors à resserrer la définition du fait délictueux par ce qu'implique l'emploi de ce vocable, ce qui permet de déterminer avec précision le champ d'application de l'infraction.

418. La circonscription par la notion de détournement. Si les mots ont un sens, le choix d'un tel terme en lieu et place de celui de violation ne peut être insignifiant. Nécessairement associé à la méconnaissance d'une obligation décisive du contrat¹⁵⁴⁵, le détournement peut être assimilé à la violation des seules obligations fondamentales. Or, la particularité du délit d'abus de confiance réside dans l'absence de référence à un contrat nommé. Le champ de l'infraction ne s'en trouve pour autant pas infini dans la mesure où le juge pénal devra identifier si l'une des charges visées par le texte peut ou non revêtir ce caractère essentiel dans l'opération contractuelle visée. Une telle circonscription peut alors être illustrée par les solutions jurisprudentielles.

L'exemple de la clause de réserve de propriété permet d'appréhender la délimitation de l'infraction induite par la référence à l'obligation fondamentale¹⁵⁴⁶. Le juge pénal ne peut raisonnablement rester indifférent par principe à une telle clause sur le seul fondement de son origine civile ou de son caractère prétendument fictif¹⁵⁴⁷. La question se pose alors de savoir si l'obligation de restitution qui découle de cette clause à la charge de l'acquéreur peut ou non

¹⁵⁴² V. Cass. crim., 5 sept 2007, préc.

¹⁵⁴³ V. l'arrêt cité *supra*, n° 416.

¹⁵⁴⁴ Dans pareille hypothèse, les parties ont stipulé dans leur contrat qu'elles entendaient limiter la possibilité pour le dépositaire de disposer des titres confiés.

¹⁵⁴⁵ V. *supra*, n° 398.

¹⁵⁴⁶ Le lien entre l'obligation de restitution et la clause de réserve de propriété s'illustre en cas de non-paiement du prix. La doctrine envisage d'ailleurs cette solution en considérant que si l'acquéreur « a fait une utilisation du bien qui rend impossible sa restitution après revendication par le propriétaire, l'infraction pourrait être consommée » (C. Mascala, *Abus de confiance*, *Rép. pén. Dalloz*, 2003, mise à jour 2010, n° 39). Même si l'obligation de restitution n'apparaît qu'en cas de revendication du bien par le vendeur, celle-ci peut être considérée comme latente dès la remise puisqu'une telle clause impose à l'acquéreur une obligation de conservation (P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil. Contrats spéciaux*, préc., n° 152 ; J. Ghestin, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, p. 1, spéc., n° 23 : « Théoriquement, l'acheteur ne peut rien faire des marchandises vendues avant d'en avoir payé le prix »).

¹⁵⁴⁷ V. *supra*, n° 161. L'analyse des conditions nécessaires à l'identification du contrat augurant la remise prescrite par l'abus de confiance a révélé que la clause de réserve de propriété ne pouvait et n'était pas ignorée par les juridictions criminelles. La recevabilité de principe de pareil mécanisme n'a pu toutefois suffire à emporter la conviction de la nécessité de constater l'infraction. Une chose est en effet d'affirmer que l'identification de l'élément contractuel doit prendre en compte cette clause, une autre est de considérer que la violation de cet élément doit être pénalement répréhensible.

être qualifiée de fondamentale. Or, le mécanisme permet de douter d'une telle qualité. En effet, la réserve de propriété n'est aménagée par le vendeur qu'à titre de garantie, afin de consolider son droit de créance¹⁵⁴⁸. Insérée dans une vente, cette clause ne peut donc qu'être accessoire aux obligations de délivrance et de paiement. Certains pénalistes partagent d'ailleurs cette vision mais sans utiliser l'argument pour identifier la notion de détournement¹⁵⁴⁹. Ainsi, malgré l'obligation de conservation que cette clause permet d'identifier à la charge de l'acquéreur, la violation de cette dernière ne devrait pas emporter de sanction pénale. La jurisprudence a alors pu, à bon droit, se positionner en faveur du rejet de l'abus de confiance à défaut d'une obligation de restitution¹⁵⁵⁰. La méconnaissance de la clause de réserve de propriété devrait ainsi seulement constituer une inexécution contractuelle.

Cette présentation de l'obligation de restitution à même d'emporter un détournement et donc une inexécution pénalement répréhensible, conduit en revanche à remettre en cause la position adoptée par la Cour de cassation à propos du dépôt irrégulier¹⁵⁵¹ puisque le droit pénal viendrait ici sanctionner la simple violation d'une stipulation contractuelle accessoire¹⁵⁵². En effet, dans cette hypothèse, la précarité de la remise peut être identifiée mais pas le détournement puisqu'en aucun cas l'obligation de conservation du bien n'est essentielle au contrat de dépôt irrégulier¹⁵⁵³.

419. Bilan. En définitive, si la volonté de limiter le champ d'application apparaît louable, elle n'implique pas nécessairement le recours à la propriété. Le choix de la confiance comme valeur protégée permet en effet d'endiguer l'éclatement redouté de l'infraction, à tout le moins au sujet de l'obligation de restitution. Un double critère doit pour cela être mis en œuvre. D'une part, la sélection des inexécutions pénalement répréhensibles repose sur la précarité de la remise qui, en matière d'obligation de restitution, signifie que le contrat en

¹⁵⁴⁸ V. notamment, F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 194.

¹⁵⁴⁹ « cette clause est l'accessoire d'une convention dont l'objectif principal est et demeure le transfert de propriété [...] elle vient se greffer sur la vente sans la dénaturer, et sans remettre en cause son but final et nécessaire » : C. Ophèle Rosetto, *Clause de réserve de propriété et droit pénal des biens*, RTDcom. 1995, p. 87 et s. spéc., p. 102. Dans le même sens, P. Gauthier, B. Lauret, *Droit pénal des affaires*, préc., p. 146.

¹⁵⁵⁰ CA Toulouse, 2 mars 2000, Juris-Data n° 2000-119919.

¹⁵⁵¹ Cass. crim., 30 mai 1996, préc.

¹⁵⁵² L'insertion d'une clause obligeant le dépositaire à conserver la somme remise ne participe en aucun cas à la définition du dépôt ni même à celle du dépôt irrégulier. En effet le critère de distinction de ces deux types de dépôt « est la nature de la chose déposée c'est-à-dire son caractère fongible et/ou consommable » (I. Avanzini, *Les obligations du dépositaire. Contribution à l'étude du contrat de dépôt*, Litec. Bibliothèque du droit de l'entreprise, 2007, préf. Ch. Jubault, n° 289).

¹⁵⁵³ V. notamment, A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2011, n° 1076.

cause stipule sur une obligation de conservation. D'autre part, le terme de détournement impose de ne retenir que les violations des seules obligations contractuelles fondamentales. Le texte paraît également fournir des limites raisonnables en cas de remise d'un bien à charge d'en faire un usage déterminé.

B- La circonscription de l'obligation d'utilisation

420. La distinction des faits générateurs affirmée. La doctrine, dans sa quasi-globalité, présente le détournement par usage abusif comme nécessairement distinct d'une simple inexécution contractuelle¹⁵⁵⁴ : « le seul usage de la chose n'entre pas dans les prévisions de l'incrimination alors même que cet usage est différent de celui convenu par les parties »¹⁵⁵⁵. Ainsi, le droit pénal opèrerait un tri parmi les différentes violations contractuellement réparables. Les logiques respectives de chaque matière seraient alors sauvegardées. Cependant, le critère mis en avant pour distinguer les faits générateurs de responsabilités civile et pénale repose sur la propriété perçue comme valeur protégée du délit.

421. La distinction des faits générateurs proposée. Le seuil au-delà duquel la répression s'impose est fixé, d'un avis unanime, par la valeur sociale que l'abus de confiance entend préserver. La propriété sert, en effet, de référence à double titre dans la circonscription du comportement pénalement répréhensible. D'une part, la doctrine majoritaire refuse d'étendre l'infraction aux détournements commis par le propriétaire suite à une remise translatrice de propriété. D'autre part, la propriété sert, plus indirectement, de limite à l'infraction par le biais de la définition de l'intention caractéristique du détournement. La doctrine approuve ainsi la condamnation pénale dès lors que « l'usage abusif implique la volonté du possesseur de se comporter, même momentanément, comme le propriétaire de la chose »¹⁵⁵⁶. Par conséquent, de manière plus ou moins directe, la référence à la propriété fournit la circonscription du délit. Appréhender l'abus de confiance comme une infraction potentiellement étrangère à l'atteinte à la propriété commande évidemment de reformuler le critère.

¹⁵⁵⁴ V. par ex. : E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, préc., n° 1217 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 240 ; W. Jeandidier, *Abus de confiance*, *J.-Cl. Pén.*, art. 314-1, fasc. unique, 2004, n° 52.

¹⁵⁵⁵ A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 240.

¹⁵⁵⁶ V. notamment, W. Jeandidier, *Abus de confiance*, *J.-Cl. Pén.*, art. 314-1, fasc. unique, 2004, n° 53 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, préc., n° 186.

422. Un critère de distinction nécessairement modifié. Si l'incrimination permet d'envisager les détournements non constitutifs d'une atteinte à la propriété, la référence à la confiance ne peut plus, à elle seule, permettre de pérenniser la discrimination entre les faits générateurs. Seul le caractère intentionnel de la faute assurerait alors la distinction. Cependant, le rejet de la propriété comme seul mode de circonscription invite à une lecture plus précise du texte. Or, ce dernier fournit des indications qui, éprouvées, peuvent venir limiter le fait délictueux.

C'est dans le terme même de détournement que siège d'abord une piste de précision. En effet, dans le langage commun, le détournement impose un changement de direction¹⁵⁵⁷. L'utilisation d'un tel vocable invite alors à proposer un tri parmi les violations du contrat : toutes les stipulations du contrat ne participent pas à la formulation de la direction de l'accord et partant, à sa destination, certaines étant réservées aux simples modalités pratiques de sa mise en oeuvre. Les juridictions criminelles formulent d'ailleurs des solutions pour caractériser l'élément moral du délit, sans qu'un rattachement à la protection de la propriété ne soit nécessaire. Le texte ne fait ensuite que corroborer la nécessité d'une sélection, cette fois plus matérielle, en visant une pluralité de charges générales et génériques. La mention d'une charge de restitution, de représentation ou d'utilisation invite ainsi le juge à observer le contrat dans sa globalité. Le droit pénal n'aurait ainsi pas à se soucier des détails du pacte contractuel pour se concentrer sur l'opération principale.

En définitive, l'effacement de l'esprit traditionnel du texte –la protection de la propriété– permet donc non seulement de donner toute son envergure à sa lettre pour fixer les contours de l'incrimination mais aussi de rationaliser la jurisprudence sans l'associer à la protection de la propriété. Ainsi, une sélection fonctionnelle des inexécutions pénalement répréhensibles apparaît également à propos de l'obligation d'utilisation. Ce tri découle alors de l'actualisation d'un critère déjà formulé (1) et de la proposition d'un nouveau critère à présenter (2).

¹⁵⁵⁷ V. *supra*, n° 398 et 418.

1) L'actualisation du critère classique

423. Le fondement de l'outil discriminant maintenu. Si l'essence du détournement réside dans un changement profond, radical, la qualification d'inexécution contractuelle pénalement répréhensible ne peut être proposée pour n'importe quelle méconnaissance du pacte contractuel. Le comportement grave par sa radicalité suppose ainsi une sélection. Cette dernière a lieu dans la jurisprudence de la Chambre criminelle qui refuse très clairement l'assimilation des faits générateurs pénal et contractuel. Or, si la doctrine semble généralement expliquer ce refus par la comparaison avec le comportement d'un propriétaire, les arrêts ne font finalement que très rarement référence à ce dernier. En effet, l'observation des décisions révèle que la mention du comportement du propriétaire est loin de servir de modèle systématique. Nombre d'arrêts utilisent comme critère de qualification l'usage dans l'intérêt personnel de l'auteur¹⁵⁵⁸. Or, pareil critère corrobore l'association du détournement à un changement de direction qui implique que la moindre méconnaissance de l'usage déterminé ne peut emporter à elle seule la qualification d'abus de confiance. En revanche, si l'auteur de ladite violation utilise le bien pour son usage personnel alors l'inexécution devient pénalement répréhensible. Dans ces conditions, et dans ces conditions seulement, le changement de direction est avéré.

Un tel critère n'est pas sans rappeler le délit d'abus de biens sociaux¹⁵⁵⁹ pour lequel le législateur restreint l'infraction aux comportements révélant une volonté d'agir à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle l'auteur est intéressé directement ou indirectement. Le parallèle avec cette infraction non seulement rappelle leur confusion initiale¹⁵⁶⁰ mais interroge aussi sur la compatibilité d'un tel critère avec le schéma infractionnel. Plus précisément, la référence à l'intérêt personnel est qualifiée en matière d'abus de biens sociaux de dol spécial¹⁵⁶¹, entendu comme l'exigence d'un mobile

¹⁵⁵⁸ V. par ex. : Cass. crim. 16 janv. 1984, Bull. crim. n° 18 ; 13 févr. 1984, *ibid.*, n° 49.

¹⁵⁵⁹ C. com., art. L. 242-6 : « Est puni d'un emprisonnement de 5 ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour 3° Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

¹⁵⁶⁰ Avant que des textes spéciaux ne viennent réprimer les agissements des dirigeants sociaux, la jurisprudence avait recouru à l'abus de confiance par l'idée d'abus de mandat social. Sur le rapport entre les deux infractions, v. L. Godon, *Abus de confiance et abus de biens sociaux*, préc., p. 289.

¹⁵⁶¹ V. par ex. W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 276 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 773.

légalement déterminé¹⁵⁶². Faut-il en déduire que cette précision ajouterait au délit d'abus de confiance une composante à l'élément moral ? Une telle conclusion rendrait ce critère discriminant pour le moins critiquable, à défaut de prévision textuelle en ce sens¹⁵⁶³. Cependant, d'une part, la référence à l'usage personnel constitue un outil de circonscription sans pour autant épuiser les procédés de délimitation du délit. Autrement dit, ce critère n'est qu'un critère parmi d'autres permettant de dépasser le stade de la violation contractuelle pour entamer celui du détournement ; il ne s'agit en aucun cas d'une composante requise par l'infraction. D'autre part, la qualification de dol spécial fait l'objet d'une remise en cause au sujet même de l'abus de biens sociaux¹⁵⁶⁴, la doctrine proposant alors de faire de cet élément un simple outil d'appréciation de la mauvaise foi du prévenu et donc du dol général¹⁵⁶⁵.

Plusieurs conclusions peuvent être tirées de ce détour par l'abus de biens sociaux. D'une part, la référence à l'intérêt personnel doit être associée à l'élément moral du détournement plus qu'à sa matérialité. D'autre part, la référence à l'usage personnel comme outil distinctif des faits générateurs de responsabilité intègre aisément le schéma classique de l'infraction en constituant un indice de la présence du dol général requis sans exiger de dol spécial, *contra legem*. Enfin, elle permet de fournir au délit un cadre raisonnable sans pour autant se référer au comportement du propriétaire.

424. L'illustration de l'outil discriminant maintenu. Si historiquement l'usage à des fins personnelles peut être associé au comportement d'un propriétaire et permet ainsi de caractériser l'atteinte à la propriété, ce critère peut servir à délimiter le délit sans référence à cette dernière. Un exemple peut être trouvé dans le fait d'utiliser un véhicule de fonction à des fins personnelles¹⁵⁶⁶ et plus généralement dans le fait de faire un usage personnel des biens

¹⁵⁶² Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 383. Cette définition n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine qui préfère parfois y associer « la volonté de produire le résultat prohibé par la loi » : R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, préc., n° 597.

¹⁵⁶³ Or, le dol spécial ne peut que résulter d'une volonté expresse du législateur attestant d'une prise en compte exceptionnelle du mobile de l'agent. V. P. Mimin, *L'intention et le mobile*, in *La chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de M. Patin, Cujas*, 1965, p. 113 et s., spéc. p. 116 et s.

¹⁵⁶⁴ « L'intérêt est une clause de style qui est toujours caractérisée » : D. Rebut, *Abus de biens sociaux : usage à des fins illicites et intérêt personnel*, chron. sous Cass. crim., 14 mai 2003, RSC 2003, p. 797. La jurisprudence entend en effet retenir la culpabilité de l'auteur dès lors qu'il a poursuivi un intérêt personnel, quel qu'il soit. Il peut alors consister en un intérêt matériel, d'ordre pécuniaire le plus souvent, mais aussi en un intérêt extrapatrimonial même simplement moral. Pour une vision critique de cette vision extensive, v. B. Bouloc, *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, RJcom. 1995, p. 301.

¹⁵⁶⁵ W. Jeandidier, *Sociétés. Abus de biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix, J.-Cl. Pén. Aff.*, fasc. 50, 2007, n° 79 ; « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », préc., n° 7.

¹⁵⁶⁶ Cass. crim., 13 févr. 1984, préc.

remis dans le cadre professionnel¹⁵⁶⁷. La proposition d'un élargissement du délit à toutes les atteintes à la confiance attribuée dans une relation privée, indépendamment de toute atteinte à la propriété, peut trouver des limites raisonnables à condition d'attribuer une particularité au terme de détournement. Si celui-ci consiste en un changement de direction, la transformation de l'usage à des fins professionnelles en un usage à des fins personnelles permet de le caractériser¹⁵⁶⁸. Ainsi, les risques décriés d'extension démesurée du champ de l'infraction d'abus de confiance paraissent pouvoir être évités grâce à un tel critère. Cette illustration du détournement n'épuise cependant pas tous les cas de figure envisageables et n'apporte alors qu'une réponse partielle à la circonscription du délit. Un autre outil de discrimination doit être envisagé.

2) L'adoption d'un critère contemporain

425. Le fondement du critère contemporain. Le terme de détournement conjugué à la référence à une charge générale incite, on l'a vu, à adopter une vision globale du contrat¹⁵⁶⁹. La violation pénalement répréhensible doit ainsi caractériser le changement de destination requis par le texte. La proposition, pourtant indifférente à la propriété, trouve finalement un écho jurisprudentiel : « L'acte de détournement résulte d'une utilisation à des fins étrangères à celles qui avaient été stipulées »¹⁵⁷⁰. La radicalité des termes employés –*fins étrangères*– invite à une sélection parmi les violations du contrat pour ne retenir que celles révélant une véritable incompatibilité avec le pacte conclu. Le texte d'incrimination propose alors la voie à suivre en indiquant que la violation pénalement répréhensible ne peut concerner que l'obligation visant l'usage destiné à l'objet de la remise.

En dressant désormais uniquement une liste de charges sans mentionner de contrat, le législateur laisse envisager l'infraction en présence de contrats innommés¹⁵⁷¹. Par suite, parallèlement à la recherche des obligations qualifiantes, le juge pénal doit identifier les obligations nécessaires au soutien de l'opération contractuelle inqualifiable. A cette fin, il faut

¹⁵⁶⁷ Cass. crim., 16 janv. 1984, préc. (pour une machine à timbrer) ; T. corr. Le Mans, 16 févr. 1998, JCP 1999, II, 10011, note J. Frayssinet (pour un ordinateur).

¹⁵⁶⁸ Par conséquent, cet outil ne peut logiquement fonctionner dans une hypothèse où l'usage personnel aura été prévu au moment de la remise. Cela exclut naturellement les contrats de prêt d'argent qui prévoient une affectation personnelle de la somme. V. alors, *infra*, n° 427.

¹⁵⁶⁹ V. *supra*, n° 398, 418 et 422.

¹⁵⁷⁰ Cass. crim. 8 déc. 1971, Bull. crim., n° 341. v. également, Cass. crim., 5 oct. 2011 (n° de pourvoi : 10-88722) qui retient la formule « destination étrangère ».

¹⁵⁷¹ V. *supra*, n° 108 et s.

alors distinguer celles qui n'ont pour objet que de préciser les modalités d'exécution d'une autre obligation, de ce point de vue plus fondamentale¹⁵⁷². Ces obligations « de mise en œuvre » peuvent ainsi être jugées accessoires à une obligation qualifiable de fondamentale. La définition du terme de détournement commande alors de ne retenir comme pénalement répréhensible que la violation de cette dernière. Seule la responsabilité contractuelle pourrait être encourue en cas de méconnaissance d'une simple modalité d'exécution.

L'usage abusif constitutif de l'abus de confiance peut ainsi être appréhendé, que le contrat soit ou non nommé, à l'aune d'une distinction selon l'importance de l'obligation, en évitant le recours opportuniste au comportement du propriétaire¹⁵⁷³.

426. L'application du critère contemporain aux remises non translatives de propriété. L'association de l'abus de confiance à la répression d'une atteinte à la propriété a toujours conduit la doctrine à interpréter la jurisprudence sous ce seul angle. Pourtant, malgré ce rattachement doctrinal constant, des décisions semblent également pouvoir illustrer la distinction fonctionnelle des obligations. Les arrêts unanimement cités pour témoigner du refus d'assimilation entre les faits générateurs peuvent certes être compris comme ne révélant pas de volonté de se conduire comme le propriétaire du bien mais plus précisément comme une violation de simples obligations accessoires en ce qu'elles organisent la mise en œuvre de l'obligation fondamentale.

Le juge pénal considère ainsi qu'il ne peut y avoir abus de confiance dans l'utilisation d'un film pour des projections non prévues au contrat de location¹⁵⁷⁴. La méconnaissance des conditions de projection ne peut à elle seule emporter la qualification de détournement. La même qualification est rejetée en cas de violation des simples modalités d'exécution d'un contrat d'approvisionnement¹⁵⁷⁵. En revanche, la Cour de cassation déclenche la sanction pénale dès lors que n'est plus en cause la seule méconnaissance d'obligations accessoire mais

¹⁵⁷² Cette distinction connaît un certain écho en droit du travail au sujet des modifications du contrat de travail. Afin de déterminer si un employeur peut déterminer unilatéralement un changement dans l'exécution du contrat de travail, la jurisprudence a commencé par distinguer les « modifications substantielles » des « modifications non substantielles » pour ne rendre le consentement du salarié obligatoire que pour la première : « L'employeur ne peut, sans l'accord du salarié, modifier substantiellement le contrat individuel de travail » (Cass. soc., 21 janv. 1988, Bull. civ. V, n° 58). Cependant, en 1996, la jurisprudence consacra une nouvelle distinction entre la « modification du contrat de travail, qui suppose le commun accord des parties et, d'autre part, le « changement des conditions de travail », soumis au seul pouvoir décisionnel de l'employeur (Cass. soc., 10 juil. 1996, Bull. civ. V, n° 278, Dr. soc. 1996. 976, obs. H. Blaise, Dr. ouvr. 1996, 457, note P. Moussy, JCP 1997. II. 22768, note Y. Saint-Jours). Malgré la modification législative opérée par la loi du 18 janvier 2005, la jurisprudence a maintenu sa distinction.

¹⁵⁷³ V. *supra*, n° 374.

¹⁵⁷⁴ CA Dijon, 9 juil. 1930, S. 1931, 2, p. 132.

¹⁵⁷⁵ Cass. crim., 8 mai 1919, D. 1920, p. 76.

celle de l'obligation dont l'application est organisée. Ainsi en est-il de l'emprunteur d'un prêt à usage qui fait vendre les lingots qu'il était tenu d'employer comme garantie d'une ouverture de compte¹⁵⁷⁶. La violation concerne ici l'obligation fondamentale du contrat et doit alors être considérée comme pénalement répréhensible. Très récemment, la jurisprudence est venue confirmer ce raisonnement en condamnant le serveur d'un bar aux peines de l'abus de confiance pour avoir offert des boissons à des clients alors qu'il était tenu de les vendre. Le fondement de la condamnation est des plus clair qui retient que le prévenu a « sciemment affecté à une destination étrangère [...] de nombreuses boissons qu'il était censé vendre à des clients »¹⁵⁷⁷.

Si différentes solutions jurisprudentielles paraissent en parfaite adéquation avec la distinction des obligations selon leur rôle dans le contrat, cette dernière permet également de fournir un cadre raisonnable à des hypothèses jusqu'alors commandées uniquement par une référence au comportement du propriétaire. Toute violation d'un mandat ne devrait pouvoir emporter la qualification de détournement, cette dernière étant réservée au cas de méconnaissance de l'opération pour laquelle le mandant fait appel à lui¹⁵⁷⁸. Dans la plupart des cas, le détournement ne soulèvera aucune difficulté, le mandataire disposant des sommes à son profit au lieu d'en faire l'usage déterminé¹⁵⁷⁹. Cependant, certains arrêts mettent occasionnellement en lumière la difficulté de dissocier le détournement de l'inexécution contractuelle. Tel est le cas de la décision de cassation du 30 juin 2010¹⁵⁸⁰. Le trésorier et le trésorier adjoint du comité d'entreprise d'une société étaient poursuivis pour abus de confiance pour avoir, à l'insu du président de ce comité, en violation des conditions et de la procédure d'octroi définies par le règlement intérieur, attribué des prêts sociaux à de nombreux salariés en grève dont certains ne pouvaient juridiquement y prétendre et pour un montant global dépassant celui prévu pour l'aide sociale. L'une des questions soulevées par l'espèce résidait dans le point de savoir si le fait d'avoir méconnu les conditions formelles d'attribution des prêts pouvait suffire à emporter la qualification d'abus de confiance. La Cour de cassation cantonne sa solution à la détermination de l'élément intentionnel de l'infraction en retenant que la décision de la Cour d'appel doit être cassée pour avoir été adoptée « par des motifs contradictoires et sans tirer les conséquences légales de ses propres constatations relatives à la

¹⁵⁷⁶ Cass. crim., 11 juin 1960, Bull. crim., n° 314.

¹⁵⁷⁷ Cass. crim., 5 octobre 2011, n° 10-88722.

¹⁵⁷⁸ C. civ., art. 1984 : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

¹⁵⁷⁹ V. par ex : Cass. crim., 17 janv. 1968, Bull. crim., n° 12, GP 1968. 1. 106 ; 6 janv. 1992, Dr. pén. 1992. comm. 177, note M. Véron.

¹⁵⁸⁰ Cass. crim., 30 juin 2010, D. 2010, p. 2820, note J. Lasserre Capdeville.

conscience qu’avaient nécessairement les prévenus, du fait de leurs fonctions au sein du comité d’entreprise, d’avoir outrepassé leur mandat ». La solution peut laisser perplexe, qui évince non seulement la distinction fonctionnelle des obligations, par ailleurs retenue à plusieurs reprises, mais réduit –et il s’agit là d’un euphémisme– également le rôle de l’intention : cette dernière paraît déduite de leurs fonctions. Le raisonnement n’est pas rare¹⁵⁸¹ mais peut devenir contestable dès lors qu’il est associé à la violation de n’importe quelle stipulation du contrat. En effet, les faits de cet arrêt permettaient d’éclairer de manière précise la distinction fonctionnelle des obligations : le mandat stipulait l’obligation d’attribuer les fonds prévus pour l’aide sociale en respectant la procédure d’octroi fixée par le règlement intérieur. L’obligation fondamentale peut ainsi être identifiée dans l’attribution des fonds à des prêts sociaux, l’obligation de respecter les modalités prévues par le règlement intérieur ne pouvant que constituer une obligation accessoire. Ce critère est rejeté en cassation pour des raisons finalement tenant moins à sa pertinence qu’à la volonté du juge pénal de sanctionner de manière quasiment systématique le professionnel ayant outrepassé ses fonctions. En revanche, la Cour d’appel adopte clairement le raisonnement fonctionnel en considérant que « la violation des *modalités formelles d’attribution des prêts*¹⁵⁸² ne suffit pas à caractériser un abus de confiance »¹⁵⁸³. Les juges du fond ratifient ainsi la distinction entre les obligations de mise en œuvre et l’obligation fondamentale, pour réserver raisonnablement l’abus de confiance aux seules violations de cette dernière. Reste alors à mettre ce critère à l’épreuve des arrêts statuant sur des remises translatives de propriété.

427. L’application du critère contemporain aux remises translatives de propriété.

Les partisans du maintien de l’abus de confiance parmi les infractions attentatoires à la propriété semblent, depuis 2007, avoir l’aval de la Cour de cassation. La jurisprudence s’est en effet clairement prononcée en faveur du rejet de l’abus de confiance en cas de prêt d’argent conclu avec une affectation particulière¹⁵⁸⁴. Pour cela, elle se fonde sur le fait que le prévenu « était devenu propriétaire des fonds prêtés ». La solution paraît donc clairement attachée au maintien de la valeur protégée classique.

¹⁵⁸¹ V. *supra*, n° 357.

¹⁵⁸² Nous soulignons.

¹⁵⁸³ CA Nouméa, 7 janvier 2010, cité par Cass. crim., 30 juin 2010, préc.

¹⁵⁸⁴ Cass. crim., 14 févr. 2007, Bull. crim., n° 47, D. 2007. AJ 1080, *ibid.*, 2007, pan. 2640, obs. S. Mirabail, AJ pén. 2007. 275, note Y. Muller, RDI 2007. 281, obs. G. Roujou de Boubée, Dr. pén. 2007, comm. 84, note M. Véron ; 19 sept. 2007, D. 2008. 958, note D. Rebut, *ibid.*, 2008. Pan. 1577, note C. Mascala, *ibid.*, 2009, Pan. 132, obs. S. Mirabail.

Cependant, d'autres décisions viennent semer le trouble sur le caractère absolu de l'incompatibilité de l'abus de confiance¹⁵⁸⁵ et des remises opérant transfert de propriété. En effet, la Cour de cassation retient cette qualification pour une utilisation consciente de subventions à des fins étrangères à celles expressément stipulées dans les conventions qui les accordent¹⁵⁸⁶ ou encore pour une méconnaissance de la destination des sommes versées au titre d'une taxe d'apprentissage¹⁵⁸⁷. La formulation des solutions est dénuée de toute ambiguïté. La première repose sur le constat d'une impossibilité pour le prévenu d'ignorer « qu'il utilisait des subventions accordées par le conseil général à des fins étrangères à celles qui avaient été stipulées dans les conventions ». La seconde affirme que l'arrêt de cour d'appel « par motifs propres et adoptés, relève que [les prévenus] ont délibérément donné aux versements exonérateurs de la taxe d'apprentissage, destinés à être exclusivement employés à des fins pédagogiques, [...] une affectation autre ». La jurisprudence paraît ainsi finalement porteuse d'incertitudes quant aux contours à donner à l'abus de confiance en présence d'une remise opérant transfert de propriété.

L'appréhension des différentes affaires à l'aune de l'importance de l'obligation méconnue semble alors autoriser une présentation rationnelle. L'unique opération à accomplir consiste donc en une détermination de l'obligation fondamentale des contrats concernés. En ce qui concerne la subvention, le comportement litigieux résidait principalement dans la méconnaissance de l'obligation d'attendre les concours financiers requis. Or, cette dernière peut être considérée comme accessoire au vu de sa fonction : organiser l'attribution des fonds conformément à leur finalité. Encore une fois, cette proposition trouve un écho dans la position adoptée par les juges du fond qui considèrent que l'affectation avait bien été respectée, seul le défaut d'attente des concours financiers pouvant être relevé. L'abus de confiance n'était alors selon eux pas envisageable¹⁵⁸⁸ à l'inverse de la Chambre criminelle qui considère que « le prévenu ne pouvait ignorer qu'il utilisait les subventions [...] à des fins étrangères à celles qui avaient été expressément stipulées dans les conventions ».

L'arrêt relatif aux taxes d'apprentissage fait au contraire montre d'une unanimité juridictionnelle puisque la Cour de cassation considère que la Cour d'appel a justifié sa décision de condamnation pour abus de confiance. La solution paraît de surcroît raisonnable

¹⁵⁸⁵ V. D. Rebut, *Incompatibilité absolue de l'abus de confiance et de la remise de la propriété*, D. 2008, p. 958.

¹⁵⁸⁶ Cass. crim., 9 janv. 2008, D. 2008. Pan. 1577, note C. Mascala, *ibid.*, 2009. pan. 132, obs. S. Mirabail, RSC 2008, p. 595, obs. C. Mascala, Dr. pén. 2008. comm. 50, note M. Véron.

¹⁵⁸⁷ Cass. crim., 13 janv. 2010, Bull. crim., n° 6, Dr. pén. 2010, comm. n° 61, note M. Véron, RSC 2010, p. 621, chron. H. Matsopoulou, JCP 2010. 936, note J. Lasserre Capdeville.

¹⁵⁸⁸ Les juges du fond se placent pour cela sur le terrain de l'élément moral. V. *supra*, n° 426.

car fondée sur le constat d'une méconnaissance de la destination des fonds et non sur l'une des conditions de cette méconnaissance.

Les arrêts, plus connus, relatifs aux prêts finalisés doivent à leur tour être appréhendés par le biais du critère de l'obligation fondamentale. à l'instar des subventions et taxes d'apprentissage, les prêts en question avaient pour particularité d'être affectés tantôt à la construction de villas¹⁵⁸⁹, tantôt à l'achat d'un fonds de commerce, garage et entrepôt¹⁵⁹⁰.

Or, si l'obligation fondamentale s'identifie, dans les contrats nommés, comme celle dont l'absence entraîne la disqualification du contrat¹⁵⁹¹, l'affectation de la somme ne peut alors recevoir une telle qualification. En effet, à la différence de la subvention ou de la taxe d'apprentissage, le prêt quel qu'il soit se caractérise par une obligation de restitution. En principe, l'emprunteur dispose librement des fonds et n'a pas à justifier de leur emploi sauf –il s'agit alors d'une exception– si le prêt est affecté¹⁵⁹². La seule obligation caractéristique de ce contrat réside donc dans l'obligation de restituer le bien ou la somme remis. Il paraît dès lors concevable de considérer que seule cette obligation peut constituer l'obligation fondamentale. L'abus de confiance serait alors exclu tant sur le plan de la charge d'utilisation à défaut d'obligation de conservation, que sur celui de la charge de restitution faute d'une obligation de conservation. Par conséquent, la distinction des obligations selon leur importance permettrait de justifier les divergences jurisprudentielles : acceptable lorsque la seule obligation de l'auteur du comportement litigieux consiste à imposer une destination aux sommes remises, la qualification d'abus de confiance devient contestable lorsque cette obligation ponctuelle s'impose en parallèle d'une autre obligation quant à elle caractéristique du contrat.

428. Bilan. L'observation des infractions d'inexécution contractuelle commande de sérieusement nuancer leur attachement traditionnel à certaines valeurs. Leur insuffisance tant quantitative que qualitative prescrit, en effet, d'envisager de nouvelles propositions. Or, de plus en plus, la notion de confiance paraît intégrer le champ pénal en permettant d'expliquer non seulement les positions jurisprudentielles mais aussi les évolutions législatives. Néanmoins, l'optique comparative jusqu'alors retenue entre les faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale révèle la fragilité de cette référence à la confiance, dénuée de contenu précis. Si une atteinte à la confiance suffit à caractériser l'infraction, est-il

¹⁵⁸⁹ V. Cass. crim., 14 février 2007, préc.

¹⁵⁹⁰ V. Cass. crim., 19 sept. 2007, préc.

¹⁵⁹¹ V. *supra*, n° 401.

¹⁵⁹² V. par ex. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 853.

toujours possible d'avancer l'idée d'une sélection fonctionnelle des comportements pénalement répréhensibles ?

La largesse de la notion de confiance, loin de procéder à l'éclatement redouté, permet au contraire de rechercher dans le droit positif des critères techniques à même de légitimer et de circonscrire les infractions ici concernées. En effet, que l'infraction recèle la violation d'un contrat nommé ou d'une situation contractuelle innommée, le législateur prescrit une sélection des méconnaissances du contrat, et ce en fonction de la gravité de la violation.

D'abord, nécessairement intentionnelle, l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible n'a pas pour autant besoin d'être associée à l'atteinte à une valeur sociale classiquement présentée telle que la propriété. Les critères jusqu'alors retenus par la jurisprudence demeurent ainsi, même sans cette référence.

Le particularisme moral du détournement doit ensuite être corroboré par une sélection des inexécutions, fondée sur la force de l'obligation contractuelle méconnue. Pareil tri, commandé par l'ensemble des incriminations de manière plus ou moins explicite, repose alors sur une distinction connue du droit civil, celle distinguant les obligations fondamentales des obligations accessoires. La notion pénale d'inexécution contractuelle s'éclaire alors : le fait délictueux suppose la violation intentionnelle d'une obligation contractuelle essentielle.

Les fonctions attribuées aux valeurs classiquement associées à ces infractions peuvent alors être aisément remplies. Conjugués, les critères permettant d'assurer une sélection tant morale que matérielle du fait délictueux assurent la légitimité de l'intervention du droit pénal et la circonscription des infractions.

Conclusion du premier chapitre

429. Une sélection par le particularisme proprement pénal. L'observation des infractions potentiellement comparables à l'inexécution d'un contrat conduit à un premier constat. Certaines d'entre elles proposent visiblement une spécificité du fait délictueux. Une sélection est ainsi opérée parmi les violations du contrat, pour ne retenir que celles assurant la finalité du droit pénal. Pour ce faire, le fait délictueux recèle un véritable particularisme. Les faits générateurs de responsabilité peuvent d'abord être distingués par les conditions de leur engagement. L'absence d'identité se manifeste par une divergence réciproque : le fait délictueux d'une infraction n'emporte pas nécessairement la caractérisation du fait générateur de responsabilité contractuelle et inversement. C'est ensuite l'appel aux valeurs traditionnellement protégées par le droit pénal qui permet de délimiter l'inexécution pénalement répréhensible. La doctrine propose alors de justifier l'intervention du droit pénal en matière contractuelle par l'atteinte à des valeurs connues du droit pénal. Cependant, si ce premier constat se révèle rassurant pour qui s'inquiète du risque de confusion des faits générateurs de responsabilité, il repose sur une vision partiellement incomplète du droit positif. L'observation des appréciations législative et jurisprudentielle de ces infractions invite le commentateur à élargir leurs champs d'application par le dépassement des valeurs traditionnellement attachées à ces textes, essentiellement par le recours à la protection de la confiance.

L'ouverture politique des incriminations à la protection de la confiance impose alors une nouvelle lecture des schémas infractionnels, qui aboutit à reformuler la présentation de l'inexécution pénalement répréhensible. Conjuguant l'actualisation et la proposition de critères propres au fait générateur de responsabilité, la légitimité comme la délimitation de cette catégorie d'infractions contractuelles apparaissent.

Un tri est ainsi opéré parmi les différentes violations du contrat pour ne retenir que celles caractérisant non seulement un comportement intentionnel mais aussi la méconnaissance d'une obligation contractuelle fondamentale. L'inexécution contractuelle pénalement répréhensible consiste ainsi, dans une première acception, en une violation intentionnelle d'une obligation contractuelle essentielle.

Le constat d'une identité absolue entre les faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale d'autres infractions contractuelles¹⁵⁹³ empêche inévitablement de leur étendre cette proposition. Il ne faut néanmoins pas en conclure que le droit pénal n'opère plus aucune sélection pour ces infractions et qu'il se contente de fournir sa sanction à n'importe quelle inexécution contractuelle. Cela suppose alors de rechercher l'objet de la sélection non plus dans la violation elle-même mais dans la spécificité de l'obligation violée.

¹⁵⁹³ V. la distinction présentée *supra*, n° 337.

Chapitre II - La violation ordinaire d'une obligation contractuelle particulière

430. Un particularisme non apparent. Le Code pénal est loin d'être le seul siège des comportements pénalement sanctionnés. Au contraire, les Codes de commerce, de la consommation ou encore du travail abritent d'innombrables infractions souvent qualifiées de techniques ou de réglementaires¹⁵⁹⁴. Comparées à l'inexécution d'un contrat, ces infractions témoignent de la possibilité d'une coïncidence fréquente avec le fait générateur de responsabilité contractuelle. Or, contrairement à la première catégorie d'infractions, la plupart des dispositions relevant de la réglementation ne recèlent aucune spécificité. Le législateur offre ainsi la sanction pénale à des comportements parfaitement identiques à celui d'une inexécution contractuelle contractuellement réparable. L'observation conjointe des faits pénal et contractuel impose donc de conclure à leur impossible dissociation. Faut-il alors en déduire que le droit pénal sanctionnerait purement et simplement la moindre inexécution contractuelle ? Malgré l'identité manifeste des faits générateurs de responsabilités pénale et contractuelle, il apparaît possible de nier cette déduction en affirmant la légitimité de cette identité.

431. Une légitimité identifiable. La pertinence de l'intervention du droit pénal au sujet des infractions ici envisagées ne peut donc être décelée dans l'originalité du comportement incriminé, qui constitue la réplique exacte de l'inexécution d'un contrat. Cependant, en déplaçant l'objet de l'analyse du fait de violation à l'obligation violée elle-même, un nouvel éclairage paraît possible. A cette fin, le droit pénal du travail ne peut que constituer le cœur de l'étude au vu du nombre incalculable d'infractions concernées par ce schéma. Les autres branches du droit pénal spécial, moins illustrant pour cette hypothèse, pourront toutefois, dès que le législateur en fournit l'occasion, confirmer les propositions formulées à propos des infractions du Code du travail.

¹⁵⁹⁴ V. par exemple, J.-J. De Bresson, *Inflation des lois pénales et législations ou réglementations techniques*, RSC 1985 p. 241.

Pour être affirmé, le particularisme de ces infractions en tout point semblable aux dispositions extra-pénales, doit en premier lieu être mesuré à l'aune de considérations techniques. Certes, les faits générateurs sont en tout point semblables mais les matières concernées par la sanction pénale proposent elles-mêmes une conception spécifique de la relation contractuelle dont la violation est sanctionnée. En second lieu, ce particularisme technique trouve une explication politique : loin de se contenter d'organiser de simples relations individuelles, les obligations dont la violation est réprimée pénalement peuvent être perçues comme participant de manière plus générale à l'organisation sociale.

Par suite, la sélection fonctionnelle jusqu'alors proposée doit être pérennisée pour ces infractions mais elle change de support. Le particularisme du fait pénal ne repose plus sur des spécificités formulées spécialement pour lui mais sur celles prévues par les matières qu'il sanctionne. Ainsi, si le comportement de violation est des plus ordinaires, l'obligation quant à elle révèle le particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible. Autrement dit, l'identité potentielle des faits générateurs (Section 1) ne permet pas de nier la légitimité de cette identité (Section 2), et par conséquent, de l'intervention du droit pénal.

Section 1- L'identité potentielle des faits générateurs

432. Le champ de l'analyse comparative. Le droit pénal du travail, et dans une moindre mesure, le droit pénal de la consommation, fournissent de nombreuses illustrations d'infractions dont le fait délictueux est constitué par la violation d'un contrat. Toutefois, toutes les dispositions pénales consacrées par ces codes ne peuvent être comparées au fait générateur de responsabilité pénale. Ainsi, chacune des huit parties du Code du travail contient des incriminations pénales et, plus spécialement, des délits et des contraventions¹⁵⁹⁵. De la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs¹⁵⁹⁶, à la répression de l'entrave aux institutions représentatives des salariés¹⁵⁹⁷, rares sont en effet les dispositions sociales qui échappent au droit pénal. Cependant, pour pouvoir être comparés, les faits générateurs de responsabilités doivent être comparables. Or, toutes les infractions du Code du travail ne

¹⁵⁹⁵ A l'exception des contraventions de 1^{ère} classe. V. A. Cerf-Hollender, *Consentement*, *Rép. civ. Dalloz*, 2007, n° 9.

¹⁵⁹⁶ Incriminations prévues par la quatrième partie du Code du travail. V. notamment, J.-F. Monereau, *Infractions liées à l'hygiène et à la sécurité*, *AJ. pén.* 2005, 16.

¹⁵⁹⁷ Incriminations prévues par la deuxième partie du Code du travail. V. notamment, P. Morvan, *Le droit pénal des institutions représentatives du personnel*, *Dr. soc.* 2000. 987.

coïncident pas avec la violation d'une obligation du contrat de travail. Le même constat peut être dressé au sujet du droit pénal de la consommation et plus précisément du droit pénal du crédit. Le législateur prévoit en effet de nombreuses dispositions relatives à la phase de formation du contrat, sans que ce stade n'ait à être dépassé pour caractériser l'infraction¹⁵⁹⁸. Une circonscription doit donc être effectuée pour ne retenir que les incriminations visant l'inexécution du contrat. Une fois réalisée, cette circonscription doit alors aboutir à la mise en exergue de l'identité des comportements visés par le droit pénal, le droit social ou de la consommation.

Ainsi, si l'identité est au préalable conditionnée par la recherche de comportements comparables (§1), elle devient manifeste une fois que l'analyse comparative peut être menée (§2).

§1- L'identité conditionnée des faits générateurs

433. Une double condition. L'analyse comparative des faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale suppose, pour être menée, de pouvoir retenir cette double qualification. Or, la première ne s'impose pas avec la force de l'évidence quand c'est le législateur qui prévoit lui-même l'obligation dont la violation est sanctionnée. Or, ce procédé est la règle en droit du travail. D'abord, le législateur encadre fréquemment la conclusion d'un contrat de prescriptions impératives assorties, pour certaines, de sanctions pénales¹⁵⁹⁹. Tantôt les textes interviennent pour modeler le contenu des obligations des parties, tantôt ils prescrivent l'accomplissement de certaines formalités¹⁶⁰⁰. Toutefois, dans toutes ces hypothèses, l'on ne saurait parler d'inexécution de l'entité contractuelle dans la mesure où ces prescriptions concernent seulement la phase de formation du contrat. La loi, dans ce cas, fournit donc un moule dans lequel le contrat devra s'intégrer afin de pouvoir être valable. A ce stade donc, le contrat n'est qu'en germe et l'on ne peut, par conséquent, envisager d'inexécution de celui-ci. Seules les dispositions relatives, ensuite, à la période de

¹⁵⁹⁸ La loi du 1^{er} juillet 2010 en propose, par exemple, plusieurs illustrations. Depuis le 1^{er} mai 2011, l'article L. 311-49 du Code de la consommation sanctionne le non-respect de différentes formalités imposées dans le cadre de l'offre de contrat de crédit.

¹⁵⁹⁹ Ce mécanisme d'incrimination existe aussi à l'étranger. Le droit belge notamment héberge, en matière sociale, de nombreuses infractions constituées par l'inexécution d'une obligation imposée par la loi à l'un des contractants. V. à ce sujet : P. Horion, *L'évolution des sanctions pénales en droit social belge*, in *Revue du travail*, 1963, p. 1149 et s.

¹⁶⁰⁰ La distinction est proposée en doctrine. V. M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 54 et s.

l'exécution du contrat sont susceptibles d'intéresser des développements relatifs à la situation contractuelle consécutive à la formation de l'entité contractuelle.

Cependant, pour considérer ces infractions comme impliquant une inexécution de l'entité contractuelle préalablement formée, il faut nécessairement pouvoir qualifier les obligations violées d'obligations contractuelles. Deux conditions s'imposent alors naturellement.

Pour que l'obligation soit considérée comme contractuelle, il faut nécessairement, tout d'abord, dépasser l'origine légale de l'obligation en acceptant qu'elle puisse être considérée comme contractuelle malgré sa source législative (A). De plus, et une fois cette première étape franchie, il est ensuite indispensable que le contrat soit envisagé par les textes à un stade précis, postérieur à sa formation et antérieur à sa disparition (B).

A- Le dépassement de la source de l'obligation

434. Les branches de l'alternative. Le principal argument susceptible d'être avancé à l'encontre d'une qualification contractuelle de l'obligation réside dans la source même de celle-ci. Le fait que le législateur soit à l'origine des obligations imposées aux contractants pourrait suffire à justifier l'exclusion d'une quelconque qualification contractuelle. Pourtant, il est également possible d'avancer que les obligations prescrites, certes par le législateur, n'ont vocation à s'appliquer qu'aux contractants et ce, en raison de cette qualité. Le choix de la solution ne s'impose pas avec évidence (1) et seule la position de la Cour de cassation permet d'élaborer un raisonnement relatif aux infractions ici concernées (2).

1) La nature discutée des obligations

435. Première branche de l'alternative. Certains auteurs considèrent que la responsabilité contractuelle ne peut être mise en jeu que par la violation d'une obligation résultant de la libre volonté des parties¹⁶⁰¹. Cette vision de l'obligation contractuelle permet de considérer que seules les obligations législatives dites facultatives sont de nature contractuelle. En effet, « la faculté de les écarter ou de les atténuer permet de fonder leur

¹⁶⁰¹ A. Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Th. Lyon, 1931, n° 177 et s. – *Adde* : M. Faure-Abbad, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, préc., n° 36 et s.

efficacité sur la volonté des parties »¹⁶⁰². En revanche, les parties ne peuvent exclure une obligation impérative dès lors que le contrat en cause correspond à celui mentionné par le texte ; elles ne sont pas libres de refuser ou d'accepter ces dispositions. Certains en déduisent alors que ces obligations ne peuvent recevoir la qualification d'obligations contractuelles¹⁶⁰³. Or, les sanctions pénales n'étant attachées qu'aux dispositions impératives, les infractions ne sauraient, par conséquent, être considérées comme exigeant une inexécution de l'entité contractuelle préalablement qualifiée. Le comportement consommant l'infraction ne serait ainsi qu'une violation de la loi. Par suite, le droit pénal pourrait être vu uniquement dans sa fonction de police, par la mise à disposition de la menace de sa sanction à une autre branche du droit.

436. Deuxième branche de l'alternative. A l'encontre de ces arguments, la doctrine majoritaire propose d'admettre la nature contractuelle des dispositions¹⁶⁰⁴ et ce, à l'appui de plusieurs arguments.

D'une part, les auteurs avancent l'idée selon laquelle toutes les obligations qui s'imposent aux contractants du fait du contrat qui les unit intègrent par ce fait même le contrat¹⁶⁰⁵. Les obligations sont certes d'origine légale, mais imposées uniquement aux contractants, dans le cadre de leur opération contractuelle¹⁶⁰⁶. C'est la raison pour laquelle certains estiment qu'« il serait étrange que le législateur, en plaçant impérativement une obligation dans le cercle du contrat, l'en fasse du même coup sortir »¹⁶⁰⁷.

¹⁶⁰² R. Rodière, *Etudes sur la dualité des régimes de responsabilité*, JCP 1950. I. 861, n° 23.

¹⁶⁰³ A. Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, préc., n° 177 et s. Pour une présentation du rôle de la volonté des parties dans la détermination des obligations contractuelles, v. G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 484.

¹⁶⁰⁴ V. de manière générale : J.-C. Saint-Pau, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations, J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 1155, fasc. 11-10, 2003, n° 54 : « elles restent en réalité contractuelles car leur naissance est évidemment subordonnée à l'existence d'une convention ». –Adde : P. Roubier, *Le droit transitoire*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1960, n° 84, selon lequel le salarié a certes un « statut légal » mais cela ne l'empêche pas d'être lié à son employeur par un contrat de travail.

¹⁶⁰⁵ R. Demogue, *L'obligation du vendeur à raison des inconvénients de la chose et de la responsabilité délictuelle entre contractants (A propos d'un arrêt de la Cour suprême du Canada)*, RTDciv. 1923, p. 657 : « Sont fautes contractuelles celles qui résultent de la violation de la loi qui donne au contrat tel ou tel effet [...]. Peu importe que les parties, dès qu'elles ont voulu le contrat, l'aient par leur silence, ou malgré elles, coulé dans le moule légal. Toutes les règles qu'il contient s'incorporent au contrat ». Dans le même sens, M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 57 ; J.-F. Quiévy, *Anthropologie juridique de la personne morale*, LGDJ, 2009, préf. D. Martin, n° 136 ; R. Rodière, *Etudes sur la dualité des régimes de responsabilité*, JCP 1950. I. 861, n° 24 et s.

¹⁶⁰⁶ L'imputation des infractions d'entreprise résulterait d'un pouvoir contractuel d'autorité. V. en ce sens, A. Coeuret, E. Fortis, *Droit pénal du travail*, préc., n° 228.

¹⁶⁰⁷ H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. T. I, 6^{ème} éd., Montchrestien, 1970, n° 171.

De manière plus pragmatique, d'autre part, certains proposent de retenir la qualification d'obligation contractuelle afin de soumettre à un même régime les différentes violations des devoirs des parties. Il paraît, en effet, difficile d'admettre que la prescription ou la compétence du tribunal diffèrent selon l'origine des obligations pourtant toutes imposées aux contractants¹⁶⁰⁸.

L'analyse comparative des faits générateurs de responsabilité est alors soumise à la ratification de cette seconde proposition. Or, la jurisprudence sociale n'a pas laissé ce conflit sans réponse puisque, par plusieurs décisions, les juges proposent de retenir la qualification contractuelle.

2) La nature affirmée des obligations

437. Le champ restreint de l'affirmation. S'est plusieurs fois posé devant la Cour de cassation le problème des conséquences de la violation par un contractant d'une disposition légale imposée à lui en vertu du lien contractuel. Si le droit des sociétés ou le droit de la consommation proposent des dispositions de la sorte, les juges ne se positionnent pas de manière claire en faveur de la nature contractuelle des obligations. En revanche, la Chambre sociale oriente nettement sa jurisprudence vers la qualification contractuelle. Plus précisément, les juges ont eu à déterminer la façon de régler l'inexécution d'une obligation légale imposée à l'employeur dans sa relation avec les salariés. De nombreuses dispositions sont, en effet, prévues dans le Code du travail afin de réglementer le rapport entre le salarié et son employeur. Il a alors fallu déterminer la nature de ces obligations. Que faire par exemple dans le cas où un employeur n'exécute pas son obligation d'adaptation d'un salarié à son poste de travail ? D'origine jurisprudentielle, l'obligation pour l'employeur d'assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail a été ratifiée par la loi du 19 janvier 2000, plusieurs fois modifiée, et finalement codifiée à l'article L. 932-2 du Code du travail. La source de cette obligation est aujourd'hui incontestable : c'est bien le législateur qui prescrit à une partie au contrat de travail un comportement particulier. Ceci dit, la violation de cette disposition doit-elle entraîner une sanction sur le terrain délictuel ou contractuel ? La même

¹⁶⁰⁸ En ce sens, R. Rodière, *Etudes sur la dualité des régimes de responsabilité*, préc., n° 25 : « il serait certainement inexpédient de scinder les effets du contrat et de soumettre à des prescriptions disparates ou à des compétences différentes la contravention à l'obligation de sécurité et la contravention à l'horaire promis au voyageur ».

question se posera chaque fois que le législateur impose des obligations aux contractants en vertu de cette qualité¹⁶⁰⁹.

438. Le caractère univoque de l'affirmation. Les juges de la Chambre sociale ne semblent plus hésiter et reconnaissent très explicitement la nature contractuelle de telles obligations. En effet, ils considèrent, à propos de ladite obligation d'adaptation, que sa violation caractérise « un manquement de l'employeur dans l'exécution du contrat »¹⁶¹⁰. L'obligation d'origine légale est ainsi considérée par les juges comme étant de nature contractuelle. D'autres arrêts de la Chambre sociale viennent conforter une telle qualification. Les juges ont estimé que la violation d'obligations imposées à l'employeur par la loi devait tantôt entraîner la résolution du contrat¹⁶¹¹ tantôt permettre d'engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 1147 du Code civil¹⁶¹². Or, pareilles associations au régime exclusivement réservé à l'inexécution d'un contrat corroborent l'affirmation de la nature contractuelle de l'obligation violée¹⁶¹³.

439. Bilan. Ainsi, si l'on s'en tient à la position constante des juges de la Chambre sociale, il est impossible de nier la nature contractuelle de ces obligations pourtant d'origine légale. La doctrine a alors recours à la formule d' « obligations contractuelles d'origine légale »¹⁶¹⁴. Cette qualification implique nécessairement une certaine vision de l'infraction sanctionnant la violation de ces obligations : il s'agit d'infractions comparables au fait

¹⁶⁰⁹ Pour une présentation des différentes hypothèses d'infractions de violation d'obligations contractuelles d'origine légale, v. *infra*, n° 432 et s.

¹⁶¹⁰ Cass. soc., 23 oct. 2007, Dr. soc., 2008. 126, obs. J. Savatier, RTDciv. 2008, p. 33, obs. A. Fabre, D. 2008, pan. p. 442, obs. J. Porta, SSL 24 déc. 2007, n° 1334, p. 10, note M.-C. Amauger-Lattes.

¹⁶¹¹ Cass. 15 mars 2000, RJS 6/00, n° 626 ; 15 mars 2006, n° 04-10.208 .D.

¹⁶¹² Cass. soc., 2 avr. 1997, Dr. soc., 1997. 528 ; 10 mai 2001, D. 2002. 1167, note I. Desbarats ; 10 juil. 2002, Dr. soc., 2002. 1010, obs. J. Savatier ; 26 avr. 2006, Bull. civ. V, n° 146 ; 12 mars 2008, D. 2008, AJ. p. 994.

¹⁶¹³ Le droit pénal du travail pourrait également être envisagé par le biais de la méconnaissance d'une convention collective. En effet, sa violation emporte l'engagement de la responsabilité contractuelle (V. F. Gaudu, R. Vatinet, *Les contrats de travail*, préc., n° 590 : « les parties à la convention collective engagent leur responsabilité civile contractuelle lorsqu'elles n'exécutent pas les clauses qui les lient personnellement ». V. par ex. : Cass. soc., 21 mars 1973, Bull. civ., n° 175). Les infractions pouvant correspondre à l'inexécution d'un contrat sont également très nombreuses. En matière de rémunération par exemple, constitue une contravention de 4^{ème} classe le fait de payer des salaires inférieurs à ceux fixés par une convention ou un accord collectif étendu (art. R. 2263-3) ou de méconnaître des stipulations conventionnelles étendues relatives aux accessoires du salaire (art. R. 2263-4). Est puni des mêmes peines, par renvoi, le paiement de salaires inférieurs à ceux fixés par une sentence arbitrale ou un accord de conciliation ou de médiation ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension (art. R. 2525-2). L'article L. 2263-1 (anc. art. L. 153-1) généralise l'incrimination de la violation de dispositions conventionnelles en disposant : « 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 ».

¹⁶¹⁴ V. notamment, P. Durand, *Traité de droit du travail*. T. II, Dalloz, 1950, n° 91 et s., M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 52 et s.

générateur de responsabilité contractuelle. Cette affirmation commande alors de comparer les infractions concernées aux inexécutions d'un contrat.

Cependant, la qualification de fait générateur de responsabilité contractuelle doit également dépasser un autre obstacle, qui relève du moment auquel intervient l'obligation faite aux parties. Cette obligation se trouve en effet inévitablement circonscrite à la durée de vie du contrat.

B- La détermination temporelle de l'obligation

440. La circonscription des infractions. Pour que l'infraction puisse être comparée à une inexécution contractuelle, le fait délictueux doit correspondre à la méconnaissance d'une obligation certes prévue par la loi, mais imposée à l'un des contractants en raison de cette qualité. Or, pour qu'un contrat puisse être violé, il doit être formé et ne pas avoir encore disparu. La qualification d'obligation contractuelle suppose ainsi, d'une part que l'on ait dépassé le stade de la formation du contrat (1), mais aussi d'autre part, que la relation contractuelle existe toujours (2).

1) La violation d'un contrat formé

441. L'exclusion des infractions précontractuelles. A l'instar de la première catégorie d'infractions d'inexécution contractuelle¹⁶¹⁵, certaines dispositions des législations techniques anticipent la naissance du contrat en se plaçant en amont de l'échange des consentements. Le droit du travail abrite en effet de nombreuses dispositions ne dépassant pas le stade de la formation du contrat. Tel est le cas par exemple de l'article L.1146-1 du Code du travail qui sanctionne de peines délictuelles la méconnaissance des dispositions de l'article L.1142-1 du même code. Conjuguées, ces dispositions aboutissent à réprimer pénalement notamment le fait de « mentionner ou de faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe ou la situation de famille du candidat recherché »¹⁶¹⁶. Le législateur réprime ainsi un comportement discriminatoire¹⁶¹⁷ antérieur à la conclusion du contrat. Cette infraction ne peut

¹⁶¹⁵ V. *supra*, n° 337.

¹⁶¹⁶ Cass. soc., 23 oct. 2007, Dr. soc., 2008. 126, obs. J. Savatier ; RTDciv. 2008, p. 33, obs. A. Fabre ; D. 2008, pan. 442, obs. J. Porta ; SSL 24 déc. 2007, n° 1334, p. 10, note M.-C. Amauger-Lattes.

¹⁶¹⁷ V. sur ce type de discrimination, A. Coeuret, E. Fortis, *Droit pénal du travail*, préc., n° 652.

alors recevoir la qualification d'inexécution contractuelle pénalement répréhensible. Une telle qualification est également exclue pour une multitude d'infractions relatives aux contrats de crédit, qui sanctionnent la méconnaissance de dispositions visant la période antérieure à l'acceptation¹⁶¹⁸. En revanche, de nombreuses dispositions autorisent, par le moment auquel elles se placent dans la vie du contrat, la qualification d'obligation contractuelle.

442. L'illustration d'infractions d'inexécution contractuelle. Parmi les nombreuses dispositions pénales du Code du travail, le législateur consacre une partie importante aux relations de travail entre l'employeur et ses salariés. La troisième partie de ce code s'attache notamment à réglementer la durée du travail, les repos et les congés. Or, le livre I abrite une multitude d'infractions consistant en la méconnaissance des règles légales et conventionnelles relatives au quota d'heures supplémentaires¹⁶¹⁹, aux durées légales quotidiennes et hebdomadaires du travail¹⁶²⁰ ou encore au travail de nuit¹⁶²¹. Les contraventions concernant le repos sont également abondantes, qui concernent tant la durée minimale du repos quotidien¹⁶²² que le repos hebdomadaire et dominical¹⁶²³. Toutes ces incriminations, auxquelles peuvent notamment s'ajouter celles relatives à la santé et la sécurité des travailleurs, requièrent la formation du contrat et sont par conséquent susceptibles d'être associées à la qualification d'inexécution contractuelle pénalement répréhensible. Le droit pénal de la consommation fournit, certes en nombre nettement plus limité, des illustrations de la prise en compte de l'inexécution du contrat de crédit. L'encadrement législatif des crédits aux particuliers n'a pas exclu le droit pénal qui dispose désormais de son lot d'incriminations visant à sanctionner le non-respect de dispositions prévues par le Code de la consommation. Largement consacrées à la phase de formation du contrat, ces infractions envisagent toutefois quelques comportements commis lors de la phase d'exécution du contrat. En cas de remboursement anticipé d'un prêt immobilier notamment, l'article L. 312-23 du Code de la

¹⁶¹⁸ L'article L. 312-34 du Code de la consommation sanctionne ainsi, en matière de crédit immobilier, le prêteur ou le bailleur qui accepte de recevoir de l'emprunteur ou du preneur les versements proscrits avant l'acceptation du contrat par les articles L. 312-11 et L. 312-28. Plus généralement, le contrat de crédit mobilier abonde de contraventions mais aussi de délits qui peuvent être commis avant qu'il ne soit effectivement conclu (v. les comportements sanctionnés par l'article L. 311-49 du Code de la consommation). Ces infractions concernent tant l'information du consommateur que la liberté de décision de celui-ci. V. pour cette distinction : A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, préc., n° 956 et 957. –Adde : A. Lepage, *Les paradoxes du formalisme informatif*, in *Etudes de droit de la consommation : Liber Amirocum*, J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 597 et s. ; G. Raymond, « Crédit-Formalisme-Sanctions en droit de la consommation », in *La sanction du droit*, in *Mélanges offerts à P. Couvrat : la sanction du droit*, PUF, 2001, p. 439 et s.

¹⁶¹⁹ Art. R. 3124-1 et R. 3124-2.

¹⁶²⁰ Art. R. 3124-3, R. 3124-11, R. 3124-13.

¹⁶²¹ Art. R. 3124-15 et R. 3124-16.

¹⁶²² Art. R. 3135-1.

¹⁶²³ Art. R. 3135-2.

consommation impose au prêteur l'obligation de ne pas demander à l'emprunteur le versement d'une somme autre que celle prévue par l'article L. 312-21. L'article L. 312-35 du même code sanctionne alors d'une peine d'amende le fait de méconnaître cette obligation.

Ainsi, le droit pénal abonde d'infractions visant un stade postérieur à la formation du contrat. Toutefois, pour être comparées à une inexécution contractuelle, les infractions doivent également intervenir avant la disparition du contrat et donc sanctionner la violation d'un contrat non éteint.

2) La violation d'un contrat non éteint

443. La question des règles relatives au licenciement. La rupture du contrat de travail fait l'objet d'une réglementation particulièrement importante. Or, la plupart des obligations imposées à l'employeur dans le cadre de cette opération reçoivent le soutien du droit pénal. Autrement dit, la violation de ces dispositions emporte le prononcé de sanctions pénales. Le législateur prévoit ainsi de telles sanctions pour la violation de dispositions relatives aux critères d'ordre des licenciements¹⁶²⁴, à la délivrance d'un certificat au salarié à l'expiration du contrat¹⁶²⁵, ou encore à l'information de l'autorité administrative en cas de licenciement économique¹⁶²⁶. Doit-on alors considérer ces infractions¹⁶²⁷ comme constitutives d'une inexécution contractuelle ?

444. L'inclusion des règles relatives au licenciement. La qualification de violation d'obligation contractuelle d'origine légale dépend alors du second critère : il faut déterminer si au moment où s'imposent les obligations, le contrat existe toujours. Il semble qu'il faille considérer les prescriptions impératives comme contractuelles tant qu'elles s'imposent à l'employeur du fait de l'existence d'un contrat. Or, les règles concernant le licenciement visent certes la fin du contrat mais demeurent relatives à ce dernier. Il s'agit, en effet, de réglementer la rupture du contrat de travail, rupture qui postule l'existence du lien rompu¹⁶²⁸.

¹⁶²⁴ C. trav., art. R. 1238-1.

¹⁶²⁵ C. trav., art. R. 1238-3.

¹⁶²⁶ C. trav., art. R. 1238-2 et -3.

¹⁶²⁷ J.-B. Cottin et P. Garcia, *Infraction du salarié et rupture du contrat de travail*, LPA 2006, n° 130, p. 6.

¹⁶²⁸ La présentation des règles relatives au licenciement au sein de l'étude de l'exécution du contrat de travail corrobore ce point de vue. V. par exemple : A. Mazeaud, *Contrat de travail (Exécution)*, Rép. trav., Dalloz 1993, n° 19 et s.

Les obligations encadrant cette phase du contrat doivent alors être considérées comme contractuelles.

445. Bilan. La circonscription temporelle des infractions potentiellement concernées par la comparaison avec l'inexécution du contrat autorise finalement cette opération pour une multitude de textes. Or, de manière générale, les infractions impliquant la qualification d'inexécution contractuelle pénalement répréhensible se caractérisent par une identité des faits générateurs de responsabilités pénale et contractuelle.

§2- L'identité avérée des faits générateurs

446. Une double identité. Traditionnellement, une infraction réunit en un même texte la description du comportement incriminé et la sanction qui lui est attachée. Ce principe d'unité est toutefois plus ou moins mis à mal lorsque l'infraction siège en dehors du Code pénal. Le droit pénal du travail incarne de manière emblématique pareille dérogation. En effet, à l'exception de certaines dispositions, le Code du travail propose un éclatement des incriminations qui aboutit finalement à sanctionner pénalement la méconnaissance des dispositions sociales plus tôt exposées. Ainsi, formellement d'une part, une identité apparaît entre le fait délictueux et la violation d'une obligation contractuelle d'origine légale.

Ce premier constat conduit alors au second, celui de leur identité substantielle : du point de vue matériel, comme du point de vue moral, aucune spécificité pénale ne peut être identifiée.

Si le droit pénal du travail abonde d'illustrations en ce sens, le droit pénal de la consommation fournit également ponctuellement, par la réglementation du crédit, l'occasion de prendre la mesure de cette identité. Ainsi, le particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible mis en exergue à propos de la première catégorie d'inexécution contractuelles¹⁶²⁹ est contredit par le schéma de nombreuses infractions, non seulement en raison d'une identité formelle (A) mais aussi matérielle des faits générateurs (B).

¹⁶²⁹ V. *supra*, n° 338 et s.

A- L'identité formelle des faits générateurs

447. Le particularisme de l'élément constituant. Théoriquement, une incrimination consiste « à ériger un comportement déterminé (non pas nécessairement en crime) mais en infraction, en déterminant les éléments constitutifs de celle-ci et la peine applicable »¹⁶³⁰. Conformément au caractère technique de la législation du travail et du crédit¹⁶³¹, la plupart des textes qui visent une sanction pénale se bornent, pour définir le comportement pénalement répréhensible, à un renvoi aux dispositions techniques, non pénales, régissant la matière¹⁶³². En revanche, cette originalité trouve une application plutôt réduite en droit pénal des sociétés¹⁶³³. Le législateur envisage, en effet, quelques dispositions dites de renvoi¹⁶³⁴ mais la plupart des infractions proposent, dans un texte autonome, tant l'incrimination que la sanction.

Ce procédé d'incrimination, s'il participe inévitablement à l'identité des faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale, se démarque des infractions classiques du Code pénal (1) et révèle ses limites au regard des principes de la matière (2).

1) Un procédé d'incrimination original

448. Le principe du renvoi. Si le Code pénal n'ignore pas le procédé du renvoi d'un texte à un autre, cette démarche reste ponctuelle et surtout¹⁶³⁵ relative à la définition d'une notion¹⁶³⁶. En revanche, les deux branches du droit pénal spécial ici concernées proposent de

¹⁶³⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc., « Incrimination ».

¹⁶³¹ J.-J. de Bresson, *Inflation des lois pénales et législations ou réglementations « techniques »*, RSC 1985, p. 241.

¹⁶³² V. pour ce même bilan, M. Bruschi, *La législation par référence dans le Code de la consommation : le puzzle et l'échiquier*, RRJ 1997-4, p. 1247.

¹⁶³³ V. en ce sens, Ph. Conte, W. Jeandidier, *Droit pénal des sociétés commerciales*, Litec, 2004, n° 11.

¹⁶³⁴ V. par exemple : C. com., art. L. 247-3 : « Est puni d'une amende de 18 000 euros le fait, pour les présidents, les administrateurs, les membres du directoire, les directeurs généraux ou les gérants de sociétés, de contrevenir aux dispositions des articles L. 233-29 à L. 233-31 ».

¹⁶³⁵ Seuls quelques textes envisagent la présentation des éléments constitutifs par le procédé du renvoi. V. par ex. l'article 432-14 qui sanctionne par le délit de favoritisme le fait de procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié « par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ».

¹⁶³⁶ Par exemple, les articles 121-6 et R. 610-2 visent le complice qui doit être entendu « au sens de l'article 121-7 ». De manière encore plus évidente, le législateur expose une définition applicable à l'ensemble d'un chapitre (l'article 113-1 définit le territoire de la République « pour l'application du présent chapitre ») ou d'une section (l'article 222-41 définit les stupéfiants « au sens des dispositions de la présente section »).

nombreuses dispositions n'ayant pour vocation qu' à relier la violation d'un texte à l'énoncé d'une sanction pénale¹⁶³⁷.

Ainsi, en lieu et place d'une définition des éléments constitutifs de l'infraction, la disposition pénale se contente d'affirmer que « toute violation » ou « tout manquement » à l'obligation visée « est punis de... ». De manière presque caricaturale, l'article L. 4741-1 du Code du travail dispose qu'en matière de santé et de sécurité¹⁶³⁸, « est puni d'une peine d'amende de 3750 euros, le fait pour l'employeur ou le préposé de méconnaître par sa faute personnelle les dispositions suivantes et celles des décrets pris en Conseil d'Etat pris pour leur application : 1° Titres 1^{er}, III et IV ainsi que chapitre III et section II du chapitre IV du titre V du livre 1^{er}, 2° Titre II du livre II, 3° Livre III ». Conformément à cette illustration, la plupart des dispositions pénales de ce code s'illustrent par « la référence faite par et dans un texte à un autre texte »¹⁶³⁹ pour définir le comportement pénalement répréhensible.

Le Code de la consommation n'est pas en reste et, pour ce qui concerne l'inexécution d'un contrat de prêt, le législateur se contente d'un renvoi formel à la disposition dont la méconnaissance fait l'objet de sanctions pénales¹⁶⁴⁰.

449. Vertus de la procédure de renvoi. Indépendamment de l'évidente identité formelle des faits générateurs manifestée par le procédé de renvoi, les auteurs défendent cette méthode en en présentant plusieurs vertus. D'une part, le renvoi est présenté comme indispensable lorsqu'il sert à référencer plusieurs dispositions, voire plusieurs chapitres¹⁶⁴¹. D'autre part, ce dernier apparaît comme un facteur de simplification du droit¹⁶⁴² en limitant la diversification des règles¹⁶⁴³.

450. Typologies du renvoi. Toutefois, en matière pénale, le procédé prend parfois des allures de labyrinthe. En effet, si certaines incriminations se contentent d'un renvoi simple à une disposition technique¹⁶⁴⁴, d'autres subordonnent leur compréhension à la lecture de

¹⁶³⁷ Il faut toutefois relever que le Code du travail entré en vigueur le 1^{er} mai 2008 a supprimé certaines utilisations de ce procédé de renvoi. Ce dernier demeure toutefois prédominant, particulièrement en matière de contraventions. V. A. Cerf-Hollender, *Consentement, Rép. civ. Dalloz*, 2007, n° 53.

¹⁶³⁸ Autrefois associées à « l'hygiène et la sécurité ».

¹⁶³⁹ S. Cimamonti, « Législation par référence et nouveau Code pénal », RRJ 1997-4, p. 1253.

¹⁶⁴⁰ V. les articles L. 132-32 et L. 132-33 du Code de la consommation.

¹⁶⁴¹ V. notamment, N. Molfessis, *Le renvoi d'un texte à un autre*, RRJ 1997-4, p. 1193, spéc. p. 1197.

¹⁶⁴² J.-L. Bergel, *Vices et vertus de la législation par référence*, , p. 1209.

¹⁶⁴³ V. G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2005, n° 79.

¹⁶⁴⁴ V. par ex. art. L. 8234-1 du code du travail, qui renvoie à la définition du marchandage posée par l'art. L. 8231-1.

plusieurs articles. Cette qualification de renvoi complexe peut alors s'illustrer par divers schémas.

Il peut d'abord résulter d'un renvoi en cascade, le texte de renvoi faisant référence à son tour à d'autres dispositions¹⁶⁴⁵. Ensuite, le renvoi est dit complexe lorsqu'il s'effectue au profit, non pas d'un ou plusieurs articles, mais de parties entières du code¹⁶⁴⁶. Enfin, la complexité du renvoi trouve son point d'orgue lorsque le législateur sanctionne la méconnaissance « notamment » de certaines dispositions sans vocation à l'exhaustivité¹⁶⁴⁷.

Or, au vu des exigences du principe de légalité criminelle, les différents atouts associés à la méthode du renvoi ne peuvent emporter la conviction sans nuance en ce qui concerne les branches dites réglementaires du droit pénal. En effet, malgré la technicité de la matière, un texte d'incrimination doit se soumettre aux directives pénales, quel que soit le code dans lequel il siège. Or, confronté à ces dernières, un tel procédé se révèle pour le moins critiquable.

2) Un procédé d'incrimination condamnable

451. Les contre-indications purement pénales. Les commentaires habituellement adressés à l'endroit de la technique du renvoi sont rarement élogieux. La doctrine lui reproche notamment de participer à l'hermétisme et la complexité du droit¹⁶⁴⁸. Ces critiques se trouvent toutefois, aux yeux de certains auteurs, contrebalancées par les vertus qui lui sont associées¹⁶⁴⁹. Cette conclusion paraît en revanche exclue en matière pénale. La condamnation prend, en effet, un relief particulier en la matière en raison de ses directives spécifiques. Tout d'abord, l'infraction pénale contient en principe une incrimination et une sanction¹⁶⁵⁰. Or, la qualification d'incrimination paraît plutôt inadaptée pour les infractions de violation d'une obligation contractuelle d'origine légale.

¹⁶⁴⁵ V. par ex. l'incrimination du travail dissimulé : art. L. 8224-1, qui renvoie à art. L. 8221-1, qui renvoie aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5.

¹⁶⁴⁶ Les infractions en matière de santé et de sécurité en sont l'exemple topique : v. art. L. 4741-1 qui renvoie à la quasi-totalité de la quatrième partie du Code du travail.

¹⁶⁴⁷ V. A. Cerf-Hollender, *Consentement*, *Rép. civ. Dalloz*, 2007, n° 54.

¹⁶⁴⁸ M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires*, préc., p. 235 ; D. Le Ninivin, *Les discordances de la qualification par décret*, *JCP* 1980, I. 2982, spéc. n° 12. – Adde : A. Viandier, *La crise de la technique législative*, *Droits* n° 4, p. 75 et s., spéc. p. 77.

¹⁶⁴⁹ V. *supra*, n° 449.

¹⁶⁵⁰ V. par ex. : Ph. Conte, *Droit pénal général*, préc., n° 215 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, préc., n° 203.

452. La délicate qualification d’incrimination. Le procédé utilisé pour les infractions de renvoi implique, dans un premier temps, un doute sur la qualification d’incrimination. En effet, le texte prévoit une sanction mais, contrairement aux infractions plus classiques, aucun comportement n’est précisément décrit. Il s’agit seulement d’énoncer que la méconnaissance ou la violation de telle disposition est punie de telles peines. Le comportement pénalement réprimé n’est ainsi pas expressément énoncé dans le texte prévoyant la sanction mais dans un autre texte dénué de toute coloration pénale. Or, l’essence même d’une incrimination est de définir les éléments de l’infraction : « C’est la définition de l’activité ou de l’abstention répréhensible ; c’est la description d’une certaine conduite humaine »¹⁶⁵¹. Il est alors permis de douter de l’application de cette définition aux infractions de violation d’obligations contractuelles d’origine légale. La seule façon de considérer ces textes comme des incriminations serait d’envisager la seule mention du manquement comme la prescription d’un comportement particulier. Cependant, cette proposition peut ne pas convaincre et, même en y adhérant, des critiques doivent être formulées.

En effet, dans un second temps, et de manière plus pragmatique, le législateur se voit imposer une exigence particulière d’accessibilité de la matière. Or, les hésitations plutôt théoriques relatives à la qualification d’incrimination trouvent un écho pratique manifeste quant à cette directive.

453. Le délicat accès à l’infraction. Toute l’efficacité du droit pénal repose sur le principe selon lequel « nul n’est censé ignorer la loi »¹⁶⁵² : « l’observation des lois ne peut dépendre en effet de la seule bonne volonté de ceux qui y sont soumis »¹⁶⁵³. A cette fin, le droit pénal impose au législateur des incriminations « définies en termes clair et précis pour exclure l’arbitraire ». Le Conseil Constitutionnel le rappelle de manière constante depuis 1981¹⁶⁵⁴. De telles exigences s’imposent avec d’autant plus de rigueur que le droit pénal

¹⁶⁵¹ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 181. Dans le même sens, Ph. Conte, *Droit pénal général*, préc., n° 219. L’auteur fait référence à l’article 111-3 du Code pénal qui insiste sur cette idée de définition : « nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas *définis* par la loi, ou par une contravention dont les éléments ne sont pas *définis* par une contravention ».

¹⁶⁵² *Nemo censetur ignorare legem*. La présomption de connaissance de la loi est d’origine jurisprudentielle puisque dès le Code de 1810, la Cour de cassation jugeait que « l’ignorance de la loi ne saurait être une cause de justification » (Cass. crim., 4 mars 1986, Bull. crim., n° 87).

¹⁶⁵³ E. Dreyer, *Droit pénal général*, préc., n° 260.

¹⁶⁵⁴ Cons. Const. n° 80-127, 19-20 janv. 1981, D. 1982 jurist. p. 441, note A. Dekeuwer. V. depuis : Cons. Const. n° 98-401, 10 juin 1998, D. 2000, somm. p. 60, obs. L. Favoreu. – *Adde* : v. B. Matthieu, *La sécurité juridique : un produit d’importation d’origine made in France*, D. 2000. Point de vue. VII.

atteint les libertés individuelles¹⁶⁵⁵. Or, la technique d'incrimination par renvoi, systématisée en droit pénal du travail et de la consommation, révèle d'importants obstacles à la réalisation de cet objectif d'accessibilité¹⁶⁵⁶. En effet, les auteurs déplorent logiquement une difficulté évidente dans le repérage des textes indispensables à la reconstitution de l'infraction¹⁶⁵⁷.

Un exemple peut suffire à illustrer une telle difficulté pratique : l'article L. 4741-9 du Code du travail sanctionne la méconnaissance de plusieurs dispositions dudit code mais également des décrets en Conseil d'Etat pris pour leur application¹⁶⁵⁸. Ainsi, l'infraction, pour être comprise, suppose de prendre connaissance non seulement des textes législatifs mais également du contenu de nombreux décrets¹⁶⁵⁹. Au-delà de l'éparpillement des dispositions nécessaires à l'appréhension du comportement pénalement répréhensible¹⁶⁶⁰, « le caractère technique des dispositions servant de base à l'incrimination peut poser un problème d'interprétation »¹⁶⁶¹. Pourtant, le Conseil constitutionnel a déclaré cette technique d'incrimination conforme au principe de la légalité criminelle¹⁶⁶².

En définitive, les vertus générales de la technique du renvoi ne semblent pas suffisamment contrebalancer les obligations propres à la matière pénale. Ce sont donc les spécificités de cette matière qui rendent le procédé du renvoi condamnable et confortent l'idée que « la technique de la législation par référence n'est ni à préconiser ni à proscrire aveuglément. Elle est à apprécier au cas par cas »¹⁶⁶³.

Abordée du point de vue de la comparaison des faits générateurs, cette méthode impose nécessairement une vision uniforme des comportements pénalement répréhensibles et contractuellement réparables. Ainsi, contrairement à la première catégorie d'infractions d'inexécution contractuelle, le droit pénal du travail semble refuser le particularisme pénal. Une telle conclusion, de prime abord gênante au regard des fonctions respectives des deux matières, est confirmée par l'étude des éléments constitutifs des infractions concernées.

¹⁶⁵⁵ V. pour l'adoption d'une telle logique : CEDH 2 août 1984, *Malone c/ RU*, §7, Req. 8691/79.

¹⁶⁵⁶ Sur l'ensemble de la question de la réception par le droit pénal du travail du principe de légalité et de ses corollaires, v. A. Cerf-Hollender, *Le déclin du principe de la légalité criminelle en droit pénal du travail*, th. Montpellier I, 1992.

¹⁶⁵⁷ A. Coeuret, E. Fortis, *Droit pénal du travail*, préc., n° 438 : « Il y a en pratique une difficulté purement matérielle de collecte des différents éléments de l'infraction qui obscurcit le domaine des sanctions pénales ».

¹⁶⁵⁸ Est puni d'une amende de 3 750 euros, le fait pour toute personne autre que celles mentionnées à l'article L. 4741-1, de méconnaître par sa faute personnelle les dispositions des articles L. 4311-1 à L. 4311-4, L. 4314-1, L. 4321-2, L. 4321-3, L. 4411-1, L. 4411-2, L. 4411-4 à L. 4411-6, L. 4451-1 et L. 4451-2 et celles des décrets en Conseil d'Etat pris pour leur application.

¹⁶⁵⁹ V. par ex. le décret n° 2002-460 du 4 avril 2002 relatif à la protection des personnes contre les dangers des rayonnements ionisants.

¹⁶⁶⁰ En ce sens, notamment : X. Pin, *Droit pénal général*, préc., n° 56.

¹⁶⁶¹ G. Auzero, *Travail. Santé et sécurité au travail, J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 50, 2008, n° 8.

¹⁶⁶² Cons. cons. n° 82-145 du 10 nov. 1982, JO 11 nov.

¹⁶⁶³ J.-L. Bergel, *Vices et vertus de la législation par référence*, préc., p. 1215.

B- L'identité substantielle des faits générateurs

454. Caractères des deux éléments constitutifs. Les infractions réprimant la violation d'une obligation contractuelle d'origine légale n'ont pas comme seul trait commun le procédé de renvoi. Les composantes de l'activité délictueuse présentent elles-mêmes des caractéristiques générales, impossibles à distinguer du fait générateur d'inexécution contractuelle. Certes, l'ensemble de ces infractions ne se fond pas de manière absolue dans le même moule. Toutefois, plusieurs particularités peuvent être relevées de manière quasi constante dont l'originalité renforce l'intérêt. En effet, que ce soit du point de vue de l'élément matériel (1) ou de l'élément moral (2), ces infractions d'inexécutions présentent une certaine uniformité qui corrobore l'identité des faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale.

1) Un élément matériel commun

455. La logique de l'uniformité. L'observation des infractions à même d'être comparées à l'inexécution d'un contrat de travail révèle que le comportement assuré par la sanction pénale¹⁶⁶⁴ n'est autre que celui prescrit par le Code du travail. Ce constat ne peut surprendre, qui résulte inévitablement de l'identité formelle des faits générateurs¹⁶⁶⁵. Le législateur fait ainsi le choix d'associer la sanction pénale à la méconnaissance pure et simple d'une disposition sociale. La liste des infractions en ce sens ne peut être exhaustive tant le Code du travail adopte cette méthode.

456. L'illustration de l'uniformité. Parmi les innombrables infractions envisagées dans le Code du travail le législateur accorde son intérêt à l'organisation du temps de travail et son corollaire, le repos¹⁶⁶⁶. En souscrivant systématiquement au modèle de l'infraction de

¹⁶⁶⁴ La formule veille à insister sur la nature de ces infractions : elles visent principalement une omission constituée par la méconnaissance de la prescription sociale. V. *infra*, n° 457.

¹⁶⁶⁵ V. *supra*, n° 447 et s.

¹⁶⁶⁶ La notion d' « infraction à la durée du travail » (A. Coeuret, E. Fortis, *Droit pénal du travail*, préc., n° 741) doit cependant être réservée aux textes relatifs au temps de travail *stricto sensu* à l'exclusion de celles visant le repos. Cette appellation conduit à une particularité procédurale : l'établissement d'un troisième exemplaire du procès-verbal dressé par l'inspecteur du travail et remis au contrevenant (C. trav., art. L. 8113-7 al. 3). Or, le juge pénal affirme que cette procédure dérogatoire ne s'applique pas aux infractions aux règles de repos

réglementation, ces incriminations proposent des exemples topiques de l'identité matérielle des faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale. Que ce soient des infractions sanctionnant la méconnaissance de règles générales ou spéciales, le texte se contente de présenter le comportement comme « le fait de méconnaître les dispositions relatives... ». Ainsi en est-il des contraventions aux règles générales des durées hebdomadaire et quotidienne maximale du travail¹⁶⁶⁷ ainsi qu'à propos notamment du travail de nuit¹⁶⁶⁸, ou des jeunes travailleurs¹⁶⁶⁹.

La recherche d'un particularisme technique propre au fait délictueux se révèle alors indiscutablement vaine ; le droit pénal du travail propose de sanctionner précisément l'attitude constitutive matériellement du fait générateur de responsabilité contractuelle. Ce constat, en plus d'empêcher la reconnaissance d'une légitimité pénale de la prise en compte d'inexécution contractuelles, participe à l'originalité de cette branche du droit pénal spécial.

457. Les conséquences de l'uniformité. Contrairement à la première catégorie d'infractions comparables à l'inexécution d'un contrat, celles dites de réglementation ne peuvent justifier l'intervention du droit pénal par le particularisme matériel du fait générateur. La comparaison des comportements aboutit, en effet, au constat d'une parfaite identité. Cette dernière conduit, en revanche, le droit pénal à proposer un particularisme par rapport au schéma comportemental classiquement retenu pour la plupart des infractions.

D'une part, l'élément matériel des infractions de réglementation conduit à les qualifier d'infractions d'omission « résultant du non-respect d'obligations de faire imposées par la loi ou le règlement »¹⁶⁷⁰. Or, le droit pénal classique s'illustre par la prime faite aux infractions de commission¹⁶⁷¹, qui s'explique non seulement par des besoins d'accessibilité de la

hebdomadaire et dominical (Cass. crim., 10 fév. 1998, Juris-Data n° 005198, CA Paris, 29 nov. 1999, Juris-Data, n° 103704, JCP E. 2000. 1131, obs. E. Fortis).

¹⁶⁶⁷ C. trav., art. R. 3124-3 : « Le fait de méconnaître les dispositions relatives à la durée légale hebdomadaire et à la durée quotidienne maximale du travail prévues par les articles L. 3121-10 et L. 3121-34 ainsi que celles des décrets prévus par les articles L. 3121-52 et L. 3122-46, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe ».

¹⁶⁶⁸ C. trav., art. R. 3124-15 : « Le fait de méconnaître les dispositions relatives au travail de nuit prévues par les articles L. 3122-29 à L. 3122-45, L. 3163-1 et L. 3163-2 ainsi que celles des décrets pris pour leur application, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction ».

¹⁶⁶⁹ C. trav., art. L. 3124-13 : « Le fait de méconnaître les dispositions de l'article R. 3121-23, relatives à la durée maximale hebdomadaire absolue, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction ».

¹⁶⁷⁰ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, par A. Vitu, préc., n° 1118.

¹⁶⁷¹ V. notamment : Y. Mayaud, *Droit pénal général*, préc., n° 167 ; X. Pin, *Droit pénal général*, préc., n° 146.

matière¹⁶⁷² mais aussi dans une optique de préservation des libertés individuelles¹⁶⁷³. Les illustrations de cette dérogation au schéma infractionnel classique sont nombreuses. Le corps de règles relatif à l'hygiène et la sécurité du travailleur en témoigne, qui vise à sanctionner la méconnaissance d'obligations édictées par la législation ou la réglementation. Des peines délictuelles sont ainsi prononcées en cas de défaut de mise en place d'un protocole de sécurité prescrit par arrêté¹⁶⁷⁴. Le législateur prévoit également un panel de contraventions visant à sanctionner le non-respect de l'obligation de transcrire et de mettre à jour les résultats de l'évaluation des risques¹⁶⁷⁵ pour la santé et la sécurité des travailleurs ou encore le non-respect de la mise en demeure prévue à l'article L. 4721-1¹⁶⁷⁶.

Riche en termes d'infractions d'omission, le droit pénal du travail assure, d'autre part, son originalité par le caractère continu de nombre d'entre elles¹⁶⁷⁷. Les mêmes exemples peuvent alors être retenus pour illustrer « cette vocation à durer »¹⁶⁷⁸ tout comme certaines dispositions relatives au repos hebdomadaire¹⁶⁷⁹.

Ainsi, si le particularisme de ce type d'infractions est prégnant par rapport aux infractions classiques du Code pénal, aucune spécificité ne peut au contraire être relevée lorsque le fait délictueux est matériellement comparé au fait générateur de responsabilité contractuelle. De même, l'état d'esprit requis pour ces infractions ne permet pas non plus de parvenir à dissocier l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible de l'inexécution civilement réparable.

¹⁶⁷² « Il faut dire que l'action est dans son principe plus facile d'entendement et d'accès que l'omission. Par hypothèse, elle renvoie à des agissements visibles et abordables. » : Y. Mayaud, *Droit pénal général*, préc., n° 167.

¹⁶⁷³ « Les infractions d'omission, dans une conception libérale, ne peuvent être qu'en nombre limité : outre qu'elles portent une atteinte plus importante aux libertés individuelles, elles sont, par nature même, non causales » : Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 308.

¹⁶⁷⁴ V. par ex. à propos de l'article L. 4111-6 du Code du travail : Cass. crim., 12 févr. 2005, Juris-Data n° 2000-028309.

¹⁶⁷⁵ C. trav., art. R. 4741-1 : « Le fait de ne pas transcrire ou de ne pas mettre à jour les résultats de l'évaluation des risques, dans les conditions prévues aux articles R. 4121-1 et R. 4121-2, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe ».

¹⁶⁷⁶ C. trav., R. 4741-2 : « Le fait de ne pas avoir satisfait à la mise en demeure du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi prévue à l'article L. 4721-1 à l'expiration du délai prévu à l'article R. 4721-2, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe ».

¹⁶⁷⁷ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, par A. Vitu, préc., n° 1118 : « Par une conséquence logique, bon nombre d'infractions sont, non pas instantanées mais continues, l'état délictueux persistant jusqu'à ce que soit exécutée l'obligation méconnue ».

¹⁶⁷⁸ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, préc., n° 181.

¹⁶⁷⁹ Par ex. C. trav., R. 3135-1 : « Le fait de ne pas attribuer à un salarié le repos quotidien mentionné aux articles L. 3131-1 et L. 3131-2, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe ».

2) Un élément moral commun

458. L'indifférence prédominante à l'intention. Le schéma infractionnel des dispositions faisant ici l'objet d'une comparaison avec l'inexécution contractuelle incite à considérer ces infractions comme dénuées de toutes considérations morales. Plus précisément, « sanctionnant plus un état de fait contraire au droit qu'un comportement répréhensible, la culpabilité est une donnée secondaire »¹⁶⁸⁰. Cela se manifeste de manière évidente en présence d'une contravention mais aussi, plus étonnamment, en cas d'infraction délictuelle.

459. L'indifférence inhérente à la nature contraventionnelle des infractions. La plupart des infractions répertoriées dans la catégorie des violations d'obligations contractuelles d'origine légale sont de nature contraventionnelle. La première conséquence est la modération des peines. Mais il faut surtout relever que ce type d'infractions suscite un débat quant à leur élément moral. Le sujet révèle l'opposition de plusieurs courants doctrinaux¹⁶⁸¹. Certains considèrent que la faute contraventionnelle est nécessairement révélée par la commission de l'infraction : « il est à la fois inutile et inexact de recourir à la notion de présomption pour expliquer que le fait, dans les contraventions, prouve la faute, tout simplement il est en faute pour la raison que commet une faute celui qui contrevient à la loi »¹⁶⁸². Autrement dit, « le fait même de commettre cette infraction, si minime soit-elle, constitue par lui-même une faute »¹⁶⁸³. Réfutant cette vision, une doctrine majoritaire considère que la faute de l'agent présente en matière de contravention, la particularité d'être présumée¹⁶⁸⁴.

Quelle que soit la vision que l'on se fait de la nature des contraventions, force est de constater qu'aucune intention n'est exigée : le comportement –la violation de l'obligation– soit caractérise soit présume une négligence et suffit à constituer l'infraction.

¹⁶⁸⁰ M. Bénéjat, *La responsabilité pénale professionnelle*, préc., n° 227.

¹⁶⁸¹ La présentation ne saurait qu'être succincte puisque les développements n'ont aucunement pour objectif d'appréhender la notion de contravention mais seulement de comprendre le schéma infractionnel des violations d'obligations contractuelles d'origine légale.

¹⁶⁸² R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, th. Bruxelles, Sirey, 1952, n° 14. C'est également l'opinion de MM. Merle et Vitu : « la faute contraventionnelle s'identifie rigoureusement avec l'infraction », in *Droit pénal général*, préc., n° 594.

¹⁶⁸³ F. Le Gunehec, *Elément moral de l'infraction*, *J.-Cl. Pén.*, art. 121-3, fasc. 20, 2002, n° 147.

¹⁶⁸⁴ Ph. Conte, *L'apparence en matière pénale*, préc., n° 315 ; H. Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, préc., n° 191 ; R. Garraud, *Précis de droit criminel*, préc., n° 77 ; J.-H. Robert, *Droit pénal général*, préc., p. 340. Toutefois, certains auteurs soutiennent que la présomption est de nature irréfragable (X. Pin, *Droit pénal général*, préc., n° 189) ce qui revient finalement à faire de cette règle probatoire une règle de fond rendant l'imprudence systématiquement caractérisée.

460. L'indifférence associée au caractère délictuel des infractions. La qualification de délit pourrait, au vu de la rédaction de l'article 121-3 du Code pénal, impliquer la nature intentionnelle de la violation. En effet, à défaut de précision dans le texte, « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». L'identité des faits générateurs des responsabilités pénale et contractuelle trouverait alors une première limite dans la spécificité de l'élément moral du fait délictueux, à l'instar de la première catégorie d'infractions d'inexécution contractuelle¹⁶⁸⁵. Pourtant, l'article 339 de la loi d'adaptation du 16 décembre 1992¹⁶⁸⁶ affirme que « tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément ». Plusieurs précisions furent ensuite apportées par la circulaire d'adaptation notamment au sujet du droit pénal du travail : « de très nombreuses infractions sont ainsi modifiées [...] notamment des délits en matière [...] de droit du travail qui sont actuellement considérés comme constitués même en l'absence de faute intentionnelle, de faute d'imprudence ou de négligence, et dont l'élément moral est en réalité identique à celui des contraventions. La preuve d'une imprudence ou d'une négligence devra désormais être rapportée pour condamner les auteurs d'une infraction »¹⁶⁸⁷. L'élimination des délits matériels laisse ainsi place à l'élément moral de l'infraction. Dorénavant, les juridictions criminelles doivent démontrer l'imprudence de l'auteur de la violation pénalement répréhensible. Cependant, la seule référence au comportement imprudent ne saurait suffire à rejeter l'identité des faits générateurs de responsabilités pénale et contractuelle. Plus précisément, la seule méconnaissance de la disposition, suffit, en matière pénale comme en matière contractuelle, à emporter la responsabilité de son auteur. La jurisprudence est en ce sens, considérant que le non-respect des prescriptions d'hygiène et de sécurité constitue une faute d'imprudence ou de négligence¹⁶⁸⁸.

461. Bilan et perspectives. Techniquement, les infractions associées au droit pénal dit réglementaire peuvent donc demeurer impossibles à distinguer du fait générateur de responsabilité dès lors que le législateur se contente d'un simple renvoi aux dispositions de la matière protégée.

¹⁶⁸⁵ V. *supra*, n° 337.

¹⁶⁸⁶ N° 92-1136.

¹⁶⁸⁷ Circ. crim. 93 9/FI, 14 mai 1993.

¹⁶⁸⁸ Cass. crim., 17 oct. 1995, Dr. ouvrier 1997, p. 36 ; 3 sept. 1996, Juris-Data n° 1996-004165, Dr. ouvrier 1998, p. 85.

Formellement d'abord, les infractions ne recèlent aucune spécificité, si ce n'est de contrevenir aux directives classiquement applicables en matière pénale. Le législateur se contente ainsi d'associer la sanction pénale à la violation d'une disposition extra-pénale. La qualification de cette disposition d'obligation contractuelle impose alors de conclure à l'identité formelle de l'inexécution pénalement répréhensible et de l'inexécution contractuellement réparable.

Cette identité augure logiquement, ensuite, l'impossible dissociation des comportements délictueux. Pour ces infractions, et contrairement à la première catégorie d'inexécution contractuelles, le droit pénal n'imprime aucune spécificité substantielle au fait délictueux et rejette ainsi une quelconque sélection de la gravité du comportement due à l'état d'esprit de l'agent comme de la matérialité de son fait. L'auteur de l'infraction encourt une sanction pénale dès lors qu'il a méconnu l'obligation contractuelle imposée par une discipline extra-pénale. Pareil constat pourrait alors inciter à céder à l'image d'un droit pénal dissocié de sa fonction répressive traditionnelle. Le législateur entendrait ici sanctionner la simple méconnaissance de stipulations contractuelles, sans qu'aucune spécificité pénale attestant de la gravité du comportement et de sa portée collective ne puisse être constatée.

Si cette conclusion ne peut satisfaire le juriste convaincu de la nécessité d'une finalité spécifique du droit pénal, elle empêche également d'expliquer certaines propositions issues non pas du droit pénal mais des matières concernées par l'immixtion de sa sanction. Plus précisément, le droit pénal ne fournit incontestablement aucun indice de la spécificité du fait générateur de responsabilité pénale mettant ainsi en péril sa fonction traditionnelle. Cependant, la clé de la compréhension de son intervention paraît pouvoir résider dans le particularisme du contrat protégé par ses sanctions. Autrement dit, le particularisme de cette catégorie d'infractions d'inexécution contractuelle ne résiderait pas dans la sélection des violations mais dans la spécificité originelle de l'obligation dont la violation est pénalement sanctionnée. La légitimité de l'intervention du droit pénal pourrait alors être identifiée dans l'aspect collectif des dispositions protégées, sans qu'aucun tri se révèle finalement utile.

Section 2- L'identité légitime des faits générateurs

462. Une légitimité à double détente. De prime abord, la pénalisation de simples inexécutions contractuelles laisse planer le doute sur la réelle légitimité de l'intervention du droit pénal. L'identité des faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale semble forcer le constat d'une immixtion du droit pénal dans les relations privées sans qu'aucun indice de gravité puisse venir justifier un quelconque trouble à l'ordre public. Cependant, si l'on accepte de dépasser l'observation des seules infractions pour envisager les dispositions extra-pénales faisant l'objet d'une incrimination, un nouvel éclairage s'impose. Il paraît, en effet, possible d'affirmer la pertinence des infractions par la particularité de l'obligation dont la violation est doublement sanctionnée : en plus d'organiser les rapports individuels entre salariés et employeurs ou entre consommateurs et prêteurs, les textes concernés participent en effet également à la structuration de l'organisation sociale¹⁶⁸⁹. Alors, ici encore¹⁶⁹⁰, la pénalisation de la vie contractuelle ne serait qu'un moyen de sanctionner des comportements attentatoires à l'ordre public. Cette vision, que le droit pénal relaye logiquement en juxtaposant sa sanction, se trouve ensuite expliquée par des considérations politiques invitant tant le droit du travail que le droit de la consommation.

Ainsi, la légitimité de cette catégorie d'infractions d'inexécution contractuelle se manifeste par des considérations techniques (§1), expliquées par une vision politique détachée de l'individualisme classique de la relation contractuelle (§2).

§1- Les manifestations techniques de la légitimité

463. La légitimité technique en question. Le droit pénal fournit sa sanction à de nombreuses dispositions qui ont leur siège en dehors du Code pénal. Or, lorsqu'une connexion entre la violation du contrat et l'infraction semble envisageable, la question du rôle du droit pénal se pose avec d'autant plus d'intérêt. Plus précisément, l'on peut s'interroger sur la légitimité de son intervention au vu du schéma infractionnel présenté : si l'infraction consiste en tout point à réprimer un comportement qualifiable d'inexécution contractuelle,

¹⁶⁸⁹ « Le développement d'un droit civil institutionnel permet l'intégration du droit pénal dans les rapports privés » : P. Maistre du Chambon, *Les aspects modernes des obligations de faire, En droit pénal, civil et judiciaire*, th. Grenoble, 1980, p. 13

¹⁶⁹⁰ V. pour ce constat relatif aux infractions de violations particulières d'obligations ordinaires, *supra*, n° 338 et s.

est-il toujours possible d'affirmer que le droit pénal opère une sélection fonctionnelle de telles inexécutions ? La réponse affirmative repose sur plusieurs considérations techniques. D'abord, il faut remarquer que le cadre contractuel n'est pas seul envisagé pour ces infractions, ce qu'un simple constat suffira à démontrer. Ensuite, ce sont les matières concernées par ces infractions pour lesquelles le législateur n'impose aucun particularisme, qui fournissent la clé de la légitimité de l'intervention du droit pénal, ce qui impose davantage de précisions.

464. Une vision éclatée du rapport contractuel. D'une part, la plupart des infractions extérieures au Code pénal qui peuvent éventuellement¹⁶⁹¹ être rattachées à la violation d'un contrat proposent elles-mêmes une « décontractualisation » du cadre de l'incrimination. Le doute quant au rôle du droit pénal se dissipe ainsi en observant que l'infraction peut certes être constituée par une violation du contrat mais qu'elle peut également être commise par une personne non contractante.

Le droit pénal des sociétés en fournit l'illustration topique. En adhérant à la conception contractuelle du mandat social¹⁶⁹², force est *a priori* de reconnaître le nombre d'infractions correspondant à la méconnaissance de ce contrat. Pour autant, le droit pénal affirme lui-même la spécificité de son intervention en admettant l'existence de certaines d'entre elles sans que l'auteur soit le véritable contractant : les administrateurs judiciaires de la société peuvent ainsi être pénalement poursuivis¹⁶⁹³.

Le droit pénal du crédit, en prévoyant des infractions potentiellement qualifiables d'inexécutions contractuelles, opte également pour une imputation « décontractualisée » même lorsque le législateur envisage la phase d'exécution de ce contrat. En plus d'imputer l'infraction au prêteur, le Code de la consommation prévoit en effet de sanctionner pénalement l'annonceur ayant permis la publicité du crédit¹⁶⁹⁴. Par conséquent, le prêteur n'étant pas le seul auteur potentiel de l'infraction, l'objet de l'intervention du droit pénal ne peut être la correcte exécution du contrat de prêt. Ainsi, de telles spécificités techniques suffisent nettement à minimiser l'assimilation des fonctions du droit pénal et du droit civil. Cependant, parfois, seul le contractant est envisagé comme l'auteur de l'infraction et empêche

¹⁶⁹¹ V. pour les infractions du droit des sociétés commises par le dirigeant social, *supra*, n° 333.

¹⁶⁹² V. *supra*, n° 333.

¹⁶⁹³ Les articles L. 622-1 III (en cas de procédure de sauvegarde) et L. 631-12 (en cas de procédure de redressement judiciaire) du Code de commerce disposent que « dans sa mission, l'administrateur est tenu au respect des obligations légales et conventionnelles qui incombent au chef d'entreprise ». V. par ex. Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, Juris-Data n° 005085.

¹⁶⁹⁴ V. Valette-Ercole, *Crédit. Crédit aux particuliers*, *J.-Cl. Pén. Aff.*, fasc. 10, 2009, n° 42.

ainsi pareille assimilation. Le droit pénal du travail permet alors de prendre la mesure de la nécessité de rechercher le particularisme de la protection pénale dans les spécificités du droit du travail protégé.

465. Une vision partagée du rapport contractuel. Jusqu'à présent, les infractions contractuelles ont été abordées à l'aune du particularisme imposé par la matière pénale. L'identité des faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale, plus tôt constatée¹⁶⁹⁵, conduit alors à observer ces infractions par le biais des matières que le droit pénal accepte de sanctionner. Pareille observation révèle alors plusieurs indices déterminants permettant d'affirmer que le droit pénal opère une sélection des comportements d'inexécution contractuelle conforme à sa finalité classique et assure ainsi sa légitimité. Les matières concernées par ces infractions forment ainsi des propositions identiques à celles du droit pénal : l'indifférence au vice du contrat (A) et la nécessité d'un rôle punitif (B). La présence du droit pénal devient ainsi légitime non plus par le particularisme du fait qu'il décrit mais par celui des matières auxquelles il fournit sa sanction.

A- Le partage de l'indifférence au vice du contrat

466. La double indifférence au vice du contrat. Le droit du travail fournit ainsi la première clé de la compréhension de l'intervention du droit pénal en matière contractuelle en adoptant lui-même une vision spécifique du contrat. Certes, l'identité avérée des faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale relatives à la réglementation du travail incite à considérer le droit pénal du travail comme fournissant sa sanction à de simples inexécutions contractuelles. Pourtant, il apparaît possible de déceler une volonté de se détacher de la conception classique du contrat au sein de la réglementation sociale. Le droit du travail fournit lui-même des indications dans le sens de l'ignorance des conditions d'efficacité du contrat. Par conséquent, la légitimité de l'intervention du droit pénal en la matière ne trouverait non plus son fondement dans la spécificité du fait délictueux, en tout point identique aux prescriptions sociales, mais dans l'originalité de la norme sanctionnée. Ainsi, le droit pénal du travail trouve sa légitimité technique dans les particularités admises en droit « non pénal » du travail. L'illustration de la distance prise à l'égard du contrat peut être

¹⁶⁹⁵ V. *supra*, n° 446 et s.

trouvée dans l'indifférence à l'égard tant de la nullité du contrat de travail (A) que de la portée de son annulation (B).

1) L'indifférence partagée à la nullité du contrat

467. Une double indifférence. L'observation des infractions d'inexécution contractuelle du droit du travail à l'aune des seules spécificités de ce dernier impose le constat de l'indifférence aux conditions de validité du contrat. Ainsi, tantôt très ponctuellement, tantôt de manière très générale, le droit social inscrit dans ses propres dispositions l'indifférence à une condition d'efficacité du contrat.

468. L'indifférence ponctuelle à la nullité du contrat. Afin de permettre aux salariés de connaître les détails de leur rémunération mensuelle, le Code du travail consacre un chapitre¹⁶⁹⁶ au bulletin de paie. Le droit pénal prévoit, par renvoi, la sanction de certaines de ces dispositions par des peines contraventionnelles¹⁶⁹⁷. A s'en tenir à cette présentation, le droit pénal semble se contenter de fournir sa sanction à la méconnaissance d'une obligation contractuelle d'origine légale. En effet, ce procédé d'incrimination ne permet de déceler aucune particularité propre au comportement pénalement répréhensible¹⁶⁹⁸.

Pour autant, si la légitimité de l'intervention du droit pénal dans le cadre des relations de travail ne peut reposer sur le particularisme du fait délictueux, c'est le droit social lui-même qui en propose les bases. En effet, malgré le caractère administratif de cette pièce justificative¹⁶⁹⁹, le législateur se prononce très clairement en faveur d'une vision extensive du contrat de travail commandant la remise d'un bulletin de paie. Le législateur prévoit ainsi que les dispositions relatives à ce dernier « s'appliquent à toutes les personnes salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit pour un ou plusieurs employeurs et quels que soient le montant et la nature de leurs rémunérations, la forme, ou la validité de leur contrat »¹⁷⁰⁰.

Dès lors, le droit du travail formule lui-même son indifférence à la portée juridique du contrat. Les prescriptions sociales, et par suite, les incriminations correspondantes, ne peuvent donc

¹⁶⁹⁶ Chapitre III « Bulletin de paie », Titre IV « Paiement du salaire ».

¹⁶⁹⁷ C. trav., art. R. 3246-1.

¹⁶⁹⁸ Sur cette identité, v. *supra*, n° 447 et s.

¹⁶⁹⁹ Pour une telle qualification, v. art. L. 3243-2.

¹⁷⁰⁰ C. trav., art. L. 3243-1.

être assimilées à des méconnaissances contractuelles classiques, faute d'une des conditions d'efficacité du contrat. Certes limitée ici à des dispositions isolées, cette indifférence se généralise en présence d'un salarié étranger.

469. L'indifférence générale à la nullité du contrat. La lecture de l'article L. 8251-1 semble de prime abord se positionner en faveur d'une conception des plus classiques du contrat de travail en interdisant d'engager, de conserver à son service ou d'employer « pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France ». Le contrat de travail de ces salariés est donc frappé de nullité¹⁷⁰¹ que toute personne intéressée peut invoquer¹⁷⁰². Ainsi, le droit du travail applique la sanction classique de l'illicéité du contrat.

Cependant, malgré cette sanction, les dispositions suivantes¹⁷⁰³ proposent une assimilation du travailleur étranger irrégulier au travailleur régulièrement engagé. Par conséquent, l'irrégularité du contrat ne dispense pas l'employeur de ses obligations en matière de durée du travail, de repos, de congés ou encore de santé et de sécurité. Dès lors, si la jurisprudence considère que la méconnaissance des obligations contractuelles d'origine légale emporte l'engagement de la responsabilité contractuelle de son auteur, ces dispositions ont manifestement vocation à dépasser le cadre contractuel classiquement requis. Plus précisément, le droit du travail accepte d'ignorer l'inefficacité du contrat. Il est, en effet, peu probable que les parties aient entendu soumettre leur accord au régime juridique du contrat de travail¹⁷⁰⁴. Or, puisque le législateur sanctionne pénalement la simple méconnaissance d'une disposition, le champ d'application de l'infraction doit être calqué sur celui de la disposition. Autrement dit, les infractions aux dispositions envisagées peuvent être commises malgré l'illicéité du contrat conclu. Cette proposition n'est alors évidemment pas sans conséquence.

D'une part, cette vision du contrat n'est pas sans rappeler la conception pénale, qui ne peut soumettre la caractérisation des infractions à la présence des conditions d'efficacité du contrat¹⁷⁰⁵. D'autre part, elle invite inévitablement à dépasser la finalité strictement contractuelle de l'intervention du droit pénal.

¹⁷⁰¹ V. par ex. : Cass. soc. 15 févr. 1978, Bull. civ. V, n° 107, p. 78, D. 1978, IR. p. 387, obs. J. Pélissier, D. 1979, IR. p. 312, obs. F. Alaphilippe et J.-P. Karaquillo, D. 1980, p. 30, note G. Lyon-Caen, RCDIP. 1979. 79, note M. Simon-Depitre.

¹⁷⁰² Cass. soc., 15 févr. 1978, n° de pourvoi : 76-41142.

¹⁷⁰³ C. trav., art. L. 8252-1 et L. 8252-2 introduits par la loi n° 81-941 du 17 octobre 1981.

¹⁷⁰⁴ D'ailleurs, l'infraction d'emploi irrégulier de travailleurs étrangers se combine souvent avec celle d'emploi dissimulé de salarié (C. trav., art. L. 8221-5). V. T. Aubert-Montpeyssen, M. Emeras, *Travail illégal, Rép. pén. Dalloz*, 2010, n° 226.

¹⁷⁰⁵ V. *supra*, n° 181.

La doctrine propose alors de généraliser cette indifférence en considérant qu'aucune cause de nullité du contrat ne doit s'opposer à des poursuites pénales pour méconnaissance des obligations légales¹⁷⁰⁶. Pareil particularisme technique trouve un écho dans l'observation des modalités de prise en compte de l'annulation effective du contrat.

2) L'appréciation commune de l'annulation du contrat

470. Les effets classiquement associés à l'annulation du contrat. Comme l'affirme la Cour de cassation, « ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé »¹⁷⁰⁷. Cette reformulation de la maxime *quod nullum est nullum producit effectum*¹⁷⁰⁸ devrait en principe interdire aux parties de se prévaloir d'une des clauses du contrat une fois son annulation prononcée. Par suite, en cas d'annulation du contrat de travail, le salarié ne devrait pouvoir invoquer l'une quelconque des obligations contractuelles d'origine légale.

Pourtant, le législateur, comme la jurisprudence, n'ont pas hésité à ignorer cette directive générale du droit des obligations afin de ne pas remettre en question l'application du contrat. Les effets classiques de la décision d'annulation sont donc évincés.

471. Le rejet des effets classiques de l'annulation du contrat. Aucune disposition du droit du travail ne formule de manière générale cette dérogation au droit commun. Toutefois, le maintien du passé contractuel est rendu nécessaire¹⁷⁰⁹, particulièrement pour le versement des salaires au travailleur. La jurisprudence n'hésite alors pas à assurer à l'employé non titulaire d'un titre de travail régulier « le paiement des salaires et indemnités qui lui étaient dus en raison de son travail [...] ainsi que les fiches de paye et un certificat de travail »¹⁷¹⁰. L'application de la réglementation du travail se trouve ainsi maintenue malgré l'annulation du contrat de travail, les juges considérant que « les parties ne pouvaient être remises dans leur état antérieur »¹⁷¹¹. Ainsi, alors que le droit pénal reste muet quant aux éventuelles spécificités

¹⁷⁰⁶ P. Durand, A. Vitu, *Traité de droit du travail*. T. II, Dalloz, 1950, n° 186, J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, 13^{ème} éd., PUF, 1993, p. 463. – Adde, L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, préc., n° 248 : « un employeur n'ayant pas respecté des obligations légales échapperait-il aux sanctions pénales s'il pouvait se prévaloir d'une cause de nullité du contrat ? Jamais semble-t-il on ne l'a admis ».

¹⁷⁰⁷ Cass. civ. 1, 15 mai 2001, n° 99-20597.

¹⁷⁰⁸ V. *supra*, n° 216 et s.

¹⁷⁰⁹ L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, préc., n° 240.

¹⁷¹⁰ Cass. soc., 26 janv. 1983, n° 80-41676.

¹⁷¹¹ Arrêt précité.

des infractions à la législation sociale, le droit du travail impose lui-même le particularisme de la répression.

La règle de la disparition totale et rétroactive du contrat consécutivement à une telle décision est également exclue du droit des sociétés. Le législateur consacre ainsi une disposition du Code civil afin de préciser que « lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat »¹⁷¹². Par conséquent, les droits et obligations résultant pour les associés du pacte social restent valables.

Ce refus d'ignorer le passé contractuel rejoint alors les directives du droit pénal. En effet, ce dernier impose aux juges une appréciation de l'infraction au moment des faits, excluant ainsi toutes considérations postérieures à sa consommation¹⁷¹³.

472. Bilan. L'attitude des législations techniques à l'égard de la validité du contrat s'éloigne considérablement des prescriptions traditionnelles du droit des obligations. Ces dernières refusent ainsi de soumettre l'application de la réglementation à l'efficacité juridique du contrat. Le droit pénal trouve ainsi –et contre toute attente au vu du caractère éminemment technique des dispositions– confirmation de sa vision spécifique du contrat¹⁷¹⁴. Certes, la comparaison des faits générateurs témoigne de l'absence de tout particularisme du fait délictueux mais révèle en revanche que les incriminations de violation d'obligations contractuelles d'origine légale s'éloignent nettement de la sanction d'une simple inexécution contractuelle.

B- Le partage du rôle punitif

473. Le dévoiement de la fonction indemnitaire du droit contractuel. Si la responsabilité civile reçoit une définition de principe mettant en exergue sa finalité réparatrice¹⁷¹⁵, que la Cour de cassation semble vouloir d'ailleurs rappeler en proclamant le

¹⁷¹² Art. 1844-5.

¹⁷¹³ V. *supra*, n° 231 et s.

¹⁷¹⁴ Sur laquelle, v. *supra*, n° 24 et s.

¹⁷¹⁵ Elle consiste classiquement dans la seule « obligation de réparer le préjudice résultant soit de l'inexécution d'un contrat (responsabilité contractuelle) soit de la violation du devoir général de ne causer aucun dommage à autrui par son fait personnel, ou du fait des choses dont on a la garde ou du fait des personnes dont on répond » : S. Guinchard, G. Montagnier (sous la direction de), *Lexique de termes juridiques*, 15^{ème} éd., Dalloz, 2005, v. « Responsabilité ».

principe de la réparation intégrale du préjudice¹⁷¹⁶, il est impossible de ne pas constater aujourd'hui l'émergence d'une fonction punitive. Or, à bien y regarder, les matières concernées par des inexécutions contractuelles pour lesquelles le législateur pénal n'imprime aucune spécificité au fait délictueux, relayent largement cette fonction punitive de la responsabilité civile en droit contractuel.

Il faut, en effet, remarquer que la notion de peine privée trouve certaines de ses premières manifestations non seulement en droit de la consommation¹⁷¹⁷ mais aussi en droit du travail¹⁷¹⁸. Or, associé à une fonction punitive, ce type de peine dissocie la responsabilité civile de la seule idée d'indemnisation¹⁷¹⁹. Ainsi, les domaines principalement concernés par ces peines privées sont ceux précisément dans lesquels le droit pénal se contente d'apposer sa sanction¹⁷²⁰. Il ne reste alors plus qu'un pas à franchir pour affirmer que le droit pénal conserve sa fonction répressive traditionnelle grâce à la mutation de celle de la responsabilité civile.

474. La portée de la fonction punitive du droit contractuel. La fonction indemnitaire de la responsabilité civile n'est plus aujourd'hui seule à expliquer la vocation de la matière. Condamnée par de nombreux auteurs¹⁷²¹, la fonction punitive de la responsabilité civile prévue en matière contractuelle n'en demeure pas moins indéniable. Or, la coïncidence

¹⁷¹⁶ Qui suppose la réparation de tout le préjudice et rien que le préjudice (J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 2-Le fait juridique*, préc., n° 387). Cass. civ. 1, 20 nov. 1990, Bull. civ. I, n° 258 ; 2 avril 1996, *ibid.*, n° 166 ; 18 juil. 2000, *ibid.*, n° 224, D. 2000, juris. p. 853, note Y. Chartier.

¹⁷¹⁷ Soucieux de protéger les emprunteurs, le législateur est ainsi intervenu par la loi du 10 janvier 1978 –relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit– en prévoyant la règle de la déchéance du droit aux intérêts, en plus de sanctions pénales (art. 23). Désormais, pareille déchéance est prévue dans le Code de la consommation. En vertu de l'article L. 311-33, « le prêteur qui accorde un crédit sans saisir l'emprunteur d'une offre préalable satisfaisant aux conditions fixées par les articles L. 311-8 à L. 311-13 est déchu du droit aux intérêts et l'emprunteur n'est tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu. Les sommes perçues au titre des intérêts, qui sont productives d'intérêts au taux légal à compter du jour de leur versement, seront restituées par le prêteur ou imputées sur le capital restant dû » (B. Bouloc, *La perte du droit aux intérêts*, in *Etudes de droit de la consommation : Liber Amirocum*, J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 81 ; P. Lemaître, *La sanction de l'offre irrégulière de crédit*, LPA n° 148, 27 juill. 1999, p. 11 ; A.-M. de Matos, *Déchéance du droit aux intérêts : sanction automatique du non-respect du formalisme de l'offre de crédit*, RED consom. 2001. 363).

¹⁷¹⁸ L'article L. 1235-2 du Code du travail dispose que « si le licenciement d'un salarié survient sans que la procédure requise ait été observée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge impose à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ». La jurisprudence, par plusieurs arrêts particulièrement significatifs, insiste sur la fonction sanctionnatrice de l'indemnité : « la violation des formes de licenciement doit, dans tous les cas, entraîner une condamnation, fut-elle de principe » (v. notamment : Cass. soc., 12 déc. 1989, n° 87-40.117).

¹⁷¹⁹ S. Carvale, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préc., n° 114 et s.

¹⁷²⁰ Le droit de la concurrence permet également de faire le lien entre la présence du droit pénal et celle du rôle punitif de la responsabilité civile. V. par exemple la possibilité du prononcé d'amendes civiles en cas de pratiques restrictives de concurrence (L. 442-6, III, al. 2). V. M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz « NBT », 2004, n° 535 et s.

¹⁷²¹ V. par exemple, N. Rias, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, préc.

de cette dernière avec la présence d'un droit pénal purement sanctionnateur fournit sans doute un autre indice dans le sens de la légitimité de l'intervention de la sanction pénale. En effet, dans ces domaines où la présence du droit pénal est parfois contestée, le recours à l'aspect punitif du droit contractuel atteste le dépassement de considérations strictement privées. Ainsi, pour ce type d'infractions également, le législateur opère une sélection des comportements répréhensibles conforme à la finalité de la matière. Toutefois, à leurs propos, la sélection s'effectue non pas par le particularisme du fait de violation mais par la spécificité du cadre dans lequel cette violation intervient. Pour preuve, les matières concernées imposent le dévoiement de la matière contractuelle.

Autrement dit, si la légitimité de l'intervention du droit pénal ne peut pas être trouvée dans des spécificités propres à la matière, elle semble en revanche pouvoir reposer sur celles inhérentes aux obligations contractuelles méconnues. L'explication de ce particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible réside dans des considérations de nature plus politique.

§2- *L'explication politique de la légitimité*

475. Les motifs politiques du particularisme technique. Les infractions dites techniques provoquent nécessairement une réflexion relative à leur finalité. Contrairement aux atteintes aux biens, ou à la personne d'autrui, ces infractions laissent en effet planer le doute sur leur lien avec l'intérêt général. Désormais cependant, la doctrine présente de plus en plus la pertinence de ces branches spéciales du droit pénal, dénonçant, par là-même, le risque du conservatisme : « il existe une éthique de la route, une morale des affaires, un ordre économique-social [dans lesquels] la valeur morale de la règle imposée [...] est sous-jacente mais elle n'en est pas moins réelle. Elle résulte de la notion de discipline sociale, d'une conception élargie du civisme, de l'esprit de fraternité et du respect de la vie. Qu'y a-t-il là d'artificiel, de matériel ? »¹⁷²². Le droit pénal des sociétés semble désormais parfaitement intégré dans notre système répressif. La doctrine reconnaît aisément tant son utilité que sa légitimité¹⁷²³. Les critiques semblent à présent avoir pour objet moins la pertinence du

¹⁷²² R. Legros, *L'influence des lois particulières sur le droit pénal général*, RSC 1968, p. 233 et s., spéc. p. 237.

¹⁷²³ M. Bénéjat, *La responsabilité pénale professionnelle*, préc., n° 192 : « outre que les obligations attachées à la qualité de dirigeant découlent de la loi, elles visent la protection de l'ordre public économique, non la satisfaction des intérêts particuliers des contractants » ; Ph. Conte, *Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal*, in *Droit et actualité : études offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, n° 11.

principe de l'intervention du droit pénal en droit des sociétés que la façon dont le législateur intervient¹⁷²⁴. La qualification contractuelle de la responsabilité civile encourue pour la méconnaissance des obligations de l'employeur par ailleurs sanctionnée pénalement, suscite d'emblée plus de réserves. Pourtant, la façon dont le droit du travail prend lui-même en compte le contrat incite à reconnaître également la légitimité de l'intervention du droit pénal. Ce particularisme technique trouve alors un écho politique à travers l'idée d'une protection de la catégorie des travailleurs¹⁷²⁵. Dépassant la protection du salarié en tant que partie au contrat, le droit du travail propose, d'envisager de manière collective sa défense. Le droit de la consommation incite également à pareille conclusion. Cette reconnaissance d'une protection collective (A) pose alors la question du maintien d'une conception contractuelle des relations (B).

A- La protection individuelle dépassée

476. De l'individuel au collectif. « Le culte de l'individuel a marqué le dix-neuvième siècle comme le culte de l'ensemble paraît dominer le vingtième siècle vieillissant, à la tendresse du vin succède la ferveur de la grappe »¹⁷²⁶. Pareil constat paraît pouvoir embrasser les disciplines pour lesquelles le droit pénal apporte sa sanction.

Historiquement, le droit pénal de la consommation comme le droit pénal du travail avaient pour objet de protéger l'une des parties au contrat. La faiblesse du consommateur par rapport au professionnel conduisit alors naturellement législateur et jurisprudence vers une réglementation clairement en sa faveur¹⁷²⁷. L'évolution des dispositions fit dire à la doctrine que le droit de la consommation viserait même désormais une protection collective, « celle des consommateurs pris dans leur ensemble »¹⁷²⁸. Plus encore, la jurisprudence, par les différentes interprétations qu'elle propose aujourd'hui, tend à complètement détacher cette branche du droit pénal de la relation contractuelle, en visant à organiser « la consommation ».

¹⁷²⁴ Un auteur a pu parler de « furie répressive » : A. Dalsace, *La protection des minorités et le projet de loi sur les sociétés*, in *Études sur le projet de réforme des sociétés commerciales*, Sirey, 1965, p. 34. — Adde : B. Bouloc, *La liberté et le droit pénal*, Rev. sociétés 1989, p. 377 ; J. Hamel, Préface à l'ouvrage collectif : *Le droit pénal des sociétés anonymes : études de droit commercial*, Dalloz 1955, p. 12 ; G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, p. 52.

¹⁷²⁵ Le droit pénal du travail peut d'ailleurs se définir « comme l'arme qui vient au secours de celui qui se réclame d'une règle régissant les rapports entre les travailleurs et les employeurs » : J.-Cl. Javillier, *Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction*, Dr. soc. 1975, p. 375.

¹⁷²⁶ J.-M. Mousseron, Préface de la thèse de B. Teysié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975.

¹⁷²⁷ V. *supra*, n° 379 et s.

¹⁷²⁸ Ph. Conte, *1905-2005 : cent ans de protection du consommateur*, préc., n° 18.

Cette dernière serait ainsi devenue un véritable « objet de droit »¹⁷²⁹, dissociée de la protection de la personne du consommateur¹⁷³⁰.

Le droit pénal du travail proposa également la protection de la partie faible, le salarié, mais après avoir commencé par aggraver sa situation : le Code pénal de 1810 visait la qualité de travailleur subordonné comme une cause d'aggravation de la répression de certaines infractions de droit commun, comme l'abus de confiance¹⁷³¹. Aujourd'hui, le salarié fait l'objet d'une protection accrue visible au nombre de dispositions règlementant ses relations avec l'employeur¹⁷³². Pareil statut légal incite alors à entrevoir, à l'instar du consommateur, une protection collective des salariés, indépendamment de la personne du contractant¹⁷³³. La notion d'ordre public social¹⁷³⁴ illustre cette considération : « la finalité que poursuit désormais l'ordre public ne tend plus à garantir le respect de la liberté individuelle ou de l'intérêt général, mais correspond désormais à la protection de catégories particulières de personnes. »¹⁷³⁵. Le salarié se trouve ainsi protégé non pas en raison de ses particularités personnelles mais seulement parce qu'il endosse cette qualité¹⁷³⁶. La position de la jurisprudence relative aux cumuls d'infractions se révèle, sur ce point, particulièrement significative. En effet, la double condamnation d'un employeur pour infraction aux dispositions relatives à la sécurité au travail et pour homicide ou violences involontaires ne

¹⁷²⁹ J. Beauchard, *Remarques sur le Code de la consommation*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique* : écrits en hommage à G. Cornu, PUF, 1994, p. 12.

¹⁷³⁰ N. Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, 2000, spéc., n° 228.

¹⁷³¹ V. A. Coeuret, E. Fortis, *Droit pénal du travail*, préc., n° 3 ; A. Cerf-Hollender, *Consentement*, *Rép. civ. Dalloz*, 2007, n° 1.

¹⁷³² « L'ordre public qui hante le contrat de travail y a pris du reste une autre originalité : alors que de droit commun, il se serait voulu impartial, prêt à secourir l'un quelconque des contractants, sans acception de catégories – ici, il a choisi son camp une fois pour toutes ; il est, sinon contre les patrons, du moins pour les salariés » : J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, réédition 2006, p.167.

¹⁷³³ Il faut alors remarquer que même en se plaçant du point de vue de l'employeur, l'aspect purement contractuel de la relation n'emporte plus l'adhésion et il suffit pour s'en convaincre d'observer l'évolution du fondement attribué au pouvoir disciplinaire de l'employeur. Initialement, la jurisprudence proposait une analyse contractuelle en considérant que les sanctions prévues dans le règlement intérieur étaient acceptées par le travailleur et figuraient ainsi dans le champ contractuel (Cass. civ. 14 fév. 1866, DP. 1866. 1. 84). La Cour de cassation est ensuite revenue sur sa position dans un arrêt de 1945 (Cass. soc., 16 juin 1945, Dr. soc. 1946.427, note P. Durand) interprété par la doctrine comme consacrant un pouvoir disciplinaire de plein droit à caractère social, institutionnel et non contractuel (J. Brèthe de la Gressaye, *La discipline dans les entreprises, les syndicats, et les professions organisées*, in *Archives de philosophie du droit*, 1953-1954, Sirey, p. 75).

¹⁷³⁴ V. de manière générale : F. Gaudu, *L'ordre public en droit du travail*, in *Le contrat au début du XXIe siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 363 et s. ; F. Gaudu, R. Vatinet, *Les contrats de travail*, préc., n° 222 et s. ; J. Hauser, J.-J. Lemouland, *Ordre public et bonnes mœurs*, *Rép. civ. Dalloz*, 2004, mise à jour 2011, n° 87.

¹⁷³⁵ N. Meyer, *L'ordre public en droit du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, LGDJ 2006, préf. J. Pélissier, n° 126.

¹⁷³⁶ V. N. Meyer, *L'ordre public en droit du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, préc., n° 127.

peut se comprendre que par une dualité de valeurs sociales protégées¹⁷³⁷ : d'une part, l'intégrité physique des personnes, d'autre part, la communauté des travailleurs¹⁷³⁸.

Plus radicalement, le droit du travail impose une vision particulière du rapport entre employeur et employé. D'abord, les dispositions impératives n'ont pas vocation à simplement régir une relation contractuelle mais bien à instaurer la protection d'une collectivité¹⁷³⁹.

Ensuite, il apparaît également que ladite catégorie embrasse plus que le salarié doté d'un contrat de travail, en visant plus généralement le travailleur. Cette vision, dont le droit pénal du travail se trouve nécessairement tributaire, est relayée par la conceptualisation de l'idée de relation de travail.

477. De l'intérêt individuel à l'intérêt collectif. D'abord, en détachant l'objet de sa protection de la relation contractuelle le droit pénal, même dans ses acceptions les plus techniques, aurait pour vocation la protection d'un intérêt collectif, distinct de l'intérêt individuel de la personne du contractant. Les auteurs s'accordent en effet à refuser de réduire l'intérêt collectif à une somme d'intérêts individuels¹⁷⁴⁰. Le droit offre donc un régime de protection commun à tous les salariés ou à tous les consommateurs. De ce constat découle alors naturellement l'idée d'une protection collective. Ainsi, le droit pénal se contente ici de ratifier le particularisme du rôle des dispositions contractuelles. Il ne reste alors plus qu'un pas à franchir pour affirmer que le droit pénal conserve sa fonction répressive traditionnelle grâce à la mutation de celle de la responsabilité civile. Plus spécialement, le droit du travail propose lui-même la formulation d'une décontractualisation de la relation en basculant du contrat à la relation de travail.

¹⁷³⁷ A défaut, en effet, il y a aurait atteinte à la règle *non bis in idem* : un fait unique ne peut être puni deux fois. Sur cette règle du cumul d'infractions, v. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 232 et s.

¹⁷³⁸ En ce sens : M. Bénéjat, *La responsabilité pénale professionnelle*, préc., n° 253 : « outre le fait qu'il participe à la protection de l'intégrité physique des personnes, le manquement aux normes de sécurité garantit la discipline sociale dans le monde du travail ». – Adde : A. Cerf-Hollender, *Consentement*, *Rép. civ. Dalloz*, 2007, n° 105 et s.

¹⁷³⁹ V. pour une proposition plus large : E. Dreyer, *L'imputation des infractions en droit pénal du travail*, RSC 2004, p. 813 et s., spéc. n° 1.

¹⁷⁴⁰ V. notamment, L. Boy, *L'intérêt collectif en droit français, (réflexions sur la collectivisation du droit)*, th. Nice 1979, t. 1, n° 7 ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préc., n° 42. V. toutefois en matière de personne morale : G. Wicker, *Personnes morales*, *Rép. civ. préc.*, n° 26 : « S'il convient d'admettre, avec la théorie de la réalité technique, que la personnification d'un groupement suppose qu'il soit porteur d'un intérêt distinct, l'affirmation selon laquelle cet intérêt est de nature collective et se définit par opposition aux intérêts individuels des membres se trouve en revanche démentie par la loi qui attribue la personnalité morale aux fondations et à certaines sociétés unipersonnelles ».

478. Du contrat de travail à la relation de travail. Ensuite, le législateur ne restreint pas ce seuil minimum de protection aux seuls salariés détenteurs d'un contrat de travail pleinement valable. La nullité, comme l'annulation du contrat, ne suffisent pas, en effet, à exclure le travailleur du champ de la protection¹⁷⁴¹. La lecture des travaux préparatoires de la loi du 17 octobre 1981 éclaire sur la volonté du législateur : « consacrer légalement la relation de travail de fait existant entre l'employeur et son salarié étranger dépourvu de titre de travail régulier »¹⁷⁴². Pour tenter d'expliquer le maintien des effets passés du contrat annulé, certains auteurs ont proposé l'idée de la relation de travail. Durand, le premier, envisagea en France le contrat de travail comme une base réduite d'explication des rapports de travail¹⁷⁴³. Plus précisément, selon l'auteur, les lois sociales protectrices du salarié doivent trouver à s'appliquer dès lors que le salarié est embauché, qu'il occupe le poste de travail assigné et exécute la prestation demandée¹⁷⁴⁴. Autrement dit, « les lois sociales de protection du travail doivent s'appliquer sans avoir égard au défaut de correction juridique du contrat »¹⁷⁴⁵.

L'assertion paraît se vérifier au vu de la vision extensive des bénéficiaires des obligations faites à l'employeur : les contractants détenteurs d'un contrat efficace ne sont pas les créanciers privilégiés des obligations légales. La validité du contrat reste alors en droit social une donnée surabondante quant à l'application des dispositions protectrices du travailleur. Le Code du travail lui-même substitue d'ailleurs le terme de travailleur à celui de salarié, ratifiant ainsi expressément l'indifférence à l'efficacité du contrat¹⁷⁴⁶. Par suite, les dispositions relatives à la santé et à la sécurité ne peuvent être assujetties au constat d'un contrat de travail mais doivent être appliquées à l'ensemble des « personnes oeuvrant dans l'entreprise »¹⁷⁴⁷.

La mise en valeur du particularisme technique du fait générateur de responsabilité contractuelle et partant pénale, trouve alors un écho manifeste dans cette vision très large de la relation contractuelle. La démarche politique de la législation sociale assure alors la légitimité de l'intervention du droit pénal. Dépassant le cadre contractuel traditionnel, les infractions de violation d'obligations contractuelles d'origine légale visent ainsi à assurer la protection des travailleurs indépendamment de la validité de leur contrat. Plus encore, la

¹⁷⁴¹ V. *supra*, n° 467 et s.

¹⁷⁴² M. Roujas, *Rapport au nom de la commission des affaires sociales*, Sénat 1980-1981, n° 380, p. 26.

¹⁷⁴³ V. P. Durand, *Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail*, JCP 1944. I. 387.

¹⁷⁴⁴ V. la présentation synthétique de C. Freyria, *Nullité du contrat de travail et relation de travail*, Dr. soc. 1960, p. 619 et s., spéc. n° 4.

¹⁷⁴⁵ P. Durand, A. Vitu, *Traité de droit du travail*, préc., n° 115 et s., spéc. n° 121. –Comp : R. Savatier, *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui*, in *Le droit privé français au milieu de 20^{ème} siècle : Etudes offertes à G. Ripert*. T. I. Etudes générales, droit de la famille, LGDJ, 1950, p. 75.

¹⁷⁴⁶ C. trav., art. L. 4111-1.

¹⁷⁴⁷ G. Auzero, *Travail. Santé et sécurité au travail*, préc., n° 12.

vision pénale du contrat, mise en valeur par des infractions marquées par une originalité du fait délictueux, peut également être ici décelée alors même que le fait générateur de responsabilité pénale est en tout point semblable au fait générateur de responsabilité contractuelle.

Parallèlement à cette remarque plutôt rassurante sur la légitimité du droit pénal, le concept de relation de travail interroge alors sur la pérennité de la conception contractuelle de la responsabilité. Selon la doctrine allemande, les règles applicables au contrat s'appliquent même « si un contrat n'a pas été conclu, ou si ce contrat est nul, ou si l'on ne peut passer de contrat valable. La relation de travail qui existe en fait est saisie par le droit, sans égard à sa forme contractuelle »¹⁷⁴⁸. L'on est alors en droit de se demander ce qu'il reste du contrat.

B- La vision contractuelle menacée

479. Le refus d'une disparition annoncée. Les auteurs à l'origine de la conceptualisation française de la relation de travail présentent eux-mêmes le net déclin du contrat de travail. « Le contenu du contrat de travail s'amenuise progressivement, la détermination des conditions de travail ne relève presque plus de l'autonomie des parties, elle est l'œuvre des lois, de décrets, de règlements intérieurs, de conventions collectives, parfois même d'usages impératifs »¹⁷⁴⁹. Ainsi, « le contrat, presque vidé de son contenu, sert surtout à définir le champ d'application des lois du travail »¹⁷⁵⁰. Toutefois, sans nier l'évolution manifeste de la figure contractuelle, d'autres auteurs insistent sur le rôle fondamental conservé par le contrat dans les relations de travail. Malgré le développement de la réglementation du travail, le lien unissant le salarié au travailleur resterait de nature contractuelle¹⁷⁵¹.

Cette proposition peut convaincre en observant les conditions permettant de consacrer la notion de relation de travail. La présentation originelle de cette notion en droit allemand incite en effet à maintenir un certain parallélisme avec le contrat. Pour la doctrine allemande, la

¹⁷⁴⁸ H. Potthoff « Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis? » dans la revue *Arbeitsrecht*, 1922, p. 275 et s cité par C. Freyria, *Nullité du contrat de travail et relation de travail*, préc., n° 2.

¹⁷⁴⁹ P. Durand, A. Vitu, *Traité de droit du travail*, préc., n° 118.

¹⁷⁵⁰ P. Durand, A. Vitu, *Traité de droit du travail*, préc., *loc. cit.* – Adde : S. Le Gac-Pech, *La figure contractuelle en droit du travail*, D. 2005, p. 2250 et s. ; J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme de l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, th. Paris, 1969, n° 173 et s.

¹⁷⁵¹ G. Lyon-Caen, *Défense et illustration du contrat de travail*, Archives de philosophie du droit, 1968, p. 14 ; C. Radé, *La figure du contrat dans la relation de travail*, Dr. soc. 2001, p. 802 et s.

relation de travail suppose d'abord une union caractérisée par un accord de volontés¹⁷⁵². Ce simple acte de volonté se trouve cependant insuffisant et doit être complété par l'entrée du travailleur dans l'établissement, manifestée concrètement par l'inscription sur le registre du personnel, l'attribution d'une fonction et la remise des instruments de travail¹⁷⁵³. Un autre auteur fait valoir que la relation de travail repose sur la formation d'une communauté de travail. Cette dernière est constituée dès lors qu'une personne place sa force de travail à la disposition d'une autre¹⁷⁵⁴.

A s'en tenir à cette présentation, le lien entre la relation de travail et la définition du contrat, et plus spécifiquement du contrat de travail, devient palpable. La principale particularité de la première à l'égard de la seconde réside dans l'indifférence proclamée à la nullité du contrat : l'union produit effet dans des cas où le contrat de travail serait nul¹⁷⁵⁵. En définitive, si le rattachement au contrat est possible, il consiste en un tri des conditions de sa formation.

480. L'affirmation d'une conception contractuelle spéciale. La doctrine allemande fait valoir que la relation de travail se distingue du contrat principalement en ce qu'elle demeure indifférente aux conditions de validité énoncées par le Code civil. Les causes d'incapacité, l'illicéité de la cause ou encore les vices du consentement n'empêchent pas la relation de travail d'exister¹⁷⁵⁶. N'est-il pas alors possible de réduire les oppositions doctrinales sur l'aspect contractuel de la relation en proposant une distinction parmi les conditions de formation du contrat ?

L'idée de relation de travail apporte incontestablement un éclairage pertinent sur le rapport unissant le salarié à son employeur. Toutefois, les conditions présentées comme constitutives de ce rapport n'ont pas nécessairement à être dissociées du contrat. D'une part, nul ne nie la nécessité initiale d'un acte de volonté. D'autre part, les auteurs insistent sur la caractérisation d'éléments concrets permettant d'identifier la mise à disposition de la force de travail d'un individu. L'un comme l'autre de ces critères autorisent aisément un parallèle avec les conditions d'identification du contrat. Le rapport de travail doit tout d'abord caractériser les seuls éléments participant à l'existence du contrat par opposition à ceux relevant de sa

¹⁷⁵² W. Siebert, *Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hambourg, 1935, p. 87 et s. cité par P. Durand, *Aux frontières du contrat et de l'institution. La relation de travail*, JCP 1944. I. 387.

¹⁷⁵³ A. Nikish, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, Deutscher Rechtsverlag, 1941, cité par P. Durand, *Aux frontières du contrat et de l'institution. La relation de travail*, JCP 1944. I. 387, n° 59 p. 25.

¹⁷⁵⁴ A. Nikish, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, préc., n° 59 p. 25.

¹⁷⁵⁵ W. Siebert, *Die Begründung des Arbeitsverhältnisses*, Deutsches Arbeitsrecht, 1937, p. 89 et s. et 111 et s. cité par P. Durand, *Aux frontières du contrat et de l'institution. La relation de travail*, préc.

¹⁷⁵⁶ P. Durand, *Aux frontières du contrat et de l'institution. La relation de travail*, préc.

validité. Ensuite, il doit pouvoir faire l'objet d'une qualification spécifique, celle de rapport de travail. Ainsi, la relation de travail semble pouvoir être étroitement rapprochée du contrat dès lors que ce dernier est perçu dans son acception d'identification.

Le particularisme du régime probatoire vient alors confirmer cette proposition. La jurisprudence décide, en effet, que la preuve de l'existence d'un contrat de travail ne peut obéir aux règles de l'article 1341 du Code civil¹⁷⁵⁷ : « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »¹⁷⁵⁸. Cette preuve doit donc être libre. La mise à l'écart du régime probatoire contractuel s'inscrit alors dans la logique de l'indifférence à la nullité du contrat de travail. Le droit du travail accepte donc de nier les conditions d'efficacité du contrat.

481. La portée de la conception contractuelle spéciale. Le particularisme de la notion de contrat de travail ne peut aujourd'hui plus être nié. Pour autant, même la doctrine la plus hostile à la qualification contractuelle ne propose pas sa complète négation. C'est dire alors que le rapport unissant le salarié à l'employeur n'adopte ni ne rejette le contrat dans sa globalité. Cette perception impose, par conséquent, de faire le parallèle avec la notion pénale de contrat. Indifférent aux conditions relevant seulement de l'efficacité du contrat, le droit pénal trouverait ainsi un écho en droit du travail. Pareille identité interroge naturellement sur un possible rapprochement des fonctions de ces deux matières.

La jurisprudence sociale ne se révèle pas de prime abord en ce sens. En effet, si elle proclame incontestablement son indifférence tant aux règles de validité qu'aux règles de preuve normalement applicables en matière contractuelle, elle qualifie la responsabilité encourue par l'employeur de responsabilité contractuelle¹⁷⁵⁹. A s'en tenir à cette proposition, seul le droit pénal paraît pouvoir être isolé de la responsabilité contractuelle, et partant, de ses fonctions. Pourtant, la vision spécifique du contrat de travail rend le choix de la responsabilité contractuelle pour le moins inadéquat. Nombre de dispositions se trouvent en effet applicables dans le cadre de relations dont la validité contractuelle peut être niée¹⁷⁶⁰. Par ailleurs, la doctrine formule de plus en plus nettement le vœu d'une autonomie de la responsabilité

¹⁷⁵⁷ Elle opère ainsi une distinction entre le contenu du contrat et l'existence de ce dernier. V. F. Gaudu, R. Vatinet, *Les contrats de travail*, préc., n° 22.

¹⁷⁵⁸ Cass. soc., 19 déc. 2000, Dr. soc. 2001. 227, note A. Jeammaud.

¹⁷⁵⁹ V. *supra*, n° 437 et s.

¹⁷⁶⁰ V. *supra*, n° 468 et s.

professionnelle¹⁷⁶¹. Partant de la distance naturellement mise entre cette responsabilité et la protection des intérêts privés, d'aucuns proposent de rejeter l'application de la responsabilité contractuelle¹⁷⁶² pour instituer un régime *sui generis*, adapté à son rôle plus collectif qu'individuel.

Le droit du travail rejoindrait ainsi le droit des sociétés pour affirmer l'originalité tant du rapport à l'origine de la responsabilité que de la responsabilité elle-même.

482. Bilan. En définitive, les apparences du droit pénal dit technique se révèlent finalement trompeuses. L'identité absolue entre les faits générateurs de responsabilités pénale et contractuelle pouvait laisser entendre que le droit pénal avait cédé à la tentation de sanctionner de simples inexécutions contractuelles. Calqué sur le fait générateur de responsabilité contractuelle, le fait délictueux aurait alors fait perdre à la matière pénale la spécificité de sa fonction. Pourtant, si incontestablement aucune originalité ne peut être identifiée dans la description du fait pénal, la légitimité de l'intervention criminelle peut néanmoins pleinement s'illustrer par l'originalité des obligations dont la méconnaissance est sanctionnée. D'une part, le droit pénal accepte parfois d'envisager un cadre non contractuel à l'infraction : la sanction pénale de la méconnaissance des dispositions extra-pénales en principe imposées au contractant et commise par un tiers, éloigne nécessairement le droit pénal de la sanction d'une quelconque inexécution contractuelle. D'autre part, et même lorsque le cadre de l'infraction est exclusivement contractuel, pareil éloignement peut être décelé dans les spécificités de la prise en compte du contrat par la discipline protégée elle-même. Ainsi, le Code du travail proclame-t-il lui-même l'indifférence aux règles d'efficacité du contrat. L'aspect collectif de la réglementation permet alors d'expliquer pareilles dispositions et de justifier l'intervention du droit pénal. Indifférent à la relation individuelle, le droit pénal fournit sa protection à des dispositions ayant une vocation collective.

C'est ainsi –paradoxalement– en calquant en tout point le fait délictueux des infractions sur l'inexécution contractuelle, que le droit pénal asseoit le particularisme non seulement de la notion pénale de contrat mais aussi de l'inexécution pénalement répréhensible.

¹⁷⁶¹ P. Serlooten, *Vers une responsabilité professionnelle*, in Mélanges offerts à P. Hébraud, Université des sciences sociales, 1981, p. 305 ; Ph. Rémy, *La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept*, préc., p. 323. V. en matière pénale : M. Bénéjat, *La responsabilité pénale professionnelle*, préc.

¹⁷⁶² V. surtout à propos de l'obligation de sécurité : G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 499 et s.

Conclusion du second chapitre

483. Une sélection par le particularisme extra-pénal. L'étude des interférences entre l'infraction et l'inexécution du contrat aboutit traditionnellement à la recherche d'une distinction de ces deux comportements. Le législateur, la jurisprudence et la doctrine veillent en effet à dissocier les conditions d'engagement de la responsabilité pénale de celles requises pour la responsabilité contractuelle. La première catégorie d'infractions d'inexécution contractuelle permet d'en prendre toute la mesure. Toutefois, ce constat est loin d'épuiser toutes les hypothèses de coïncidence entre l'infraction et la violation d'un contrat. En effet, lorsque le droit pénal endosse sa fonction dite technique, de nombreuses infractions peuvent être associées à la sanction d'une méconnaissance d'une obligation contractuelle. Le droit pénal du travail ou de la consommation en fournissent alors l'illustration topique, dès lors que l'on accepte de qualifier les obligations imposées par la loi d'obligations contractuelles.

L'observation de ces infractions impose ainsi un nouveau constat : celui de la parfaite identité des faits générateurs de responsabilités pénale et contractuelle. D'une part, le législateur recourt quasi systématiquement à l'incrimination dite par renvoi, imposant naturellement une identité formelle de ces faits puisque l'infraction consiste en ce cas en la méconnaissance d'une obligation préalablement présentée dans un autre texte. Logiquement, d'autre part, les infractions ne révèlent aucune spécificité du comportement de violation : moralement comme matériellement, les inexécutions contractuelles civiles et pénales se confondent. Une conclusion pourrait être tentante qui consisterait à rejeter pour ces infractions toute idée de sélection.

Pourtant, si aucune spécificité de l'inexécution du contrat pénalement répréhensible ne peut être trouvée dans la seule étude des composantes de l'infraction, toute autre est la situation lorsque l'on accepte de focaliser l'attention sur le particularisme de la relation contractuelle que le droit pénal propose de protéger. En effet, il apparaît alors que les disciplines concernées formulent elles-mêmes certaines spécificités autorisant la formulation d'une sélection fonctionnelle des comportements pénalement répréhensibles. Toutefois, pareille sélection ne repose plus sur un particularisme proprement pénal mais sur des spécificités formulées par les matières auxquelles le droit pénal fournit sa sanction. En effet,

les disciplines concernées par les infractions comparables à l'inexécution d'un contrat mettent en exergue une véritable vocation collective. Loin de protéger le simple rapport individuel né du contrat, les dispositions pénalement protégées révèlent une portée clairement collective : il s'agit de protéger les consommateurs ou encore les travailleurs en raison de cette qualité et non pas en raison de leur contrat.

Conclusion du premier titre

484. La spécificité de l'inexécution du contrat en droit pénal. Malgré la diversité des inexécutions contractuelles visées par le droit pénal dans le Code pénal ou les autres recueils législatifs, la prise en compte de ce fait générateur de responsabilité contractuelle ne signifie jamais que le législateur souscrit à la finalité indemnitaire de la responsabilité civile. Le droit pénal opère ainsi une sélection qui permet d'affirmer que l'inexécution du contrat pénalement répréhensible se distingue de l'inexécution contractuelle civilement réparable. La sélection, duelle dans ses modalités, repose sur un critère unique : seules les inexécutions à même de correspondre à la finalité du droit pénal doivent être pénalement sanctionnées. Le critère d'identification de l'inexécution du contrat en droit pénal revêt ainsi, à l'instar de la notion pénale de contrat, une nature fonctionnelle. Dans cette optique, les procédés de différenciation diffèrent alors selon le schéma infractionnel retenu.

D'une part, pour de nombreuses infractions le droit positif affirme le particularisme de l'inexécution pénale du contrat en imprimant à la violation pénalement sanctionnée plusieurs spécificités étrangères au fait générateur de responsabilité contractuelle. Le particularisme peut schématiquement se résumer comme suit : toute inexécution contractuelle ne peut constituer le fait générateur de responsabilité pénale, et tout fait délictueux d'une infraction ne caractérise pas les conditions du fait générateur de responsabilité civile. Le comportement de violation diffère ainsi selon qu'il est appréhendé par le droit pénal ou par le droit civil. Plus précisément, le droit pénal opère une sélection des inexécutions contractuelles en ne retenant que celles recelant une certaine gravité, laquelle est établie par une spécificité non seulement morale mais également matérielle du fait délictueux. Si la doctrine recourt traditionnellement aux valeurs classiques du droit pénal pour justifier pareille sélection, l'évolution de ces infractions et des interprétations qui en sont faites permet de maintenir cette affirmation tout en ratifiant la proposition d'associer les infractions à la protection de la confiance. L'inexécution contractuelle pénalement répréhensible consiste alors, dans cette optique, en une méconnaissance intentionnelle d'une obligation fondamentale du contrat.

D'autre part, des infractions siégeant hors du Code pénal prévoient un lien avec l'inexécution du contrat sans pour autant fixer cette fois-ci une quelconque frontière entre les faits générateurs de responsabilités contractuelle et pénale. Le schéma infractionnel de cette

catégorie d'infractions force en effet, tout d'abord, ce constat formel puisque le droit pénal s'engage à sanctionner la méconnaissance d'une obligation présentée dans une disposition extra-pénale. Cette identité est ensuite confirmée par la parfaite coïncidence des composantes tant matérielles que morales de l'inexécution pénalement et civilement prises en compte. La qualification contractuelle des obligations dont la violation est ainsi doublement envisagée impose le constat d'une identité absolue entre les faits générateurs de responsabilités pénale et civile. Pour autant, la recherche de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible ne doit pas être abandonnée mais seulement déplacée : si aucun particularisme ne peut être trouvé dans des spécificités du fait délictueux, l'observation de l'obligation dont la violation est sanctionnée se révèle au contraire riche d'enseignements. Le droit pénal, lorsqu'il fournit sa sanction à la méconnaissance d'obligations imposées par la loi aux contractants, protège en réalité bien plus que la loyauté contractuelle. Des indices techniques permettent d'abord de s'en convaincre. Les disciplines pour lesquelles le droit pénal intervient laissent ainsi envisager la commission de l'infraction par un tiers au contrat. Plus radicalement, les matières auxquelles le droit pénal fournit sa sanction forment elles-mêmes des solutions de prime abord étonnantes en ce qu'elles se rapprochent ostensiblement de la finalité du droit pénal. Ainsi en est-il du droit du travail qui maintient les obligations à la charge de l'employeur en cas de nullité du contrat, ou du droit de la consommation qui prévoit des sanctions dont le caractère punitif ne peut plus être nié. Ensuite, l'étude plus politique de l'objet des dispositions auxquelles le droit pénal associe sa sanction, révèle la nécessité manifeste d'envisager pareilles obligations de manière collective. Autrement dit, les obligations dont la violation est pénalement sanctionnée dépassent les simples rapports individuels pour participer à une organisation collective des rapports jugés déterminants dans une société.

En définitive, que le droit pénal formule visiblement les spécificités pénales de l'inexécution contractuelle ou qu'il se contente de relayer les comportements prévus par d'autres disciplines, il refuse de prendre en compte la moindre inexécution contractuelle et formule ainsi une véritable sélection fonctionnelle des comportements pénalement répréhensibles. Seule cette présentation permet alors de comprendre le régime prévu pour la réparation de l'ensemble des infractions coïncidant avec la violation d'un contrat, régime jusqu'alors presque unanimement condamné.

Titre II - Le particularisme de la réparation de l'inexécution pénale

485. Des questions originales. Dans un régime procédural mixte, à dominante inquisitoire¹⁷⁶³, la place de la victime ne peut qu'être secondaire¹⁷⁶⁴. C'est pourquoi le Code de procédure pénale encadre l'exercice de l'action civile en ne l'offrant qu'« à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction »¹⁷⁶⁵. Cette action, qui consiste d'abord¹⁷⁶⁶ à demander réparation d'un dommage causé par une infraction pénale, soulève inévitablement des interrogations propres aux infractions d'inexécution contractuelle. En effet, détachée de son aspect répressif, l'action civile adopte une finalité réparatrice comparable à l'objectif de la responsabilité contractuelle¹⁷⁶⁷. Cette identité de finalité invite alors nécessairement à poser la question de l'application des règles de la responsabilité contractuelle pour réparer le dommage subi par ce type d'infraction contractuelle. Le fait générateur de responsabilité pénale perdrait ainsi son particularisme au stade de la réparation du dommage causé. L'observation du droit positif révèle au contraire l'absence d'une quelconque référence au régime contractuel.

486. Des réponses spécifiques. Quelle que soit la catégorie d'infractions contractuelles envisagée, le droit pénal incline clairement en faveur du maintien de l'originalité du fait générateur de responsabilité pénale. Ce sont, en effet, l'ensemble des règles de responsabilité contractuelle qui se trouvent exclues, par principe, du prétoire pénal au stade de la réparation. Une telle prise de position fait l'objet d'une condamnation quasi unanime de la doctrine qui énumère invariablement la même liste de critiques. Pourtant, il apparaît que le choix de l'ignorance des règles contractuelles ne mérite pas une telle hostilité dès lors qu'il est observé

¹⁷⁶³ Pour une présentation des différents systèmes, v. Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, préc., n° 21 et s. —Adde : C. Ambroise-Castérot, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, th. Bordeaux IV 2000.

¹⁷⁶⁴ Pour une comparaison des procédures civile et pénale de ce point de vue, v. R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 6.

¹⁷⁶⁵ C. proc. pén., art. 2.

¹⁷⁶⁶ L'action civile est présentée comme ayant double objet : indemniser la victime et condamner la personne poursuivie. V. notamment : Ph. Bonfils, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, préc., n° 199 et s. ; F. Boulan, *Le double visage de l'action civile*, JCP 1973. II. 2563 ; S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, préc., n° 1034 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 274.

¹⁷⁶⁷ Conformément aux prévisions de l'article 1147 du Code civil. V. pour le débat relatif à la notion même de responsabilité contractuelle *infra*, n° 526 et s.

à l'aune de la sélection opérée au stade de la constitution de l'infraction. La position criminelle peut alors en effet et en premier lieu être légitimement expliquée. Ensuite, alors que les critiques trouvent l'essentiel de leur fondement dans le régime appliqué à la victime, le particularisme assurant ladite sélection permet d'affirmer l'absence d'impact du choix des règles délictuelles sur ce régime. Les critiques si souvent adressées à l'exclusion du régime contractuel perdent donc l'essence de leur fondement.

Ainsi, le sens du particularisme de la réparation (Chap. 1) comme la portée de ce dernier (Chap. 2) doivent être envisagés à l'aune du particularisme de la constitution du comportement d'inexécution pénalement répréhensible.

Chapitre I - Le sens du particularisme de la réparation

487. Un régime civil alternatif. Les infractions envisageant potentiellement le contrat comme élément constitutif ne soulèvent pas toutes de discussion quant au régime applicable pour la réparation du dommage en résultant. En effet, la question de la mise en œuvre des règles de la responsabilité contractuelle ne peut se poser qu'en présence d'une infraction comparable à l'inexécution d'un contrat. Le fondement d'une telle précision est simple : la responsabilité contractuelle n'a lieu d'être qu'en présence d'une inexécution contractuelle. Par conséquent, les infractions n'exigeant que la formation d'un contrat excluent toute discussion relative au fondement de la réparation du dommage en résultant¹⁷⁶⁸. Au contraire, en présence d'une infraction d'inexécution contractuelle, le juge pénal se trouve confronté à un choix entre les deux régimes classiques de responsabilité civile.

Ce dernier peut, en effet, opter d'une part pour une application traditionnelle de la responsabilité délictuelle, à l'instar du fondement de la réparation du dommage de n'importe quelle autre infraction. Il peut, d'autre part, se focaliser sur l'aspect contractuel de l'infraction et ainsi appliquer les règles de la responsabilité contractuelle. Le principe proclamé par le droit positif est indéniablement celui de l'exclusion du fondement contractuel.

Un tel choix (Section 1), qui n'emporte pas l'adhésion de la doctrine, paraît pourtant trouver une explication convaincante dans la sélection fonctionnelle opérée au stade de la

¹⁷⁶⁸ Seule une discussion relative au prononcé de la nullité par le juge pénal suscite l'intérêt. Les thèses relatives à l'interaction du contrat et du droit pénal l'envisagent largement (v. alors les références citées *supra*, n° 15). La Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que les juges du fond, ne peuvent, sans excéder leurs pouvoirs, se prononcer sur la validité du contrat (Cass. crim., 13 févr. 1995, Bull. crim., n° 63 ; 27 oct. 1953, *ibid.*, n° 271. L'action en nullité est considérée comme une action à fins civiles, même si l'infraction révèle le défaut de régularité du contrat. Une partie de la doctrine conteste cette impossibilité, faisant valoir « qu'il apparaît logique que soient réglées par une procédure unique les suites pénales et les conséquences civiles d'un même fait infractionnel » (A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, préc., n° 573). Pourtant, aujourd'hui encore, la compétence d'annulation du contrat du juge pénal est par principe exclue. Ce principe se trouve d'ailleurs renforcé par la présence de dispositions législatives octroyant expressément un pouvoir d'annulation du contrat aux juridictions pénales. Ainsi, d'une part, l'article L. 654-13 du Code de commerce incrimine « le fait, pour le créancier, après le jugement ouvrant la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, de passer une convention comportant un avantage particulier à la charge du débiteur ». Le texte ajoute alors que « la juridiction saisie prononce la nullité de cette convention ». D'autre part, l'article L. 421-3 du Code de la consommation autorise le juge pénal à se prononcer sur l'action en suppression d'une clause illicite ou abusive intentée par une association de consommateurs.

constitution de l'infraction d'inexécution contractuelle ce qui impose ainsi de procéder à l'appréciation de ce choix (Section 2).

Section 1- Le constat de l'élimination des règles contractuelles

488. L'ignorance pénale du lien contractuel. La jurisprudence criminelle s'attire les foudres de la doctrine –civile mais aussi pénale– en formulant catégoriquement l'exclusion de principe des règles de la responsabilité contractuelle de la réparation du dommage résultant d'une infraction pourtant comparable à l'inexécution d'un contrat.

En présence d'une infraction d'inexécution contractuelle, les juridictions criminelles affirment ainsi, avec une rare constance, que seule la responsabilité délictuelle doit servir de fondement à la réparation. En adoptant pareille solution, le juge pénal refuse de faire produire à l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible un quelconque effet contractuel, même au stade de la réparation. Ainsi, là où le juge civil appliquerait sans hésitation les règles contractuelles, son homologue criminel rejette toute immixtion du régime contractuel. Pourtant l'aspect répressif du droit pénal, en principe réservé à l'action publique, ne devrait plus pouvoir servir ici de fondement à l'affirmation d'un particularisme pénal¹⁷⁶⁹. La portée de l'exclusion du régime contractuel ne peut qu'en être plus forte.

Plus spécialement, les infractions pour lesquelles aucun particularisme ne peut être mis en valeur par les spécificités du fait délictueux fournissent également l'occasion au droit pénal d'affirmer sa volonté de dépasser l'aspect contractuel des infractions. En effet, malgré l'affirmation de la nature contractuelle de la responsabilité¹⁷⁷⁰, législateur et jurisprudence consacrent de plus en plus largement des actions civiles dites collectives¹⁷⁷¹. Or, le régime de ces dernières atteste d'une véritable indifférence au rapport contractuel. L'action civile est seulement tributaire d'une atteinte à l'intérêt collectif, transcendant ainsi la relation individuelle caractéristique du contrat.

¹⁷⁶⁹ Le Code de procédure pénale distingue clairement l'action publique de l'action civile. La première est « l'action pour l'application des peines » (art. 1^{er}), la seconde vise « l'action en réparation du dommage causé ». J. Leroy, *La constitution de partie civile à fins vindicatives (défense et illustration de l'article 2 du Code de procédure pénale)*, th. Paris XII, 1990, t. 1, p. 114 : « La réparation est la finalité de la responsabilité civile, comme la répression est la fin de la responsabilité pénale ».

¹⁷⁷⁰ V. *supra*, n° 437 et s.

¹⁷⁷¹ L'action d'un groupement pour la défense de l'intérêt collectif fait l'objet de nombreuses études. V. notamment : Ph. Bonfils, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, préc., n° 46 et 80 ; M.-C. Broudicou, *Etude critique des liens entre l'action publique et l'action civile*, préc., p. 31 et s. ; H. Dupeyron, *L'action collective*, D. 1952, p. 153 ; R. Vouin, *De la recevabilité de « l'action syndicale »*, JCP 1955. I. 1207.

Ainsi, le droit pénal ignore le contrat au stade de la réparation des infractions d'inexécution contractuelle tant par la reconnaissance d'actions civiles collectives (§1) que par l'affirmation expresse de l'application du seul régime délictuel (§2).

§1 : La reconnaissance d'actions civiles collectives

489. Le sens de la consécration. Les actions offertes aux groupements collectifs ont connu « un essor fulgurant »¹⁷⁷². Désormais, les personnes physiques ne demeurent plus seules à pouvoir se constituer partie civile. Or, les infractions pour lesquelles le législateur ne prévoit aucune spécificité dans le fait de violation pénalement sanctionné –soit la deuxième catégorie d'infractions d'inexécution contractuelle– sont nettement associées à cette consécration d'actions collectives. La coïncidence manifeste entre ces actions et cette catégorie d'infractions va alors permettre de confirmer, au stade de la réparation, le particularisme de ces inexécutions contractuelles pénalement répréhensibles.

Le processus de consécration de ces actions (A) comme leur fondement (B) permet, en effet, d'attester le particularisme mis en exergue au stade de la constitution des infractions.

A- Le processus de reconnaissance des actions civiles collectives

490. La position du problème. L'article 2 du Code de procédure pénale dispose que l'action civile « appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ». Une personne morale peut alors sans aucune difficulté exercer une action en réparation du dommage causé par une infraction, dès lors qu'elle justifie d'un préjudice personnel directement causé par l'infraction. L'action civile d'un groupement peut ainsi ne soulever aucune spécificité par rapport à celle exercée par un individu¹⁷⁷³. La question est en revanche toute autre si le groupement agit pour défendre non plus ses intérêts personnels mais l'intérêt collectif dont elle a la charge¹⁷⁷⁴. « Ces actions sont, par nature, ambiguës. D'un côté, il semble que le groupement qui les exerce est dans la position de n'importe quel demandeur dans un procès en responsabilité civile, c'est-à-dire qu'il recherche

¹⁷⁷² M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, préc., n° 33.

¹⁷⁷³ Si ce n'est de déterminer si le groupement possède de la personnalité juridique. V. par ex. Cass. crim., 10 juil. 1979, Bull. crim., n° 244.

¹⁷⁷⁴ V. sur cette distinction : M.-C. Broudiscou, *Etude critique des liens entre l'action publique et l'action civile*, préc., p. 31.

la réparation du préjudice qu'il a subi. D'un autre côté, la particularité de l'intérêt collectif est telle qu'elle fait douter de la possibilité d'appréhender ce type d'actions en des termes aussi classiques »¹⁷⁷⁵.

La jurisprudence et le législateur ont pourtant largement accepté une telle proposition, en adaptant les règles classiquement applicables¹⁷⁷⁶.

491. L'ouverture de l'action civile aux groupements. Les infractions d'inexécution contractuelle pour lesquelles le législateur n'a prévu aucune spécificité du fait délictueux fournissent d'innombrables occasions d'illustrer l'action civile dite collective¹⁷⁷⁷.

Le droit pénal du travail, en premier lieu, a autorisé le dépassement des actions civiles individuelles. Naturellement, le salarié victime d'une infraction à la réglementation du travail peut se constituer partie civile afin d'obtenir réparation de son dommage. Ainsi, la Chambre criminelle admet la recevabilité de l'action civile du travailleur clandestin justifiant d'un préjudice directement causé par le délit de travail dissimulé¹⁷⁷⁸. Toutefois, la jurisprudence admet depuis longtemps l'action civile des syndicats professionnels¹⁷⁷⁹, ce que consacre désormais largement l'article L. 2132-3 du Code du travail¹⁷⁸⁰.

Ensuite, la protection des consommateurs est également prise en compte par la reconnaissance d'une action civile collective, prévue par l'article L. 421-1 du Code de la consommation. La formule retenue révèle d'ailleurs l'ambiguïté de la qualification d'action civile puisque le législateur décide que « les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, *exercer les droits reconnus à la partie civile*¹⁷⁸¹, relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ». La qualité pour agir semble ici offerte de manière indirecte, témoignant de la délicate juxtaposition de l'action civile classique et des actions civiles collectives. C'est pourquoi ces actions, pour être

¹⁷⁷⁵ S. Carvale, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préc., n° 182.

¹⁷⁷⁶ V. de manière générale, H. Kotz, *La protection en justice des intérêts collectifs*, in *Accès à la justice et Etat-Providence*, Economica 1984.

¹⁷⁷⁷ Le droit français propose une solution plutôt originale au regard des droits étrangers. V. J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 326.

¹⁷⁷⁸ Cass. crim., 6 févr. 2001, Bull. crim., n° 32: « en effet, si la législation sur le travail clandestin a été édictée en vue de l'intérêt général, elle n'en tend pas moins également à la protection des particuliers, qui peuvent, lorsque sa méconnaissance leur a causé un préjudice personnel et direct, en obtenir réparation devant la juridiction pénale ».

¹⁷⁷⁹ Cass. ch. réunies, 5 avr. 1913, *Syndicat de défense de la viticulture française c/ Perreau*, D. 1914, 1, p. 65.

¹⁷⁸⁰ Les syndicats « ont le droit d'ester en justice. Ils peuvent devant toutes les juridictions exercer tous les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt de la profession qu'ils représentent ».

¹⁷⁸¹ Nous soulignons.

recevables, doivent faire l'objet d'une disposition en ce sens. Or, leur caractère dérogatoire tient à leur fondement : la protection d'un intérêt collectif.

Le particularisme manifeste des infractions du droit pénal des sociétés se trouve enfin naturellement corroboré par la mise à disposition d'une action civile collective à certains groupements. Ainsi, les associations agréées de défense des investisseurs en valeurs mobilières sont habilitées à exercer les droits de la partie civile dès lors que « l'intérêt collectif des investisseurs »¹⁷⁸² est mis en cause¹⁷⁸³.

B- Le fondement de la reconnaissance des actions civiles collectives

492. Le recours à l'intérêt collectif. Invariablement, le législateur soumet les actions civiles dites collectives à la mise en cause d'un intérêt collectif. L'action civile offerte aux syndicats de salariés existe ainsi à condition que l'infraction en cause porte atteinte « à l'intérêt de la profession qu'ils représentent »¹⁷⁸⁴. La disposition relative à l'action civile des associations de protection des consommateurs emploie, quant à elle, expressément l'expression d' « intérêt collectif »¹⁷⁸⁵. Enfin, les associations agréées de défense des investisseurs en valeurs mobilières peuvent exercer les droits de la partie civile en cas d'atteinte à « l'intérêt collectif des investisseurs »¹⁷⁸⁶.

493. La définition de l'intérêt collectif. Considéré comme une notion « assez vague »¹⁷⁸⁷, l'intérêt collectif est classiquement présenté par opposition tant à l'intérêt individuel de la victime initiale qu'à l'intérêt général¹⁷⁸⁸. D'une part, le préjudice invoqué par le groupement doit être distingué de l'atteinte sociale¹⁷⁸⁹. Le ministère public est en principe

¹⁷⁸² C.M.F., art. L. 452-2.

¹⁷⁸³ Plus ponctuellement, la Code de commerce autorise par exemple, en matière de banqueroute, l'administrateur, la mandataire judiciaire, le représentant des salariés, le commissaire à l'exécution du plan, le liquidateur ou la majorité des créanciers nommés contrôleurs agissant dans l'intérêt collectif, à se constituer partie civile (art. L. 654-17).

¹⁷⁸⁴ C. trav., art. L. 2132-3.

¹⁷⁸⁵ C. conso., art. L. 421-1.

¹⁷⁸⁶ C.M.F., art. L. 452-2.

¹⁷⁸⁷ A. Coeuret, E. Fortis, *Droit pénal du travail*, préc., n° 207. – Adde : P. Maistre du Chambon, note sous Cass. crim., 10 mai 2011, RPDP 2011, n° 2, p. 384, qui parle de « notion floue »; M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 181, qui parle de « concept impossible à définir ».

¹⁷⁸⁸ V. par ex. Cass. ch. Réunies, 5 avr. 1913, préc. : « l'action civile exercée par un syndicat est recevable dès lors que qu'elle a pour objet, non de donner satisfaction aux intérêts individuels d'un ou plusieurs de ses membres, mais d'assurer la protection de l'intérêt collectif de la profession envisagée dans son ensemble et représentée par le syndicat professionnel ».

¹⁷⁸⁹ V. par ex. Cass. crim., 9 déc. 1993, Bull. crim., n° 382.

seul tenu de la défense de l'intérêt général. Plus précisément, l'infraction doit soit exclusivement¹⁷⁹⁰, soit partiellement se rapporter aux droits de la collectivité en cause¹⁷⁹¹. Distincte de l'action du Parquet pour la répression du fait délictueux, l'action civile collective ne doit pas non plus être confondue avec l'action de la victime en réparation de son préjudice. Ainsi, d'autre part, et surtout, l'intérêt collectif doit être dissocié du préjudice individuel¹⁷⁹². Les règles en ce sens sont particulièrement significatives en droit du travail. Tout d'abord, la jurisprudence rejette l'action civile collective lorsque l'infraction consiste en la commission d'actes intentionnels atteignant individuellement les personnes qui en sont victimes. L'action en réparation du dommage dû à un abus de confiance ou un abus de biens sociaux doit être réservée à la victime directe de l'infraction¹⁷⁹³. Ensuite, la jurisprudence considère l'action civile des syndicats comme recevable même si la victime directe n'est pas membre du syndicat¹⁷⁹⁴ ou encore même si la victime directe ou ses ayants droit se sont également constitués partie civile¹⁷⁹⁵.

494. Portée du recours à l'intérêt collectif. Indépendamment du flou inhérent à la notion d'intérêt collectif, la seule référence à cette dernière suffit à déconnecter l'action civile de l'action en réparation fondée sur la responsabilité contractuelle. En effet, en acceptant d'ouvrir le prétoire pénal aux syndicats et aux associations, le législateur démontre que l'intervention pénale n'a pas pour vocation la protection du lien contractuel. Le salarié ou le consommateur ne sont pas seuls à pouvoir se constituer partie civile en cas de méconnaissance d'une obligation pourtant qualifiée de contractuelle. Le caractère collectif de l'intérêt défendu impose ainsi d'envisager les obligations dans un contexte nettement plus large que celui de la relation individuelle. Cette position s'impose pour l'action collective quel que soit le juge saisi¹⁷⁹⁶.

¹⁷⁹⁰ En cas de violation des règles sur le repos dominical par exemple (Cass. crim., 5 nov. 1979, D. 1980, IR. p. 296 ; 23 juil. 1980, Bull. crim., n° 232 ; 29 oct. 1996, *ibid.*, n° 375, D. 1997, IR. p. 20.) ou des règles relatives aux congés payés (Cass. crim., 5 déc. 1963, Bull. crim., n° 352).

¹⁷⁹¹ En cas de violation de la législation sur les marchés d'intérêt national (Cass. crim., 22 janv. 1970, D. 1970, p. 166, note J.-P. Costa, JCP 1970. II. 16326, note M. Guérin, RTDcom. 1970, p. 464, obs. J. Hémar), l'infraction protégeant « principalement l'intérêt général, mais aussi l'intérêt collectif ».

¹⁷⁹² D'aucuns proposent d'associer le préjudice collectif à celui qui doit exister à l'égard de tous les membres de la profession : C. Ambroise-Castérot, *Action civile, Rép. pén. Dalloz*, 2002, mise à jour 2011, n° 345.

¹⁷⁹³ V. notamment : A. Cerf-Hollender, *Consentement, Rép. civ. Dalloz*, 2007, n° 239.

¹⁷⁹⁴ T. corr. Seine, 27 nov. 1924, GP 1925. 1. 120.

¹⁷⁹⁵ Cass. crim., 9 juil. 1982, Bull. crim., n° 184.

¹⁷⁹⁶ « l'intérêt défendu, qui présente un caractère collectif, a pour cadre plus général celui de la société dans son ensemble » : F. Duquesne, C. Sachs-Durand, *Syndicats professionnels. III- Prérogatives et actions, Rép. trav. Dalloz*, 2006, n°61.

Plus encore, le juge pénal rejette l'action collective des syndicats lorsque le préjudice ne concerne qu'un ou plusieurs membres de la profession. Pareille exclusion ne remet pas en cause l'aspect collectif des dispositions pénalement sanctionnées. Au contraire, les infractions concernées reposent toutes sur un fait délictueux potentiellement distinct d'une inexécution contractuelle¹⁷⁹⁷. L'abus de confiance, par exemple, ne permet logiquement pas d'action civile collective dans la mesure où son particularisme ne résulte pas du caractère collectif de l'obligation mais des spécificités du fait délictueux¹⁷⁹⁸.

Ainsi, l'aspect collectif de la répression trouve un écho flagrant au stade de la réparation puisque l'action civile n'est pas réservée aux contractants¹⁷⁹⁹. En définitive, la seconde catégorie d'infractions d'inexécution contractuelle témoigne d'une originalité manifestée tant par le particularisme de leur constitution que par celui de leur réparation. Ces deux étapes révèlent que la légitimité du droit pénal, impossible à trouver dans une quelconque spécificité du fait délictueux, réside en réalité dans les spécificités manifestées par les obligations dont la violation fait l'objet d'une sanction.

495. Bilan de l'exclusion implicite du régime contractuel. En optant pour la reconnaissance d'action civile collective le législateur choisit de dépasser la stricte relation contractuelle. En effet, les contractants ne demeurent pas, loin s'en faut, les seuls titulaires de l'action en réparation du préjudice pourtant issu de la violation d'une obligation imposée dans le strict cadre contractuel. Seule la vocation générale de l'obligation violée peut alors expliquer pareil dépassement. Autrement dit, le particularisme des infractions ici concernées permet non seulement de justifier l'intervention du droit pénal mais également les règles adoptées au sujet de l'action en réparation. D'ailleurs, largement acceptée pour la seconde catégorie d'infractions d'inexécution contractuelle, l'action civile collective se fait en revanche plus rare pour les infractions de la première, c'est-à-dire pour lesquelles la finalité du droit pénal n'a pas son siège dans la vocation générale de l'obligation. Pour autant, le particularisme manifesté au stade de l'étude de leurs composantes trouve également un écho au stade de la réparation. La jurisprudence choisit en effet, de manière radicale, de fonder la réparation du dommage résultant de ces infractions sur la seule responsabilité délictuelle. L'ignorance de l'aspect potentiellement contractuel de ces infractions s'impose alors avec la force de l'évidence.

¹⁷⁹⁷ Les infractions ici envisagées appartiennent en effet à la première catégorie d'inéxecutions contractuelles pénalement répréhensibles. V. la distinction *supra*, n° 337.

¹⁷⁹⁸ Pour une présentation du particularisme de cette catégorie d'infractions v. *supra*, n° 338 et s.

¹⁷⁹⁹ En supposant admise la qualification de contrat. V. *supra*, n° 464 et s.

§2 : *Le choix de la responsabilité délictuelle*

496. Des voix concordantes. La coïncidence avérée entre une infraction pénale et une inexécution contractuelle pose naturellement la question de la nature des règles applicables à la réparation de leur dommage. Concrètement, ladite coïncidence conduit à une simple alternative. D'une part, l'accent peut être mis sur l'aspect infractionnel du fait dommageable en incitant ainsi à appliquer, à l'instar de n'importe quelle infraction, les règles de la responsabilité délictuelle. D'autre part, le juge peut préférer privilégier l'aspect contractuel du comportement en recherchant les conditions de la responsabilité contractuelle. Or, malgré la finalité commune des actions en réparation –la réparation du dommage–, juge pénal et juge civil optent respectivement, par principe, pour les responsabilités délictuelle et contractuelle. Puis, sans chercher l'unité, chacun approuve le choix opéré par l'autre. L'ignorance des règles contractuelles se trouve ainsi non seulement affirmée par le juge pénal (A) mais également approuvée par le juge civil (B).

A- L'affirmation du juge pénal

497. Le juge pénal et l'ignorance du contrat. Soumises à l'appréciation de la recevabilité d'une action civile, les juridictions criminelles affirment, par principe, qu'une infraction ne peut entraîner que l'engagement de la responsabilité délictuelle de son auteur. Les parties au contrat se voient donc dans l'incapacité d'invoquer la moindre règle contractuelle. Toutefois, le législateur est venu semer le trouble en intégrant l'article 470-1 au Code de procédure pénale. Ce dernier prévoit, en effet, la compétence du juge pénal « pour accorder, en application des règles du droit civil, réparation de tous les dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite. ». Une partie de la doctrine y a vu la consécration légale du possible fondement contractuel de l'action civile en cas d'infraction coïncidant avec une méconnaissance contractuelle. Pourtant, l'étude de cette disposition atteste en réalité du maintien du principe de l'exclusion des règles contractuelles (1), la directive légale n'étant applicable qu'à certaines hypothèses, qui plus est distinctes de la notion d'infraction contractuelle pénalement répréhensible (2).

1) Le principe de l'exclusion des règles contractuelles

498. L'exclusion générale de la responsabilité contractuelle. De manière particulièrement explicite, la jurisprudence criminelle affirme la nécessité de détacher l'infraction du régime de la responsabilité contractuelle. Initialement liée à la matière médicale¹⁸⁰⁰, dont la qualification d'inexécution contractuelle pénalement répréhensible peut ne pas convaincre¹⁸⁰¹, le juge pénal opta très tôt pour une formule générale dénuée de toute ambiguïté : « un fait dommageable lorsqu'il constitue une infraction pénale caractérisée entraîne une responsabilité d'ordre délictuel, faisant ainsi échec au principe du non-cumul des responsabilités contractuelles et délictuelles »¹⁸⁰². Ainsi, dès lors que le comportement dommageable constitue une infraction, c'est la responsabilité délictuelle qui, en principe, doit être appliquée par le juge pénal. La doctrine prend alors acte de cette règle en présentant l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible comme une exception au principe dit du non-cumul¹⁸⁰³ des responsabilités¹⁸⁰⁴. Plus spécialement, la Chambre criminelle de la Cour de cassation confirme sa faveur pour la responsabilité délictuelle en rejetant les règles particulières du régime contractuel.

499. Les exclusions spéciales des règles contractuelles. En plus d'affirmer de manière générale l'adoption de principe de la responsabilité délictuelle, le juge pénal concrétise sa position par le rejet de l'ensemble des spécificités contractuelles potentiellement applicables.

D'une part, il demeure hostile à l'application de la réglementation contractuelle. Les exemples les plus illustres sont le rejet de la règle de la réparation du préjudice seulement prévisible ou

¹⁸⁰⁰ V. par exemple : Cass. crim., 12 déc. 1946, JCP 1947. II. 3621, note R. Rodière, D. 1947, p. 94, GP 1997.1. 57 : « Si la responsabilité médicale est, en principe, contractuelle, il en est autrement lorsque, comme en l'espèce, le manquement à leurs obligations commis par un médecin ou une sage-femme présente les caractères d'une imprudence ou d'une négligence constitutive de l'infraction prévue et réprimée par l'article 319 du Code pénal ; qu'en ce cas, il y a lieu à l'application de la loi pénale, la cause de la responsabilité résultant nécessairement de la constatation du délit retenu à la charge du condamné ».

¹⁸⁰¹ Il s'agit en effet d'une infraction contractuelle dite « de hasard » puisque les violences ou homicides quels qu'ils soient n'ont une quelconque vocation contractuelle. V. *supra*, n° 333.

¹⁸⁰² Cass. crim., 27 juin 1972, GP 1973. 1. 249.

¹⁸⁰³ V. notamment : L. Leturmy, *La responsabilité délictuelle du contractant*, RTDciv. 1998, p. 839 et s., spéc., p. 849 ; C. Ophèle, *La responsabilité contractuelle dans la jurisprudence de la Chambre criminelle*, in *Mélanges en l'honneur de J. Stoufflet*, LGDJ, 2001, p. 263 et s., spéc., p. 265, G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, préc., n° 99.

¹⁸⁰⁴ Sur lequel v. *infra*, n° 514.

de la portée des clauses limitatives de responsabilité. D'abord, le droit des obligations prévoit, en effet, une limitation à la réparation du dommage découlant de l'inexécution d'un contrat : « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir »¹⁸⁰⁵. La Chambre criminelle a alors déclaré, à propos d'un abus de confiance commis par un dépositaire, « qu'en matière de dommage causé par une infraction pénale, le préjudice peut résulter d'éléments complexes, matériels ou moraux, que les juges apprécient souverainement sans être tenus de suivre les dispositions restrictives des articles 1149 et 1153, C. civ. »¹⁸⁰⁶. Ensuite, les juridictions pénales écartent l'application des clauses limitatives de responsabilité prévues dans le contrat dont la méconnaissance fait l'objet d'une infraction pénale¹⁸⁰⁷. Ainsi, les spécificités du régime contractuel sont rejetées par principe et non parce que la méconnaissance contractuelle en cause ne remplit pas les conditions de leur application.

Le juge pénal prononce, d'autre part, l'irrecevabilité d'une action en exécution¹⁸⁰⁸ ou en résolution¹⁸⁰⁹ du contrat pour lequel l'infraction coïncide avec l'inexécution alors que selon certains auteurs, l'exécution forcée du contrat, notamment, diminuerait nettement l'ampleur du préjudice de la victime¹⁸¹⁰. Une telle possibilité fut toutefois explicitement –mais temporairement– formulée par le législateur notamment à propos du délit d'émission de chèque sans provision. D'autres dérogations au rejet de principe de la réglementation contractuelle peuvent être d'ailleurs constatées, mais toutes révèlent un très strict encadrement, empêchant toute tentation de généralisation.

2) L'encadrement de la réception des règles contractuelles

500. Le caractère exceptionnel de la réception. Certaines décisions de la Chambre criminelle peuvent donner l'impression d'une incohérence jurisprudentielle. Elle accepte, en effet, tantôt de prononcer le remboursement d'une créance et donc une forme d'exécution forcée du contrat, tantôt d'appliquer l'ensemble des règles de la responsabilité contractuelle.

¹⁸⁰⁵ C. civ., art. 1150. Sur cette disposition, v. notamment, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 563.

¹⁸⁰⁶ Cass. crim., 15 juin 1923, DP. 1924. 1. 135. Dans le même sens, Cass. crim., 29 nov. 1955, D. 1956, p. 177.

¹⁸⁰⁷ Cass. crim., 10 mars 1958, Bull. crim., 1958, n° 254, RGAE., 1966. 345 obs. M. du Pontavice.

¹⁸⁰⁸ Cass. crim., 27 mai 1963, Bull. crim. n° 187.

¹⁸⁰⁹ Cass. crim., 18 oct. 1988, Bull. crim. n° 353, RTDcom. 1989, p. 288, obs. B. Bouloc, GP 1989. 2. 279, note J.-P. Doucet.

¹⁸¹⁰ En ce sens, M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 164 et s ; V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 291.

Pourtant, les arrêts concernés par cette ouverture au régime contractuel ne peuvent être considérés comme sonnant le glas du particularisme de l'action civile puisque dans l'un comme dans l'autre cas, l'application des règles contractuelles est autorisée de manière expresse et restreinte par les textes.

Dans la première hypothèse, seule une action en remboursement de la créance est –et plus précisément était– permise par le législateur. Si au contraire il s'agit d'appliquer le régime contractuel dans son entier, ce n'est cette fois-ci que lorsque plusieurs conditions précises sont réunies.

501. L'encadrement par la spécificité de l'action autorisée. Par principe refusée, l'action en exécution de l'obligation contractuelle peut toutefois être exercée si, et seulement si, un texte le prévoit expressément. C'est ainsi que le délit d'émission de chèque sans provision occasionna, avant sa disparition¹⁸¹¹, la recevabilité par le juge pénal d'une action en remboursement d'une somme égale au montant du chèque. Interprétée par la doctrine comme une action en exécution du contrat¹⁸¹², cette dernière ne doit son accueil devant la juridiction répressive qu'à l'édiction d'un décret-loi¹⁸¹³ prévoyant explicitement que le bénéficiaire du chèque peut demander la condamnation du tireur à lui verser « une somme égale au montant du chèque, sans préjudice, le cas échéant de tous dommages-intérêts ». Une prévision légale identique existe désormais à propos des délits de retrait de provision, de défense de payer, d'émission en méconnaissance d'une interdiction judiciaire ou d'une injonction de restitution des formules¹⁸¹⁴.

En revanche, en l'absence d'un tel texte, le juge pénal affirme avec constance et clarté que la réparation du préjudice ne peut être fixée au montant de la créance¹⁸¹⁵. Le juge pénal refuse ainsi de « confondre le montant du préjudice découlant directement de l'infraction, et qui seul ouvre droit à réparation, avec le montant de l'engagement précontractuel préexistant »¹⁸¹⁶. Ainsi, sans aval législatif, la jurisprudence pénale refuse d'aborder des questions

¹⁸¹¹ En application de l'art. 9 de la loi n° 91-1382 du 30 déc. 1991, modifiant l'art. 66 du décret-loi du 30 octobre 1935, l'émission de chèque sans provision n'est plus pénalement réprimée.

¹⁸¹² V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 291.

¹⁸¹³ Le Décret-loi du 24 mai 1938, qui ajoute une disposition à l'ancien article 66 du décret-loi du 30 octobre 1935.

¹⁸¹⁴ C.M.F., art. L.163-9 : « A l'occasion des poursuites pénales exercées contre le tireur, le porteur qui s'est constitué partie civile est recevable à demander devant les juges de la juridiction pénale une somme égale au montant du chèque, sans préjudice, le cas échéant, de tous dommages-intérêts. Il peut, néanmoins, s'il le préfère, agir en paiement de sa créance devant la juridiction civile ou commerciale ».

¹⁸¹⁵ V. à propos du délit de détournement de gage : Cass. crim., 10 mars 1992, JCP 1993. I. 3641, n° 8, note M. Véron, Dr. pén. 1992, comm. 229, note M. Véron.

¹⁸¹⁶ M. Véron, JCP 1993. I. 3641, note sous Cass. crim., 10 mars 1992, n° 8.

exclusivement contractuelles¹⁸¹⁷. Cette conclusion peut être transposée aux décisions prononçant cette fois-ci l'application de l'article 1147 du Code civil à la réparation du dommage résultant d'une infraction. Le législateur choisit alors de circonscrire l'incursion contractuelle devant le prétoire pénal non plus par l'étroitesse de l'action autorisée – l'ensemble des règles contractuelles étant applicables – mais par l'étroitesse des conditions dans lesquelles la dérogation est autorisée.

502. L'encadrement par la spécificité de l'hypothèse visée. Par un arrêt du 3 mars 1993¹⁸¹⁸, la Chambre criminelle affirme qu'une cour d'appel a légalement justifié sa décision au regard de l'article 1147 du Code civil, disposition emblématique de la responsabilité contractuelle. Ainsi, la Cour de cassation reconnaît que la juridiction pénale est parfaitement compétente pour se fonder sur le régime contractuel. Pareille solution paraît semer le trouble dans une jurisprudence jusqu'alors unanime.

Cependant, à ce fondement, la Cour ajoute celui de l'article 470-1 du Code de procédure pénale qui dispose en son premier alinéa que : « le tribunal saisi, [...] de poursuites exercées pour une infraction non intentionnelle « au sens des deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article 121-3 du Code pénal », et qui prononce une relaxe demeure compétent, [...] pour accorder, *en application des règles de droit civil*¹⁸¹⁹, réparation de tous les dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite »¹⁸²⁰. L'interprétation de cette disposition fit débat dès son insertion¹⁸²¹, spécialement à propos de l'éventuelle application de la responsabilité contractuelle. Si plusieurs auteurs envisagèrent cette précision comme « une porte ouverte à l'application par le juge pénal de toutes les règles du Code civil, y compris les dispositions concernant le régime contractuel »¹⁸²², deux options étaient en réalité envisageables¹⁸²³. D'une part, il semble possible de concevoir le texte comme une simple

¹⁸¹⁷ En ce sens, Cass. crim., 9 juil. 1970, D. 1970, p. 776 : « qu'en effet, aucune disposition légale n'autorisait les juges à ajouter à la réparation du dommage causé par le délit de détournement d'objet gagé, le remboursement d'une dette préexistante ».

¹⁸¹⁸ Bull. crim., n° 93.

¹⁸¹⁹ Nous soulignons.

¹⁸²⁰ V. sur cette disposition : V. O. Bouillane de Lacoste, *L'application des règles du droit civil en cas de relaxe du prévenu*, GP 1987, 1^{ère} sem. Doc. 397 ; R. Gassin, *Remarques sur l'interprétation jurisprudentielle de l'article 470-1 du Code de procédure pénale*, in Mélanges en l'honneur du Professeur J. Larguier : droit pénal et procédure pénale, PUG, 1993, p. 149 ; C. Roca, *De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives*, D. 1991, p. 85.

¹⁸²¹ Initialement introduite par la loi du 8 juil. 1983, modifié ensuite par les lois du 13 mai 1996 et du 10 juillet 2000.

¹⁸²² V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 311. – Adde : O. Bouillane de Lacoste, *L'application des règles du droit civil en cas de relaxe du prévenu*, préc., p. 400.

¹⁸²³ R. Gassin, *Remarques sur l'interprétation jurisprudentielle de l'article 470-1 du Code de procédure pénale*, préc., n° 3.

déroger aux règles traditionnellement applicables. Dans cette optique, la mise en œuvre des règles contractuelles n'aurait alors lieu d'être que pour les infractions non intentionnelles et dans une hypothèse de relaxe, conformément à la délimitation formulée par le texte. D'autre part, la portée du texte pourrait être présentée de manière plus large, qui associerait, par principe, le régime contractuel à l'action civile. Une telle interprétation conduit à analyser cette partie de l'article comme définissant, de manière générale, les règles applicables à l'action civile. Cette version pour le moins extensive¹⁸²⁴ de l'article 470-1 n'est pas celle retenue par la Cour de cassation. Certes, la jurisprudence a pu reconnaître à plusieurs reprises le possible recours au mécanisme de la responsabilité contractuelle¹⁸²⁵. D'aucuns ont alors déclaré comme « tout à fait imaginable que la Chambre criminelle profite de la réforme de 1983 pour modifier sa position de principe au regard des règles contractuelles ». Pourtant, le juge pénal continue d'affirmer l'exclusion de principe de la responsabilité contractuelle en dehors du cadre de l'article 470-1¹⁸²⁶.

Ainsi, s'il apparaît que les règles contractuelles ne sont pas totalement exclues de l'action en réparation exercée devant le juge pénal, ce dernier réserve cette ouverture aux cas et aux conditions strictement prévus par la loi. Or, le législateur envisage des effets particulièrement étendus –la réparation de tous les dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite et l'application des règles du droit civil–, mais dans un cadre très restrictif : qu'elles concernent « l'action publique qui vient d'échouer ou l'action civile qui entend encore prospérer »¹⁸²⁷, les conditions auxquelles ces effets se trouvent soumis sont nombreuses¹⁸²⁸. L'autorisation législative d'une application, par le juge pénal, du régime contractuel ne peut ainsi symboliser qu'une dérogation aux règles habituellement applicables¹⁸²⁹.

503. Bilan. En définitive, que la spécificité vienne de l'action contractuelle exceptionnellement autorisée ou du cadre restreint d'application de l'ensemble des règles

¹⁸²⁴ D'aucuns évoquent à ce propos une « véritable révolution procédurale » (O. Bouillane de Lacoste, *L'application des règles du droit civil en cas de relaxe du prévenu*, préc.), un « véritable bouleversement » (C. Roca, *De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives*, préc., p. 86).

¹⁸²⁵ V. par ex. Cass. crim., 26 mars 1991, Bull. crim., n° 141.

¹⁸²⁶ Cass. crim., 25 juin 1996, JCP 1996. IV. 2478.

¹⁸²⁷ R. Gassin, *Remarques sur l'interprétation jurisprudentielle de l'article 470-1 du Code de procédure pénale*, préc., n° 6.

¹⁸²⁸ Des conditions s'imposent tant à l'action publique qui a conduit à la relaxe, qu'à l'action civile. D'abord, s'agissant de l'action publique, les poursuites devaient concerner une infraction non intentionnelle et être exercées à l'initiative du ministère public ou sur renvoi du juge d'instruction. Ensuite, l'action civile quant à elle doit reposer sur une demande expresse formée par la partie civile ou son assureur, avant la clôture des débats, contre « le prévenu et les seuls civilement responsables qui figuraient déjà dans le procès originaire » (R. Gassin, *Remarques sur l'interprétation jurisprudentielle de l'article 470 du Code de procédure pénale*, préc., n°6).

¹⁸²⁹ V. *infra*, n° 535 et s.

contractuelles, législateur et jurisprudence maintiennent leur position de faveur pour l'association du juge pénal à la responsabilité délictuelle. Autrement dit, le principe d'exclusion des règles contractuelles demeure devant les juridictions répressives, leur réception étant soumise à une intervention législative expressément en ce sens. Ainsi, plus qu'un signe d'évolution du juge pénal en faveur de la recevabilité du fondement contractuel¹⁸³⁰, ces solutions paraissent plutôt abonder dans le sens de son rejet de principe. Si critiqué soit-il en doctrine¹⁸³¹, ce choix du droit pénal trouve pourtant un soutien indéfectible devant les juridictions civiles.

B- L'approbation du juge civil

504. La voix d'*electa una via, non datur recursus ad alteram*. Lorsque l'infraction constitue, sur le plan civil la violation d'un contrat, les juridictions civiles comme criminelles peuvent se trouver confrontées à l'application de la maxime *electa una via*, « une voie choisie, on ne peut revenir à l'autre »¹⁸³² (1). Or, le rejet par les unes comme par les autres de ce principe, et surtout le fondement de cette exclusion éclairent sur leur commune volonté de particulariser les actions en réparation d'une inexécution contractuelle pénalement répréhensible (2).

1) L'application potentielle d'*electa una via*

505. L'irrévocabilité de l'option entre les voies pénale et civile. « L'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction »¹⁸³³. La victime d'une infraction peut ainsi porter son action en réparation indifféremment devant la juridiction pénale ou devant le juge civil¹⁸³⁴. Ce principe dit de l'option n'est toutefois pas absolu¹⁸³⁵ et, lorsqu'il s'applique, une fois l'option levée, la victime ne peut plus revenir sur son choix. Plus précisément, le législateur formule une irrévocabilité unilatérale : seul le

¹⁸³⁰ V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 308.

¹⁸³¹ V. *infra*, n° 513 et s.

¹⁸³² L. Boyer, H. Roland, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999, n° 103.

¹⁸³³ C.p.p., art. 3, al. 1^{er}.

¹⁸³⁴ Pour une présentation de l'historique de ce principe, v. Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 608.

¹⁸³⁵ V. R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 357.

passage de la voie civile à la voie pénale est interdit¹⁸³⁶. En présence d'une inexécution contractuelle pénalement répréhensible, l'application de ce principe peut se révéler significative au vu des conditions élaborées par la jurisprudence.

506. Les conditions de l'irrévocabilité de l'option en question. L'application de la maxime suppose qu'il existe entre l'action exercée devant le juge civil et celle exercée devant le juge pénal, une triple identité. Naturellement tout d'abord, la personne qui formule la demande en réparation doit être la même devant chacun des juges. Ensuite, les actions exercées doivent avoir le même objet. Ce dernier étant déterminé par les « prétentions des parties »¹⁸³⁷, la maxime ne peut s'opposer par exemple à deux actions, l'une exercée au civil pour obtenir la résolution d'un contrat et l'autre au pénal pour obtenir réparation du préjudice causé par l'infraction¹⁸³⁸. Enfin, la cause des demandes doit également être identique. C'est sur cette dernière requête que la jurisprudence tant pénale que civile semble sceller son accord pour rejeter l'application du principe de l'irrévocabilité du choix à propos des inexécutions contractuelles pénalement répréhensibles.

2) L'exclusion formelle d'*electa una via*

507. La concordance des voix. En présence d'une inexécution contractuelle pénalement réprimée, la victime qui porte son action en réparation devant le tribunal civil, peut-elle ensuite revenir sur son choix en se constituant partie civile devant la juridiction pénale ? Naturellement davantage posée au juge pénal au vu de l'ordre des demandes imposé par l'article 5, la question a toutefois été posée au juge civil. Or, les magistrats s'accordent à reconnaître à la victime qui a porté son action au civil, la possibilité de revenir sur son option au motif que les deux actions ont une cause ou un fondement différents¹⁸³⁹.

508. La voix pénale. Dès 1930¹⁸⁴⁰, la Chambre criminelle a pu considérer qu'il n'y avait pas identité de cause entre d'une part, une action en résiliation de contrat de vente de marchandises et dommages-intérêts pour non-conformité de la marchandise et d'autre part,

¹⁸³⁶ C.p.p., art. 5 : « La partie qui exercé son action devant la juridiction civile compétente ne peut la porter devant la juridiction répressive ».

¹⁸³⁷ C.p.c., art. 4.

¹⁸³⁸ V. pour un exemple similaire : Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, préc., n° 236.

¹⁸³⁹ En ce sens, M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 141.

¹⁸⁴⁰ Cass. crim., 21 mars 1930, GP 1930. 1. 902.

l'action en dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par le délit de tromperie sur la qualité de la marchandise. Si le défaut d'identité d'objet aurait suffi à éclairer la décision à propos de l'action en résiliation du contrat, la discussion prend toute son ampleur au regard de la double demande de dommages-intérêts : la non-conformité à la fois constitutive d'une méconnaissance du contrat au civil et d'une infraction pénale implique-t-elle une identité de cause des demandes de réparation ? La réponse de la Chambre criminelle ne pouvait être plus claire.

Deux interprétations peuvent brièvement être proposées. Tout d'abord, il pourrait être tentant de comprendre la solution comme ratifiant une distinction radicale des causes. La cause de l'action devant le juge pénal serait l'infraction, celle de l'action devant le juge civil serait l'inexécution du contrat¹⁸⁴¹. Sans rentrer dans le vaste débat relatif à la notion de cause de l'action¹⁸⁴², cette distinction ne peut qu'être rejetée au vu de l'impasse à laquelle elle mène. Concevoir la cause de l'action civile comme l'infraction pénale aboutirait à nier la portée de la maxime : l'action civile serait toujours nécessairement distincte de l'action exercée à raison des mêmes faits devant le juge civil. L'analyse de l'arrêt de 1930 fournit alors semble-t-il les bases de la distinction des causes en ce qui concerne les faits constitutifs d'une infraction contractuelle pénalement répréhensible. L'action portée devant le juge civil est nécessairement de nature contractuelle. Or, jugée distincte, l'action civile exercée devant le juge pénal ne peut qu'être dépourvue de ce caractère¹⁸⁴³. Cette présentation trouve d'ailleurs confirmation dans une décision postérieure qui retient que « la première demande, qui se fondait sur l'exécution d'un contrat, différait essentiellement de la seconde, qui prenait sa source dans les faits de détournement reprochés aux prévenus »¹⁸⁴⁴.

509. La voix civile. Le juge civil, saisi d'un pourvoi fondé sur « *electa una via* », a pu se prononcer sur la triple identité nécessaire à son application suite à la commission d'un délit d'abus de confiance. La victime s'était constituée partie civile après avoir assigné le coupable devant un tribunal de grande instance en restitution des sommes versées pour l'acquisition

¹⁸⁴¹ V. M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 142.

¹⁸⁴² V. notamment, J.-P. Gilli, *La cause juridique de la demande en justice. Essai de définition*, LGDJ, 1962 ; R. Martin, *A la recherche de la cause en procédure civile*, D. 1988, p. 312 ; H. Motulsky, *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*, D. 1964, p. 235.

¹⁸⁴³ « la cause de l'action intentée devant le tribunal répressif est différente de la cause de l'action exercée devant la juridiction civile. Or, la cause de cette dernière est contractuelle, puisqu'il s'agit d'une action visant à tirer les conséquences de la violation de contrat ; c'est donc que la cause de l'action exercée devant la juridiction répressive, à raison des mêmes faits, n'est pas contractuelle » : M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 142.

¹⁸⁴⁴ Cass. crim., 19 févr. 1948, Bull. crim., n° 54.

d'un terrain. La troisième Chambre civile approuva la mise à l'écart de la règle « *electa una via* »¹⁸⁴⁵. Autrement dit, les magistrats considèrent que la triple identité requise ne pouvait être caractérisée en l'espèce. Deux interprétations sont alors envisageables.

Soit, il faut comprendre cette solution comme mettant l'accent sur la différence d'objet des demandes : une action en restitution d'une part, une action en réparation d'autre part. Soit, l'on doit convenir avec certains auteurs que la « cour de cassation semble admettre que devant la juridiction pénale le caractère de faute contractuelle que revêt l'infraction disparaît, alors que ce caractère subsiste lorsque l'action est exercée devant la juridiction civile »¹⁸⁴⁶. La généralité de la solution retenue par le juge civil incite, il est vrai, à partager l'avis doctrinal. En effet, la Cour de cassation, en reprenant les motifs de la Cour d'appel, considère que « le fondement de la demande étant purement contractuel, et diffère de ce fait de l'action civile portée devant la juridiction pénale, qui prend sa source dans une infraction aux règles du droit pénal »¹⁸⁴⁷. La 3^{ème} chambre civile paraît donc considérer que l'aspect contractuel de l'infraction s'efface devant le juge pénal, rendant ainsi les demandes nécessairement différentes. L'élimination, par les juridictions répressives, du caractère contractuel des faits objets de la poursuite semble donc approuvée par le juge civil.

510. Bilan. Le particularisme de la constitution des infractions comparables à l'inexécution d'un contrat impose, au stade de la réparation, certaines discussions spécifiques. La coïncidence potentielle entre le fait délictueux et la violation d'un contrat soulève inévitablement la question de l'application des règles de la responsabilité contractuelle par le juge pénal. Les spécificités du fait générateur de responsabilité pénale semblent alors se répercuter sur l'action civile.

D'une part, les infractions pour lesquelles la légitimité de l'intervention du droit pénal ne résulte pas du particularisme du fait délictueux mais de l'obligation elle-même, permettent d'envisager une action civile exercée par une personne non contractante. Cela correspond alors pleinement à la physionomie de ce type d'infractions puisque le particularisme de ces dernières siège dans la vocation générale de l'obligation. D'autre part, les incriminations dont l'originalité résulte du particularisme du fait délictueux, fournissent au juge pénal, avec l'approbation du juge civil, l'occasion de formuler l'exclusion du fondement contractuel. Ce constat doit alors être soumis à appréciation.

¹⁸⁴⁵ Cass. civ. 3, 28 nov. 1972, Bull. civ. III, n° 637.

¹⁸⁴⁶ M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 143.

¹⁸⁴⁷ Cass. civ. 3, 28 nov. 1972, préc.

Section 2- L'appréciation de l'élimination des règles contractuelles

511. La logique évidente de l'action civile collective. En subordonnant l'action civile collective à la démonstration d'une atteinte à un intérêt collectif, les infractions techniques offrent une réparation du dommage résultant de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible à des personnes non parties au contrat. Cette proposition ignore ainsi la vocation particulière du régime indemnitaire contractuel puisque les parties au contrat ne sont pas les seules à même d'exercer l'action en réparation. Pourtant, la consécration de telles actions civiles collectives trouve naturellement l'explication de leur existence dans le particularisme des infractions dont elles assurent la réparation. Ces actions sont en effet reconnues à propos d'incriminations pour lesquelles le fait délictueux se dissocie de l'inexécution contractuelle par la vocation collective de l'obligation. Autrement dit, puisque l'obligation dépasse le strict cadre contractuel¹⁸⁴⁸, la réparation du préjudice dû à sa violation quitte également de manière logique le seul rapport contractuel. La discussion se complexifie, en revanche, aux abords de l'affirmation expresse de l'application de la responsabilité délictuelle.

512. La logique recherchée de l'action délictuelle. La doctrine centre le débat relatif à la position du droit pénal sur l'exclusion de principe du fondement contractuel. Or, quasi unanimement les auteurs condamnent pareille solution en faisant valoir ses conséquences jugées inacceptables. Seuls certains veillent à défendre ce choix mais sans que les arguments n'emportent la conviction. Faut-il alors se résoudre à critiquer la position du droit pénal en la matière malgré la constance avec laquelle elle est exprimée ? La finalité réparatrice de l'action civile pourrait militer en ce sens, qui retire, à ce stade, toute pertinence au critère fonctionnel utilisé pour façonner le particularisme de la constitution de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible. Pourtant, ledit particularisme paraît pouvoir imposer l'exploration de la piste inverse. En effet, l'action civile est certes une action en réparation mais en réparation du dommage causé par l'infraction. Autrement dit, l'infraction reste au cœur de cette action malgré la disparition de la finalité répressive. Le particularisme mis en exergue au stade de la constitution de l'infraction ne peut alors être nié. Au contraire, il permet de comprendre le régime proposé aujourd'hui par le droit positif. Ainsi, l'éviction de

¹⁸⁴⁸ V. *supra*, n° 462 et s.

principe des règles contractuelles, si critiquée soit-elle (§1), trouve finalement à s'expliquer (§2).

§1 : La contestation de l'élimination des règles contractuelles

513. La critique des fondements du choix. La doctrine majoritaire condamne avec fermeté l'application, par le juge pénal, de la responsabilité délictuelle en présence d'une inexécution contractuelle pénalement répréhensible. Malgré sa constance¹⁸⁴⁹, cette solution est d'abord critiquée par un constat : celui de l'absence de fondement. Aucun texte ne semble ainsi emporter chez les auteurs la conviction d'une spécificité de l'action civile exercée devant les juridictions pénales à même de justifier pareil régime dérogatoire. La doctrine avance ainsi l'argument selon lequel les différentes dispositions potentiellement dans le sens d'une distinction des actions civiles selon le juge saisi ont disparu.

L'appréciation de la position criminelle avait initialement pour objet les articles 10 al. 3 du Code de procédure pénale et 69 de l'ancien Code pénal. Le premier disposait, à l'occasion du traitement de la prescription de l'action civile, que celle-ci « est soumise à tous autres égards, aux règles du Code civil ». Le second opérait un renvoi explicite aux articles 1382 à 1386 du Code civil, soit les dispositions relatives à la responsabilité délictuelle¹⁸⁵⁰. Toutefois, l'une comme l'autre de ces dispositions sont désormais abrogées¹⁸⁵¹. L'application des règles de la responsabilité contractuelle pourrait dès lors sembler envisageable.

En revanche, la doctrine passe en général sous silence le caractère accessoire de l'action civile, duquel découle par une étude du particularisme du fait délictueux ici en cause, l'explication de la position jurisprudentielle. Certes, les études relatives à l'action civile menées indépendamment du principe de non-cumul révèlent une atténuation de ce caractère accessoire. Toutefois, aucune ne conclut à sa disparition¹⁸⁵² et encore moins en l'associant aux infractions comparables à l'inexécution du contrat.

¹⁸⁴⁹ « Cette position de la jurisprudence criminelle, qui est très contestable sur le plan logique, mais dont la constance rend sans doute la critique vaine [...] » : G. Viney, note sous Cass. ass. plén., 15 nov. 1985, JCP 1986. II. 20568.

¹⁸⁵⁰ « Dans les autres cas de responsabilité civile qui pourront se présenter dans les affaires criminelles, correctionnelles ou de police, les cours et tribunaux devant qui ces affaires seront portées se conformeront aux dispositions du Code civil, livre III, titre IV, chapitre II ».

¹⁸⁵¹ V. pour une analyse de ces articles, C. Ophèle, *La responsabilité contractuelle dans la jurisprudence de la Chambre criminelle*, préc., spéc. p. 268.

¹⁸⁵² Ce que les manuels de procédure pénale attestent aujourd'hui en abordant le caractère accessoire de l'action civile comme une réalité. V. par exemple, J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 286 : « L'action civile est l'accessoire de l'action publique. Elle suppose une infraction comme un arbre suppose un tronc ».

514. La critique des incidences du choix. Ensuite, et surtout, ce qui finalement alerte le plus la doctrine réside non pas dans la solution criminelle elle-même mais dans l'une des conséquences qu'elle implique. En présence d'une infraction comparable à l'inexécution d'un contrat, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, en appliquant les règles de la responsabilité délictuelle, offre à la victime une option en principe proscrite. Plus précisément, le droit d'option entre les juridictions pénale et civile dont dispose la victime d'un fait infractionnel pour demander réparation de son préjudice autorise également une option entre les régimes délictuel et contractuel de responsabilité. Or, depuis 1890¹⁸⁵³, la Cour de cassation affirme avec fermeté son opposition au concours des deux régimes par ce qu'il est désormais convenu d'appeler le principe du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle.

Cette atteinte constitue alors l'essence du consensus doctrinal contre la position de la jurisprudence criminelle (A). Un tel argument ne peut être ignoré d'autant plus que ledit principe se justifie par des considérations jugées capitales en matière de responsabilité civile (B).

A- L'atteinte au principe du non-cumul des responsabilités

515. L'option ouverte à la victime d'une inexécution contractuelle pénalement répréhensible. La première option offerte à la victime d'un dommage né d'un fait infractionnel est connue et reconnue, qui consiste à ouvrir non seulement le prétoire civil mais aussi exceptionnellement le prétoire pénal¹⁸⁵⁴. En présence d'une infraction comparable à l'inexécution d'un contrat, cette option dépasse toutefois de simples considérations processuelles. En effet, en choisissant la voie pénale, la victime s'assure d'une mise à l'écart des règles de la responsabilité contractuelle applicables au contraire devant les juridictions civiles. Force est alors de reconnaître l'exclusion consécutive du principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. Cette règle, pourtant fondamentale en matière de responsabilité civile (1), est fatalement exclue en présence d'une telle infraction (2).

¹⁸⁵³ Cass. civ., 21 juil. 1890, DP. 1891. 1. 380.

¹⁸⁵⁴ V. *supra*, n° 505.

1) La règle de non-cumul des responsabilités

516. Précisions terminologiques. Malgré un vocable consacré, le principe du non-cumul doit sa principale critique –si ce n’est la seule¹⁸⁵⁵– à sa formulation. En effet, nul doute que personne ne soutient au fondement de ce principe, que la victime d’un préjudice pourra intenter successivement son action en réparation sur le fondement contractuel puis délictuel¹⁸⁵⁶. La portée du principe se limite alors à la possibilité d’une option¹⁸⁵⁷ : « la victime peut-elle opter selon son intérêt entre l’action contractuelle et l’action délictuelle, de même qu’elle peut parfois choisir de porter l’action devant les juridictions civiles ou devant les juridictions pénales ? »¹⁸⁵⁸.

517. Précisions substantielles. Une réponse positive pourrait être envisagée puisque, même à l’égard d’un créancier, l’inexécution peut être considérée comme un « fait quelconque » conformément à l’article 1382 du Code civil¹⁸⁵⁹. Pourtant, la jurisprudence s’est prononcée en principe contre le « cumul » ou plus rigoureusement contre l’option entre les responsabilités. Malgré l’intérêt pour les victimes de disposer d’une option entre le régime délictuel et contractuel¹⁸⁶⁰, la Cour de cassation rappelle ainsi invariablement que « le créancier d’une obligation contractuelle ne peut se prévaloir contre le débiteur de cette obligation, quand bien même il y aurait intérêt, des règles de la responsabilité délictuelle »¹⁸⁶¹. L’association de l’action civile aux règles de la responsabilité délictuelle offre alors une dérogation importante à ce principe.

¹⁸⁵⁵ Rares sont, en effet, les auteurs qui soutiennent aujourd’hui l’abolition du principe. L’opinion selon laquelle la victime doit pouvoir choisir entre les deux régimes selon son bon vouloir, un temps défendue par quelques auteurs français a reçu d’importants échos à l’étranger. V. pour une présentation générale de droit comparé : T. Weir, *International Encyclopedia of comparative law*, vol. XI, chap. 12, *Complex liabilities*, n° 46 à 72. –Adde : G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, préc., n° 217.

¹⁸⁵⁶ V. notamment, Ph. Brun, F. Leborgne, « Le principe de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », in *Droit de la responsabilité*, par D. Mazeaud et alii, Lamy Droit de la responsabilité, n° 170.40 ; G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, préc., n° 216, note 436 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 875 ; Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1018.

¹⁸⁵⁷ En ce sens, v. notamment, Ph. Brun et F. Leborgne, « Le principe de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », préc., n° 170-40 ; G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, préc., n° 216, note 975.

¹⁸⁵⁸ Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1018.

¹⁸⁵⁹ « Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

¹⁸⁶⁰ V. *infra*, n° 589.

¹⁸⁶¹ Cass. civ. 1, 4 nov. 1992, Bull. civ. I, n° 276. –Adde : Cass. Civ. 1, 11 janv. 1989, JCP 1989. II. 21326, note Ch. Larroumet ; Cass. Civ. 2, 26 mai 1992, Bull. civ. II, n° 154.

2) L'atteinte engendrée par l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible

518. L'application potentielle des règles délictuelles. Le constat d'une coïncidence entre la violation d'un contrat et la constitution d'une infraction ne semble provoquer chez le juge pénal qu'une faible réaction. Plus précisément, d'une part, ce dernier rejette la question de la régularité du contrat des considérations déterminantes de la constatation de l'infraction. D'autre part, il refuse, sauf autorisation législative en ce sens, d'appliquer le régime de la responsabilité contractuelle alors même que le préjudice de la victime résulte de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible. Il n'est qu'un cas dans lequel ce dernier accepte d'appliquer ce régime : lorsque les conditions de l'article 470-1 du Code de procédure pénale sont réunies. Or, le cadre prévu par le législateur ne permet d'appréhender aucune des inexécutions contractuelles pénalement répréhensibles proprement dites¹⁸⁶². Finalement, dès lors que la coïncidence entre la violation d'un contrat et le fait délictueux d'une infraction n'est pas le pur fruit du hasard, le juge pénal s'en tient aux règles de la responsabilité délictuelle. La victime d'un dommage causé par de telles infractions bénéficie alors de l'option pourtant fermement condamnée par la jurisprudence civile.

519. L'ouverture corrélatrice d'une option. La victime d'un dommage résultant d'une infraction peut librement en demander réparation devant le juge pénal ou le juge civil¹⁸⁶³. Par suite, lorsque le fait dommageable constitue une infraction comparable à l'inexécution d'un contrat, elle dispose d'un véritable choix entre le régime de la responsabilité contractuelle et délictuelle. Or, la victime peut dans un tel cas avoir intérêt à se placer sur le terrain délictuel¹⁸⁶⁴. La jurisprudence en fournit plusieurs exemples. D'une part, si elle n'a pas mis en demeure son débiteur, la responsabilité contractuelle est exclue¹⁸⁶⁵. D'autre part, si le dommage n'avait pas été prévu ou rendu prévisible par le contrat, l'article 1150 du Code civil¹⁸⁶⁶ exclut toute réparation sur le fondement contractuel¹⁸⁶⁷. La position de principe de la

¹⁸⁶² V. *supra*, n° 333.

¹⁸⁶³ V. *supra*, n° 505 et 515.

¹⁸⁶⁴ V. H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. T. I, préc., n° 216, note 974.

¹⁸⁶⁵ C. civ., art. 1146 : « Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation ». V. par exemple : Cass. civ., 22 mai 1968, GP 1968. 2. 290.

¹⁸⁶⁶ « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».

¹⁸⁶⁷ Cass. civ. 1, 11 mai 1982, Bull. civ. I, n° 170, GP 1982. 2. 612, note F. Chabas, RTDciv. 1983, p. 145, obs. G. Durry.

jurisprudence criminelle lui permet alors d'écarter le régime contractuel au profit de la responsabilité délictuelle.

520. La réception de l'option. La constance avec laquelle le juge pénal rappelle le principe de l'exclusion de la responsabilité contractuelle force la doctrine à prendre acte de l'exception. Ce constat qui selon certains est « entré dans les mœurs »¹⁸⁶⁸, demeure toutefois sujet à une critique constante relative au fondement de la règle : si la position du juge pénal implique une entorse manifeste au principe de non-option, cette dérogation prend toute son ampleur –et donc toute sa condamnation– en observant les justifications du principe que la jurisprudence pénale propose de nier.

B- L'atteinte aux fondements du principe de non-option des responsabilités

521. Un double détournement. La faveur généralisée de la doctrine à l'égard du principe de non-option des responsabilités repose sur les fondements de la distinction entre les deux régimes de responsabilité.

Plus précisément, d'une part, la doctrine soutient le particularisme du régime de l'action en responsabilité contractuelle au vu de la présentation d'ailleurs effectuée par le Code civil. Le principe de non-option serait ainsi imposé par le législateur lui-même. D'autre part, l'exclusion de toute faculté d'option serait seule à même de respecter l'autonomie de la volonté et la force obligatoire du contrat. Ainsi, en méconnaissant la règle, le juge pénal transgresserait non seulement la loi *stricto sensu* mais également la loi des parties.

522. Le détournement de la loi. Le premier argument avancé au soutien de la thèse du « non-cumul » réside dans le constat d'une distinction formelle des dispositions relatives à chacune des responsabilités¹⁸⁶⁹. En effet, le législateur accorde un titre à l'étude « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général »¹⁸⁷⁰ et le suivant à celle « Des engagements qui se forment sans convention »¹⁸⁷¹. Il prévoit ainsi des dispositions uniquement applicables à la réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat. Les règles contenues dans ce titre ne s'appliqueraient donc pas aux parties liées par un contrat. Le

¹⁸⁶⁸ V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 303.

¹⁸⁶⁹ H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. T. I, préc., n° 192 ; V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 303.

¹⁸⁷⁰ Titre III du Livre troisième (art. 1101 à 1369-11).

¹⁸⁷¹ Titre IV du Livre troisième (art. 1370 à 1386).

principe de non-option serait ainsi de ce point de vue « une garantie de l'autonomie du régime de la responsabilité contractuelle »¹⁸⁷². En application de la règle, la jurisprudence civile veille rigoureusement au respect des particularités du fondement contractuel. Ainsi a-t-elle imposé le principe de réparation du dommage prévisible en application de l'article 1150¹⁸⁷³ ou encore les règles civiles de preuve¹⁸⁷⁴. Par ailleurs, l'ouverture d'une option à la victime lui permettrait de contourner non plus les règles générales du régime contractuel mais également celles imposées dans le cadre d'un contrat précis¹⁸⁷⁵.

Cependant, certains auteurs font valoir que la distinction des régimes n'impose pas l'exclusion de leur superposition, « de telle sorte que le créancier ait la faculté de choisir entre l'un et l'autre »¹⁸⁷⁶. Plus encore, d'aucuns, sûrs de la logique de l'argument fondé sur l'autonomie des régimes, doutent toutefois de sa pertinence au vu du caractère discutable de certaines particularités du régime contractuel¹⁸⁷⁷. Néanmoins, la spécificité du régime contractuel ne se résume pas aux dispositions du Code civil. En effet, les parties elles-mêmes, en vertu de la liberté contractuelle, peuvent aménager leur convention à leur gré. La négation par le juge pénal du particularisme contractuel reviendrait à nier le choix des parties.

523. Le détournement de la loi des parties. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à celles qui les ont faites »¹⁸⁷⁸. Le législateur, en choisissant de comparer le contrat –certes légalement formé¹⁸⁷⁹– à la norme législative¹⁸⁸⁰, affirme par là même sa force obligatoire. Cette dernière signifie schématiquement non seulement que le débiteur est tenu d'exécuter ses obligations mais également que ces obligations sont en principe

¹⁸⁷² G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, préc., n° 221. –Adde : H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, préc., n° 192 : « Il [le législateur] a prévu le régime de la responsabilité contractuelle, soit par des principes généraux, soit par des dispositions spéciales à certains contrats. Il a prévu l'évaluation des dommages-intérêts, posé des règles de compétence et de prescription. Ce sont toutes ces dispositions légales qui sont menacées si l'on donne au créancier une option entre les deux ordres de responsabilité ».

¹⁸⁷³ Cass. civ. 1, 11 mai 1982, Bull. civ. I, n° 170, GP 1982. 2. 612, note F. Chabas, RTDciv. 1983, p. 145, obs. G. Durry.

¹⁸⁷⁴ Cass. civ. 1, 30 avr. 1968, Bull. civ. I, n° 128, p. 100.

¹⁸⁷⁵ V. Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1023. L'auteur cite l'exemple des articles 1891 du Code civil relatif à l'un des engagements du prêteur et 1927 qui fixe spécialement les obligations du dépositaire.

¹⁸⁷⁶ H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, préc., n° 192.

¹⁸⁷⁷ G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, préc., n° 221. V. pour l'objet des critiques : *ibid.*, n° 237.

¹⁸⁷⁸ C. civ., art. 1134.

¹⁸⁷⁹ V. sur cette question notamment, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 377 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 28.

¹⁸⁸⁰ L'article 1134 de l'avant-projet de réforme reprend littéralement la formule.

déterminées par le contrat¹⁸⁸¹. Les parties peuvent ainsi prévoir que l'inexécution d'une obligation n'engagera pas la responsabilité du débiteur¹⁸⁸² ou ne l'engagera que dans une certaine mesure¹⁸⁸³. La possibilité, offerte par les juridictions pénales, de réparer le dommage sur le fondement délictuel, autorise donc le contournement de ces prévisions contractuelles¹⁸⁸⁴. D'aucuns avancent alors à l'appui d'un tel contournement qu'un créancier ne peut être moins bien traité qu'un tiers –qui se voit par principe appliquer la responsabilité délictuelle¹⁸⁸⁵. L'on pourra toutefois rétorquer qu'il est plus logique d'accroître la sévérité contre un débiteur contractuel que contre un débiteur tiers puisque lui n'a accepté aucune obligation¹⁸⁸⁶. Quoi qu'il en soit, les juridictions criminelles offrent aux contractants la possibilité de nier la particularité de leur engagement, en optant pour les règles de la responsabilité délictuelle.

Un tel bilan paraît forcer la condamnation de la position des juridictions criminelles. Toutefois, le particularisme mis en exergue, certes au stade de la constitution de l'infraction, n'a jamais fait l'objet d'une confrontation avec les solutions en vigueur au stade de la réparation. Pourtant, l'opération se révèle décisive si l'on accepte de chercher à expliquer l'éviction du régime contractuel de l'action civile.

§2- L'explication de l'élimination des règles contractuelles

524. L'écho du particularisme répressif au stade de la réparation.

Indépendamment de la reconnaissance d'une action civile collective nécessairement

¹⁸⁸¹ « les obligations qui doivent être exécutées sont, en principe, toutes celles, mais celles seulement, qu'ont voulues les parties » : J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 377.

¹⁸⁸² Par l'insertion d'une clause de non-responsabilité.

¹⁸⁸³ Par l'insertion d'une clause de responsabilité limitée.

¹⁸⁸⁴ La doctrine présente cet argument indépendamment de la position pénale mais de manière générale pour justifier l'existence du principe de non-option : L. Josserand, note sous Cass. req., 14 déc. 1926, D. 1927 p. 105, *Cours de droit civil positif français*, 3^{ème} éd., t. II, n° 486 et s. ; R. Rodière, *Etude sur la dualité des régimes de responsabilité*, JCP 1950. I. n° 861 ; R. Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, Mémoires du droit 1914, p. 652. V. également, plus récemment : Ph. Brun et F. Leborgne, *Le principe de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, préc., n° 170-50 ; Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1023. La doctrine envisage parfois l'argument comme une conséquence directe de la position adoptée par le juge pénal. V. notamment, Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 1008 : « La Chambre criminelle de la Cour de cassation décide que la victime peut se constituer partie civile, ce que tout le monde admet, et que la responsabilité est délictuelle même envers le client, ce que tous les auteurs critiquent, en raison du bouleversement qui en résulte pour l'économie du contrat ».

¹⁸⁸⁵ M. Planiol, D. 1907, 2, p. 97.

¹⁸⁸⁶ C. Aubry, C. Rau, *Droit civil français. Responsabilité délictuelle*, T. IV-2, 8^{ème} éd. par N. Dejean de la Bâtie, Librairies techniques, 1989, n° 92.

déconnectée de la relation contractuelle¹⁸⁸⁷, la distribution des règles applicables¹⁸⁸⁸ à la réparation du dommage causé par l'infraction révèle également une hostilité mesurée au régime contractuel. Plutôt que de condamner pareille solution, en se ralliant aux arguments de la doctrine, il paraît nécessaire d'admettre la possibilité d'une explication. Plusieurs pistes devaient alors être explorées, à commencer par l'action civile. Infructueuse, cette première recherche mène toutefois au cœur de l'explication, le particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible.

Ainsi, l'explication du particularisme de la réparation ne peut être trouvée dans les spécificités de l'action civile (A) mais dans celles du fait délictueux (B).

A- L'impossible explication par la spécificité de l'action civile

525. Les spécificités de l'action civile. Le Code d'instruction criminelle entendait déjà réserver à la victime d'une infraction pénale une action autonome née du dommage causé par cette dernière. Distincte de l'action en réparation civile régie par les dispositions du Code civil, l'action civile *stricto sensu* ne peut qu'être soumise à des conditions spécifiques au vu de son effet primordial : la mise en mouvement de l'action publique¹⁸⁸⁹. Ces conditions révèlent finalement non seulement un objet spécifique mais également un caractère qui lui est propre. Or, l'une (1) comme l'autre (2) de ces spécificités doivent être mises en perspective d'une réparation sur le fondement contractuel afin de déterminer si les spécificités de l'action civile peuvent expliquer la prise de position des juridictions criminelles.

1) La portée de l'objet de l'action civile

526. Action civile et dommages-intérêts contractuels. La mise à l'écart de principe des règles contractuelles par les juridictions répressives interroge nécessairement, de prime abord, sur les spécificités de l'action en réparation du dommage infractionnel exercée devant elles. En effet, le rejet du fondement contractuel pourrait se comprendre s'il se révélait

¹⁸⁸⁷ V. *supra*, n° 491 et s.

¹⁸⁸⁸ La formule veut illustrer le recours de principe au régime délictuel, auquel l'article 470-1 du Code de procédure pénale propose une exception. V. *supra*, n° 502.

¹⁸⁸⁹ Cette logique est celle retenue par l'article 1^{er} du Code de procédure pénale dont l'alinéa 2 dispose que « Cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées par le présent code ».

incompatible avec les spécificités de cette action. Or, l'action civile est classiquement présentée comme recelant une double nature : d'abord action en réparation du dommage causé par l'infraction, elle dispose également d'une finalité répressive puisqu'elle met en mouvement l'action publique¹⁸⁹⁰. La responsabilité contractuelle est également parfois présentée comme disposant d'un double objet¹⁸⁹¹.

Toutefois, le principal débat se noue autour de l'existence même d'une responsabilité contractuelle : « La responsabilité contractuelle a-t-elle pour objet de réparer un dommage causé par une faute consistant dans l'inexécution d'un contrat, ou au contraire de fournir au créancier l'équivalent de la prestation promise ? »¹⁸⁹². Or, privés de leur fonction réparatrice, les dommages et intérêts contractuels ne peuvent être rattachés à une quelconque responsabilité¹⁸⁹³. L'enjeu de la discussion dépasse donc la sphère purement contractuelle puisque la négation de la vocation réparatrice des dommages et intérêts de l'article 1147 du Code civil permettrait aisément de justifier la position du juge pénal, ce dernier ne pouvant statuer que sur la réparation du dommage causé par l'infraction. Au contraire, l'affirmation de son existence n'autoriserait aucunement l'exclusion par le juge pénal du régime contractuel.

527. La négation de la responsabilité contractuelle et l'action civile. Si le Code civil distingue formellement la présentation des deux régimes de responsabilité¹⁸⁹⁴, il n'est en revanche jamais question, en matière contractuelle, ni de « responsabilité » ni de « dommage »¹⁸⁹⁵. Une partie de la doctrine conteste alors avec vigueur le concept même de « responsabilité contractuelle »¹⁸⁹⁶. Ces auteurs défendent l'idée selon laquelle les dommages-intérêts résultant de l'inexécution du contrat constituent un mode d'exécution par équivalent

¹⁸⁹⁰ V. notamment : Ph. Bonfils, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, préc., n° 199 et s. ; F. Boulan, *Le double visage de l'action civile*, JCP 1973. II. 2563 ; S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, préc., n° 1034 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 274.

¹⁸⁹¹ J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, th. Paris II, 1978. L'auteur assigne une fonction double de paiement et de réparation à la responsabilité contractuelle.

¹⁸⁹² Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 933. V. pour un important historique du débat : d'E. Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle ?*, RTDciv. 1999, p. 1 et s.

¹⁸⁹³ La responsabilité civile se définit classiquement comme « toute obligation de répondre civilement du dommage que l'on a causé à autrui, c'est-à-dire de le réparer en nature ou par équivalent ». (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, v. « Responsabilité » I-« Civile »).

¹⁸⁹⁴ La responsabilité délictuelle figure aux articles 1382 à 1386 du Code civil. La responsabilité contractuelle figure à la fois dans les dispositions propres à chaque contrat nommé (v. par ex. art. 1641 et s.) ou dans la théorie générale du contrat (art. 1142, 1145, 1184).

¹⁸⁹⁵ La doctrine constate également l'absence de référence à la faute. V. pour une négation de la faute dans le domaine contractuel : D. Talon, *Pourquoi parler de faute contractuelle ?*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique* : écrits en hommage à G. Cornu, PUF, 1994, p. 429 et s.

¹⁸⁹⁶ V. l'étude critique du Professeur Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle ?*, préc.

de l'obligation contractuelle méconnue, en vertu de la force obligatoire du contrat¹⁸⁹⁷. Les dommages et intérêts contractuels ne seraient alors qu'un mode particulier d'exécution de l'obligation, soit une exécution par équivalent¹⁸⁹⁸ ou encore de réalisation contentieuse du contrat¹⁸⁹⁹.

La distinction de la réparation et de l'exécution forcée imposerait d'abord des conclusions en matière civile : la proposition permettrait de mettre un terme au débat sur la dualité ou l'unité de la responsabilité civile, en excluant toute idée de réparation du domaine contractuel¹⁹⁰⁰. Ensuite et surtout, la fonction réparatrice de l'action civile commanderait d'exclure les règles de la responsabilité contractuelle. Ces dernières n'ayant qu'une « pure fonction d'exécution forcée du contrat »¹⁹⁰¹, le juge pénal dépasserait, s'il les appliquait, le champ de sa compétence prévu par l'article 2 du Code de procédure pénale¹⁹⁰². En effet, lorsque l'action civile est présentée indépendamment de sa nature réparatrice, ce n'est que pour évoquer son aspect vindicatif : « l'action civile a souvent pour mobile principal la punition même de l'infraction, l'application de la peine, car la peine seule venge l'injure ou rassure la victime »¹⁹⁰³. Une telle fonction, pas plus que celle visant la réparation, n'autorise le juge pénal à procéder au paiement forcé de l'obligation méconnue. Par conséquent, l'exclusion du fondement contractuel pour réparer le préjudice résultant de l'infraction pourrait trouver une explication dans cette proposition. Étrangers à toute idée de réparation, les dommages et intérêts contractuels ne pourraient se fonder ni dans la finalité réparatrice ni dans la finalité vindicative de l'action civile. Plus précisément, les dommages et intérêts tels que prévus dans le cadre contractuel pourraient être ainsi considérés comme une action à fins civiles. Cette dernière, en effet, n'a pas pour but la réparation du préjudice causé par l'infraction mais de « tirer certaines conséquences civiles d'une situation que cette infraction a manifestée ou de ramener à exécution un droit que l'infraction a pu troubler »¹⁹⁰⁴. Cette proposition permettrait

¹⁸⁹⁷ Ph. Rémy, *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept*, RTDciv. 1997, p. 323 et s. ; D. Tallon, *L'inexécution du contrat, pour une autre présentation*, RTDciv. 1994, p. 223 et s. ; *Pourquoi parler de faute contractuelle ?*, préc., p. 429 ; Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 802 et s.

¹⁸⁹⁸ D. Tallon, *L'inexécution du contrat, pour une autre présentation*, préc.

¹⁸⁹⁹ Ph. Rémy, *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept*, préc.

¹⁹⁰⁰ « Derrière la distinction traditionnelle des causes d'obligations, on perçoit mieux alors la dualité des principes premiers de l'ordre civil : exécuter les promesses, d'une part, et réparer les dommages injustement causés à autrui d'autre part » : Ph. Rémy, *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept*, préc., n° 48.

¹⁹⁰¹ Ph. Rémy, *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept*, préc., p. 323.

¹⁹⁰² « L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit, ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ».

¹⁹⁰³ F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle en France*, T. I, Plon, 1871, p. 561.

¹⁹⁰⁴ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 104.

donc de légitimer la position des juridictions criminelles puisque les actions à fins civiles¹⁹⁰⁵ demeurent exclues du domaine de compétence du juge pénal¹⁹⁰⁶.

528. L'affirmation de la responsabilité contractuelle et l'action civile. Outre le fait que certains projets de réforme nient une telle proposition¹⁹⁰⁷, certains auteurs démontrent que le concept de responsabilité contractuelle repose sur des fondements solides¹⁹⁰⁸ qu'il est aujourd'hui impossible d'ignorer¹⁹⁰⁹.

Tout d'abord, une discussion peut être menée à propos de l'exigence d'un préjudice. Si cette condition fait indéniablement partie des composantes de la responsabilité délictuelle¹⁹¹⁰, les auteurs opposés à l'idée d'une responsabilité contractuelle contestent la nécessité du préjudice en la matière. Certains arrêts semblent en ce sens¹⁹¹¹. Cependant, d'autres décisions précisent que « des dommages et 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 »¹⁹¹². Les termes mêmes de l'article 1147 du Code civil incitent à adhérer à cette dernière position. Si cette disposition essentielle ne mentionne certes pas le préjudice comme condition des dommages et intérêts contractuels, le législateur opte pour une terminologie militant pourtant en sa faveur. D'une part, les termes mêmes de *dommages*¹⁹¹³ et intérêts sont en ce sens. D'autre part, le législateur prévoit que l'obligation de faire *se résout* en dommages et intérêts. Or, ce verbe n'est en aucun cas synonyme de « s'exécute » mais, « emprunté au langage de la physique et de la chimie, [il] traduit une transformation dans la nature des choses »¹⁹¹⁴.

¹⁹⁰⁵ Des exceptions demeurent en matière de contrat d'assurance, à propos des exceptions fondées sur une cause de nullité de ce contrat ou sur une clause de contrat tendant à mettre l'assureur hors de cause (C.p.p., art. 385-1 et 385-2).

¹⁹⁰⁶ Cette règle d'incompétence est d'ordre public et doit être relevée d'office par le juge (Cass. crim., 22 févr. 1996, Bull. crim., n° 88, Dr. pén. 1996, comm. 133, note J.-H. Robert).

¹⁹⁰⁷ L'avant-projet de réforme du droit des obligations affirme en effet l'existence de la responsabilité contractuelle au sein d'un sous-titre III consacré à la responsabilité civile. V. E. Savaux, *Brèves observations sur la responsabilité contractuelle dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité*, RDC 2007, p. 45 et s.

¹⁹⁰⁸ Pour une démonstration en faveur du maintien de la responsabilité contractuelle, v. notamment, P. Jourdain, *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1997, p. 65 ; E. Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle ?*, préc.

¹⁹⁰⁹ Prenant acte du bouleversement que représente la disparition de la responsabilité contractuelle du droit français, d'aucuns proposent alors d'accorder un « sursis » à la responsabilité contractuelle : E. Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle ?*, préc., spéc., p. 22.

¹⁹¹⁰ Par exemple : Cass. civ. 3, 7 juin 1990, Bull. civ. III, n° 140.

¹⁹¹¹ Cass. civ. 3, 30 janv. 2002, Bull. civ. III, n° 17, D. 2003, p. 458, note D. Mazeaud.

¹⁹¹² Cass. civ. 3, 3 déc. 2003, Bull. civ. III, n° 221, JCP 2004. I. 163, n° 2, obs. G. Viney, D. 2005, pan. p. 185, obs. D. Mazeaud, CCC. 2004, n° 38, obs. L. Leveneur.

¹⁹¹³ Nous soulignons.

¹⁹¹⁴ Ch. Radé, *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Dommage*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 1155, fasc. 10, 1999, n° 1.

Ensuite, « dire que l'obligation contractuelle se résout en dommages et intérêts revient à déclarer que la dette initiale se transforme en obligation de réparation à raison de l'inexécution »¹⁹¹⁵. Ladite dette prendrait donc sa source dans le contrat alors que l'obligation de réparation résulterait de la méconnaissance de ce dernier, autrement dit d'un fait juridique¹⁹¹⁶. Ainsi, l'octroi de dommages et intérêts contractuels est subordonné non seulement à un fait juridique illicite –l'inexécution–, mais aussi au constat d'un dommage. Bref, ceux-ci dépendent des conditions classiques¹⁹¹⁷ de la responsabilité civile et imposent dès lors la qualification de responsabilité contractuelle.

529. Bilan. Le rejet de principe du fondement contractuel par les juridictions criminelles aurait pu trouver son fondement dans les finalités respectives de l'action civile et des dommages et intérêts contractuels. La première étant circonscrite à une optique réparatrice –et incidemment vindicative¹⁹¹⁸–, elle ne saurait accueillir une demande étrangère à toute idée de réparation¹⁹¹⁹. Or, la proposition doctrinale visant à nier l'existence d'une responsabilité contractuelle démontre que les dommages et intérêts habituellement attachés à elle, sont en réalité indifférents à la réparation d'un quelconque préjudice. Par suite, une telle vision légitimerait l'exclusion pénale du fondement contractuel, incompatible avec la vocation de l'action civile. Cependant, cette proposition suppose d'ignorer des éléments pourtant indiscutablement constitutifs de tels dommages et intérêts. La nécessité d'un dommage qu'il convient donc de réparer ou l'exigence d'un fait juridique illicite ne peuvent être aujourd'hui pas plus qu'hier niées. Or, de telles composantes militent inévitablement en faveur de la qualification de responsabilité contractuelle. Ainsi, si tentante soit-elle dans son principe, la proposition doctrinale ne peut servir de seul fondement au rejet des règles contractuelles par le juge pénal. Par conséquent, l'idée de réparation inhérente à cette qualification rend l'action civile et le fondement contractuel compatibles. La position des juridictions criminelles ne peut, par là même, trouver une explication dans l'objet de l'action civile. Un même constat

¹⁹¹⁵ J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Rapports entre les responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 1155, fasc. 15, 2007, n° 3.

¹⁹¹⁶ V. sur cette qualification, *infra*, n° 531.

¹⁹¹⁷ V. en ce sens, Ch. Larroumet, *Pour la responsabilité contractuelle*, in *Le droit français à la fin du XXe siècle. Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 543 et s. ; E. Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle ?*, RTDciv. 1999, p. 1 et s. ; G. Viney, *La responsabilité contractuelle en question*, in *Le contrat au début du XXIe siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 920 et s. –*Adde* : A. Pinna, *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, 2007, préf. P.-Y. Gautier, spéc., n° 470 et s.

¹⁹¹⁸ V. *supra*, n° 526.

¹⁹¹⁹ La formule n'exclut cependant naturellement pas l'aspect purement vindicatif de l'action civile, mais là n'est pas la question.

semble pouvoir être fait à propos du caractère accessoire de l'action qui ne saurait à lui-seul suffire à expliquer la position des juridictions criminelles.

2) La portée du caractère de l'action civile

530. Le caractère accessoire de l'action civile. L'action civile est définie par le Code de procédure pénale, à l'article 2, comme l'action « en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention ». Ce lien manifeste entre l'infraction et l'action, dont la vocation première est de réparer le dommage qui en résulte, s'exprime notamment par le caractère accessoire de l'action civile¹⁹²⁰. Ce dernier est attesté concrètement, non seulement par les conditions d'existence mais également d'exercice de cette action. Ainsi, d'une part, elle ne peut être envisagée qu'en présence d'une infraction pénale punissable¹⁹²¹. D'autre part, les modalités d'exercice du droit de la victime dépendent de l'attitude du ministère public. La victime devra en effet agir par voie d'action¹⁹²² à défaut d'exercice préalable de l'action publique et par voie d'intervention¹⁹²³ dans le cas contraire.

Le caractère accessoire de l'action civile, fustigé par certains pour l'action exercée devant le juge civil¹⁹²⁴, demeure devant le juge pénal. Les arguments qui lui sont opposés ne peuvent en effet convaincre. Le principal réside dans le constat de l'évolution des règles de prescription.

L'un des fondements du caractère accessoire de l'action civile réside dans le principe de l'unité des prescriptions des actions publique et civile. Or, ce raisonnement inductif fut ébranlé par la loi du 23 décembre 1980. L'article 10 du Code de procédure pénale, tel qu'issu du texte précité, dispose en effet désormais que « l'action civile se prescrit selon les règles du

¹⁹²⁰ Les auteurs considèrent que l'action civile prend sa « source » (R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 25) ou son « origine » (R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*. T. I, Sirey, 1907, n° 105) dans l'infraction.

¹⁹²¹ Cette dépendance dans l'existence même de l'action civile s'explique par l'importance du caractère inquisitoire du procès pénal français. V. S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, préc., n° 1015.

¹⁹²² Deux procédés s'offrent alors à la victime : la citation directe et la plainte avec constitution de partie civile adressée au juge d'instruction. V. notamment : J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 634.

¹⁹²³ L'intervention peut consister d'une part en une demande de restitution au stade de l'enquête ce qui « vaut constitution de partie civile si l'action publique est mise en mouvement et que le tribunal correctionnel ou de police est directement saisi » (art. 420-1, al. 2, C.p.p). D'autre part, la victime peut intervenir à tout moment au cours de l'instruction (art. 87, C.p.p). Enfin, elle peut intervenir devant la juridiction de jugement. V. J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 634.

¹⁹²⁴ L'un des fondements du caractère accessoire de l'action réside dans le principe de l'unité des prescriptions des actions publique et civile. Or, ce raisonnement inductif fut particulièrement mis à mal par la loi du 23 décembre 1980. L'article 10 du Code de procédure pénale, tel qu'issu du texte précité, dispose en effet désormais que « l'action civile se prescrit selon les règles du Code civil ».

Code civil », mais seulement « lorsqu'elle est exercée devant une juridiction civile »¹⁹²⁵. En revanche, « lorsque l'action civile est exercée devant une juridiction répressive, elle se prescrit selon les règles de l'action publique ». Donc, si « devant les juridictions civiles, l'exercice de l'action civile ne dépend en aucune façon de l'action publique »¹⁹²⁶, le caractère accessoire de celle présentée au juge pénal demeure¹⁹²⁷. La doctrine s'en empare alors afin de justifier de diverses manières la position retenue par la Chambre criminelle.

531. Les déclinaisons de l'adage « l'accessoire suit le principal ». Si l'action civile demeure, devant le juge pénal, l'accessoire de l'action publique, le traitement de la première ne peut ignorer celui de la seconde. Les auteurs qui soutiennent le choix de la voie délictuelle par ce juge utilisent alors logiquement ce principe en lui donnant toutefois différentes portées. La première consiste à qualifier l'infraction de fait juridique. Le raisonnement s'organise alors en trois temps. L'action en réparation exercée devant le juge pénal a pour fondement l'infraction. Cette dernière étant un fait juridique, elle ne peut constituer qu'une faute civile délictuelle¹⁹²⁸. Ainsi, la responsabilité contractuelle serait exclue du prétoire pénal en raison de la nature nécessairement délictuelle du fait dommageable, à savoir l'infraction. Certains avancent alors l'idée que même le juge civil devrait, en présence d'une action en réparation du dommage causé par l'infraction, appliquer les règles de la responsabilité délictuelle. Si cette dernière proposition n'emporte pas la conviction de la jurisprudence, il paraît également possible de douter de l'argument sur lequel elle se fonde. En effet, l'affirmation de la nature exclusivement délictuelle de l'action civile, repose certes sur le caractère accessoire de cette dernière, mais également sur la qualification de fait juridique de l'infraction : « lorsqu'une

¹⁹²⁵ Une action peut donc désormais être exercée devant le juge civil malgré la prescription de l'action publique.

¹⁹²⁶ Ph. Bonfils, *L'action civile, Essai sur la nature juridique d'une institution*, préc., n° 382.

¹⁹²⁷ Un autre argument invoqué à l'encontre de l'infraction comme fondement de l'action civile réside dans le constat de la survie de cette dernière en l'absence de la première. Les hypothèses alors citées sont celles d'une cause d'irresponsabilité dite objective ou d'une immunité. En effet, si l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime ne peuvent donner lieu à une responsabilité civile (Cass. req., 12 mai 1896, S. 1898., 1, p. 135) les autres faits justificatifs ne l'empêchent pas (Ph. Bonfils, *L'action civile, Essai sur la nature juridique d'une institution*, préc., n° 272) tout comme les immunités judiciaires. L'association traditionnelle de ces hypothèses à la suppression de l'infraction (V. notamment, R. Bernardini, *Droit pénal général*, préc., n° 521, B. Bouloc, *Droit pénal général*, préc., n° 375, Y. Mayaud, *Droit pénal général*, préc., n° 398, J.-H. Robert, *Droit pénal général*, préc., p. 356), permet alors de conclure que l'action civile peut exister en l'absence d'une quelconque infraction, cette dernière ne pouvant dès lors pas en être le fondement. Toutefois, ces considérations reposent sur l'idée contestable d'une suppression de l'infraction. En effet, il paraît plutôt préférable de les rattacher aux conditions d'imputation de l'infraction à l'agent. Par suite, un fait justificatif ou une immunité judiciaire n'empêcheraient pas la constitution d'une infraction mais n'auraient d'effet que sur la responsabilité pénale (V. pour une démonstration en ce sens, F. Rousseau, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz « NBT », 2009, préf., J.-C. Saint-Pau, n° 96 et s. V. pour les immunités, n° 336) V. de manière générale : B. de Lamy, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, LGDJ, 2000, préf. G. Roujou de Boubée, n° 226 et s.

¹⁹²⁸ Ph. Conte, *Un revirement de jurisprudence peut-il en cacher un autre ?*, RCA 1996, p. 4, spéc., p. 5, *Responsabilité du fait personnel*, Rép. civ. Dalloz, 2002, mise à jour 2011, n° 63.

faute est commise dans l'exécution d'un acte juridique, l'action publique ne concerne pas une violation de la loi contractuelle mais un délit, c'est-à-dire un fait juridique »¹⁹²⁹. Or, d'une part, cela devrait signifier que la responsabilité délictuelle doit être appliquée de manière systématique devant le juge pénal et, d'autre part, que cette qualification délictuelle ne peut découler que de la présence d'une infraction. Ces deux acceptions peuvent toutefois être soumises à la critique. En effet, non seulement le droit pénal admet à titre exceptionnel l'application du régime contractuel par l'article 470-1 du Code de procédure pénale¹⁹³⁰ mais il faut également admettre qu'une inexécution contractuelle n'a nul besoin d'être incriminée pénalement pour constituer un fait juridique. Il paraît en effet pour le moins délicat de concevoir la méconnaissance d'un contrat comme nécessairement constitutif d'un acte juridique¹⁹³¹.

La seconde justification de la jurisprudence criminelle fondée sur le caractère accessoire de l'action civile fait valoir qu'en cas de coïncidence entre une infraction et une inexécution contractuelle, « un acte double a été commis par l'auteur du fait préjudiciable : la violation du contrat d'une part ; un acte criminel d'autre part »¹⁹³². Cette théorie dite de l'acte double¹⁹³³, avance ainsi l'idée selon laquelle si l'inexécution d'un contrat correspond à une infraction pénale, l'infraction se détache de l'inexécution. La proposition, présente dans la doctrine de l'arrétiste Labbé¹⁹³⁴, aboutit alors à nier le caractère contractuel de l'agissement pour associer la réparation du dommage causé par l'infraction aux règles de la responsabilité délictuelle. Cette argumentation n'emporta pas la conviction de la doctrine à raison de son caractère artificiel car, il est vrai qu'« en réalité il n'y a qu'un fait : l'inexécution du contrat »¹⁹³⁵.

532. Bilan. Le caractère accessoire de l'action civile ne révèle ainsi aucune véritable justification de l'exclusion par le juge pénal du fondement contractuel, tout au moins si on

¹⁹²⁹ Ph. Conte, *Responsabilité du fait personnel*, *Rép. civ. Dalloz*, 2002, mise à jour 2011, n° 63.

¹⁹³⁰ V. *supra*, n° 502.

¹⁹³¹ « L'inexécution du contrat étant un fait juridique, sa preuve est libre » : M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations I-Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 640. V. également *supra*, n° 528.

¹⁹³² A. Brun, *Rapport et domaine des responsabilités contractuelle et délictuelle*, th. Lyon, 1931, n° 208.

¹⁹³³ C. Ophèle, « La responsabilité contractuelle dans la jurisprudence de la Chambre criminelle », préc., p. 266.

¹⁹³⁴ V. notamment la note au S. 1886. 1. 1. M. Labbé a présenté sa démonstration à l'occasion d'une espèce dans laquelle une femme avait vendu à des tiers du bétail qui lui avait été livré, moyennant un prix à fixer par expert, avant d'avoir déterminé ce prix. Comme la vente n'était pas parfaite, sur l'inexécution du contrat se greffait un détournement qualifié d'abus de confiance, la femme étant dépositaire du bétail vendu. V. Pour une présentation détaillée de l'arrêt : A. Brun, *Rapport et domaine des responsabilités contractuelle et délictuelle*, préc., n° 208.

¹⁹³⁵ A. Tunc, H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préc., n° 202. – Adde : Y. Lambert-Faivre, *L'abus de fonction*, D. 1986, p. 143, spéc., p. 146 ; V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 304 : « Refuser d'appliquer le régime contractuel sous prétexte d'intention frauduleuse ou du caractère particulièrement blâmable de l'acte, relève d'une appréciation erronée : il n'existe pas de faute délictuelle distincte de la violation contractuelle ».

l'aborde de manière isolée. Plus précisément, la simple référence à une infraction ne parvient ni à expliquer le rejet du fondement contractuel ni à comprendre son admission dans certains cas. Cependant, cette incontestable spécificité de l'action en réparation du dommage causé par l'infraction ne peut être exclue de l'explication de la position des juridictions criminelles. Pour être décisive, elle doit alors être envisagée concrètement au regard des infractions comparées à l'inexécution d'un contrat. Or, le particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible offre une nouvelle lecture du droit positif, tant pour son principe de l'exclusion du fondement contractuel que pour ses exceptions.

B- La possible explication par le particularisme du fait délictueux

533. L'adéquation de la prise en compte du fait délictueux. Puisqu' « à la vérité, le dommage résulte avant tout d'un fait matériel, susceptible d'être qualifié pénalement d'infraction »¹⁹³⁶, le rôle de cette dernière ne peut qu'être décisif dans la détermination des contours de l'action civile. Or, les infractions d'inexécution contractuelle pénalement répréhensible revêtent incontestablement un particularisme par rapport au fait générateur de responsabilité contractuelle, particularisme qui finalement commande le rejet des règles contractuelles.

534. Le rôle du particularisme du fait délictueux. La question de l'application de la responsabilité contractuelle devant le juge pénal ne se pose naturellement qu'à propos des infractions comparables à l'inexécution d'un contrat. Or, la position de la Cour de cassation est à leur sujet particulièrement claire : toute immixtion des règles de la responsabilité contractuelle est proscrite. Malgré une condamnation quasi unanime de la doctrine, cette solution paraît toutefois trouver un éclairage par le particularisme du schéma infractionnel. Le caractère accessoire de l'action civile impose en effet de mettre cette dernière en perspective du fait générateur de responsabilité pénale. Son particularisme constaté au stade de la répression permet alors tant de comprendre la prise de position du juge pénal (1) que de circonscrire les effets processuels de cette dernière (2).

1) L'éclairage substantiel de l'exclusion du fondement contractuel

¹⁹³⁶ Ph. Bonfils, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, préc., n° 261.

535. La lecture de la distribution des règles applicables. La position désormais traditionnelle de la Chambre criminelle de la Cour de cassation consiste à refuser, en principe, l'application des règles contractuelles. Toutefois, considérée comme « un tournant essentiel »¹⁹³⁷ par certains auteurs, l'introduction de l'article 470-1 dans le Code de procédure pénale a, à tout le moins, permis de faire accepter le régime contractuel au juge pénal¹⁹³⁸. Initialement réservé aux homicides ou blessures involontaires, le texte s'étend désormais à l'ensemble des délits non intentionnels¹⁹³⁹. Envisagé dans un contexte contractuel, cet article aboutit, par l'interprétation jurisprudentielle qui en a été faite, à une application distributive des règles de responsabilité civile. En présence d'une infraction non intentionnelle « au sens des alinéas 2, 3 et 4 de l'article 121-3 du Code pénal »¹⁹⁴⁰, les juridictions pénales acceptent en effet de déroger au principe d'exclusion des règles contractuelles de leur prétoire et ainsi admettent la compatibilité de l'action civile avec le régime contractuel. Certains considéreront alors que cette action, strictement réservée par le législateur à l'hypothèse d'une relaxe, ne peut constituer une véritable action civile, faute d'infraction¹⁹⁴¹. Par ailleurs, une partie importante de la doctrine¹⁹⁴², hostile à la position traditionnelle de la Chambre criminelle, saisit cette disposition pour attester l'évolution en marche vers une admission généralisée de la compétence du juge pénal en matière contractuelle. L'idée a de quoi, il est vrai, séduire de prime abord. L'action en réparation d'un dommage, qu'elle soit exercée devant les juridictions civiles ou criminelles, doit en principe n'avoir pour vocation que ladite réparation. Ainsi, la finalité répressive du droit pénal, manifeste au stade de l'action publique¹⁹⁴³, ne paraît plus pouvoir justifier la spécificité de l'action civile. Pourtant, la Chambre criminelle choisit de circonscrire l'accueil des règles contractuelles aux cas prévus par le législateur, autrement dit, aux infractions non intentionnelles. Or, la jurisprudence fonde assez clairement l'exclusion du fondement contractuel sur le lien avec l'infraction. Conforme au principe du caractère accessoire de l'action civile, la solution doit cependant, pour être justifiée, trouver

¹⁹³⁷ G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, préc., n° 99-1.

¹⁹³⁸ V. arrêts cités *supra*, n° 502.

¹⁹³⁹ Depuis la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence, art. 4.

¹⁹⁴⁰ C.p.p., art. 470-1.

¹⁹⁴¹ V. G. Griolet, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle*, Paris, A. Marecq aîné, 1868, p. 347 et s. L'auteur réserve toutefois son analyse à l'action exercée devant le juge civil.

¹⁹⁴² G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, préc., n° 223 : « D'ailleurs il semble que la Chambre criminelle soit disposée à assouplir sa jurisprudence car elle a rendu plusieurs décisions par lesquelles elle a admis que le juge pénal peut et doit appliquer les règles de la responsabilité contractuelle » ; V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 308 : « Des décisions plus récentes et explicites peuvent permettre d'affirmer l'existence d'un revirement de jurisprudence désormais bien implanté ».

¹⁹⁴³ V. *supra*, n° 19.

un autre fondement que la qualification de fait juridique de l'infraction¹⁹⁴⁴. Or, le particularisme des incriminations comparables à l'inexécution d'un contrat, mis en exergue au stade de l'action publique¹⁹⁴⁵, paraît pouvoir fournir une explication.

536. La cohérence de la répartition des règles applicables. La position de la jurisprudence à l'égard de l'application de la responsabilité contractuelle se résume ainsi : elle ne peut être envisagée que dans les cas précisément prévus par le législateur, ce qui s'agissant du domaine infractionnel, n'inclut que les infractions non intentionnelles. La sélection préalable des incriminations comparables à une inexécution contractuelle a révélé que toutes les coïncidences entre le contrat et le droit pénal ne sont pas pertinentes dans l'optique d'une analyse comparative des faits générateurs de responsabilités pénale et contractuelle¹⁹⁴⁶. En effet, très peu d'infractions pourraient finalement être exclues du domaine contractuel : un empoisonnement, des actes de violences volontaires ou non, ou encore un viol peuvent tous se concevoir dans des relations contractuelles. Le rôle complètement accessoire du contrat apparaît alors naturellement. En revanche, certains textes envisagent le contrat, et plus précisément pour certains, la méconnaissance de ce dernier parmi les composantes de l'infraction. Seules ces incriminations incitent donc à étudier de manière comparative l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible. La distinction retenue par la Chambre criminelle à propos de l'application de la responsabilité contractuelle fait écho à cette proposition au stade de la réparation.

La recevabilité du régime contractuel se trouve –et de prime abord peut-être paradoxalement–, réservée aux infractions exclues de la comparaison avec l'inexécution contractuelle. En effet, la Cour de cassation a accepté, à plusieurs reprises¹⁹⁴⁷, de prononcer une réparation sur le fondement de l'article 1147 du Code civil après une relaxe pour blessures et homicides involontaires. Or, la rencontre de ces dernières infractions avec le contrat résulte du hasard des circonstances et non d'un acte de prévision législative. Autrement dit, le contrat ne figure pas parmi les composantes, ni obligatoires ni facultatives, de ces infractions, qu'elles soient d'ailleurs volontaires¹⁹⁴⁸ ou non¹⁹⁴⁹. L'exclusion de la responsabilité contractuelle concerne,

¹⁹⁴⁴ Sur cette idée, v. *supra*, n° 531.

¹⁹⁴⁵ V. *supra*, n° 338 et s.

¹⁹⁴⁶ V. *supra*, n° 333.

¹⁹⁴⁷ Cass. crim., 20 oct. 1986, Bull. crim., n° 291; 26 mars 1991, *ibid.*, n° 142 ; 3 mars 1993, *ibid.*, n° 96 ; 20 mars 1996, *ibid.*, n° 119, JCP 1996. I. 3985, obs. G. Viney, n° 22.

¹⁹⁴⁸ C. pén., art. 222-7 et s. (violences volontaires) et 221-1 (meurtre).

¹⁹⁴⁹ C. pén., art. 222-19 et s. (violences) et art. 221-6 (homicide par imprudence).

en revanche, les incriminations dont le contrat constitue l'une des composantes¹⁹⁵⁰. La Chambre criminelle suit ainsi, à la lettre, les prescriptions législatives. Toutefois, une explication rationnelle semble pouvoir être trouvée au-delà de cette déférence, dans le particularisme du fait délictueux.

En effet, l'intégration du contrat et de sa violation parmi les composantes d'une infraction emporte l'imprégnation pénale tant du premier que de la seconde. Le contrat en droit pénal suppose en effet uniquement la présence des conditions de son identification, à l'exclusion de celles participant, en droit civil, à son efficacité. L'inexécution contractuelle quant à elle, comporte non seulement cette première spécificité de consister en la méconnaissance d'un contrat au sens pénal. L'action en réparation du dommage causé par l'infraction ne paraît pas pouvoir échapper à de telles spécificités : en vertu du caractère accessoire de cette action, le juge pénal demeure lié par la particularité de ce fait dommageable. Cette considération permet alors d'éclairer la distribution des règles applicables devant le juge pénal. D'une part, en intégrant le contrat et sa violation parmi les composantes potentielles de l'incrimination, les infractions comparables à l'inexécution d'un contrat reposent sur une vision spécifiquement pénale du contrat comme de sa violation. En refusant de statuer en vertu des règles contractuelles au stade de la réparation du dommage causé par ces infractions, le juge pénal manifeste l'impossibilité d'ignorer le particularisme de ces dernières. Plus précisément, le contrat, en étant dispensé de ses conditions d'efficacité en droit pénal, ne peut engager une responsabilité contractuelle. Concrètement, admettre le contraire reviendrait à exiger davantage au stade de l'action civile qu'à celui de l'action publique : la régularité du contrat. D'autre part, en présence d'une infraction dite « contractuelle de hasard »¹⁹⁵¹, le contrat ne fait pas partie des composantes de l'incrimination ; il est le cadre fortuit de sa consommation. Aucune spécificité pénale à l'égard de ce dernier ne peut alors être relevée au stade de la constitution de l'infraction. Par conséquent, le juge pénal ne peut être confronté à une difficulté relative à la nullité ou à la preuve du contrat. En revanche au stade de l'action civile, le juge pénal peut commencer à s'intéresser au lien contractuel, vierge de toute appréciation.

537. Bilan. Les solutions adoptées par la Chambre criminelle à propos de la réparation d'une infraction commise à l'occasion de la violation d'un contrat peuvent de prime abord paraître peu cohérentes. Le juge pénal tantôt refuse catégoriquement tantôt accepte le fondement contractuel. La doctrine tend alors majoritairement à percevoir cette acceptation

¹⁹⁵⁰ V. *supra*, n° 333.

¹⁹⁵¹ V. *supra*, n° 333.

comme le signe d'une première ouverture de l'action civile à la responsabilité contractuelle, espérant sa généralisation. Pourtant, le juge pénal semble dessiner avec rectitude les contours du domaine de la réparation sur le fondement contractuel : seules les infractions visées par l'article 470-1 du Code de procédure pénale autorisent ainsi l'application de l'article 1147 du Code civil. Une telle scission fait écho à celle imposée par la comparaison des faits générateurs des responsabilités pénale et contractuelle. Le particularisme des infractions seules à mêmes d'être comparées à une inexécution du contrat permet alors de comprendre l'exclusion du fondement contractuel de la réparation. Ce même particularisme exprime également la façon dont les décisions relatives à ces infractions peuvent coexister, du point de vue de leur autorité respective.

2) L'éclairage processuel de l'exclusion du fondement contractuel

538. Le principe général d'autorité du pénal sur le civil. L'article 4 § 2 du Code de procédure pénale prévoit qu'il doit être sursis au jugement de l'action civile « tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement ». Le législateur formule ainsi la règle : « le criminel tient le civil en état », qui trouve naturellement son prolongement dans le principe d'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil. Malgré l'absence de disposition en ce sens, la jurisprudence affirme depuis le début du XIX^{ème} siècle « le principe d'après lequel les décisions de la justice répressive ont au civil l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous »¹⁹⁵².

L'importance des discussions relatives aux fondements de ces règles¹⁹⁵³ se comprend lorsque l'on considère l'importance de leur portée. D'abord, le tribunal civil¹⁹⁵⁴ doit attendre pour

¹⁹⁵² Cass. crim., 7 mars 1855, D. 1855, 1, p. 81.

¹⁹⁵³ A l'origine, le sursis à statuer trouvait une explication dans le prétendu caractère préjudiciel de l'action publique par rapport à l'action civile. Désormais les auteurs proposent tantôt d'expliquer cette règle par la volonté d'éviter une quelconque influence de la décision civile sur celle pénale. Le sursis n'établirait « qu'une primauté de rang du procès pénal (B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n° 314). Tantôt la doctrine –majoritaire– considère que le juge civil doit surseoir à statuer pour que la décision pénale puisse avoir autorité. La première règle ne serait ainsi qu'un préalable nécessaire à la mise en œuvre de la seconde : l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil (V. notamment, Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, préc., n° 669 ; H. Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 1938, n° 1549 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 1041). Cette dernière, dénuée de tout fondement textuel, trouverait alors elle-même son fondement dans la prééminence de la décision pénale par rapport à la décision civile. (V. pour une démonstration en faveur de la règle : R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 771 et s. Pour une présentation générale et critique des fondements V. A. Botton, *Contribution à l'étude de la l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, préc., n° 129 et s.).

¹⁹⁵⁴ « L'article 4 al. 2, concernant le sursis au jugement ne vise que l'action civile exercée devant une juridiction civile séparément de l'action publique » : Cass. crim., 16 mars 1959, Bull. crim., n° 181.

statuer sur l'action civile que le tribunal répressif ait statué sur l'action publique. Ensuite, « il n'est plus permis au juge civil de méconnaître ce qui a été nécessairement et certainement décidé par le juge criminel sur l'existence du fait incriminé qui forme la base commune de l'action civile et de l'action pénale, sur sa qualification et la culpabilité de celui à qui les faits sont imputés »¹⁹⁵⁵. La prise en compte, par le droit pénal, de certaines inexécutions contractuelles et son refus, au stade de la réparation, d'appliquer les règles de la responsabilité contractuelle imposent semble-t-il une organisation processuelle particulière.

539. L'application spéciale de l'autorité du pénal sur le civil. Pour que le jugement de l'action civile soit suspendu, les deux actions, outre des conditions procédurales¹⁹⁵⁶, doivent procéder du même fait¹⁹⁵⁷. Plus précisément, le sursis à statuer s'impose au juge civil au motif implicite qu'il faut éviter le risque de contradiction entre les décisions civile et pénale. Par conséquent, la jurisprudence affirme que le sursis s'impose « dès que la décision à intervenir sur l'action publique est susceptible d'influer sur celle de la juridiction civile »¹⁹⁵⁸. Les magistrats adoptent également une définition pragmatique des conditions d'application de l'autorité de la chose jugée : seules disposent de cette autorité les énonciations « certaines » et « nécessaires » de la décision de condamnation, de relaxe ou d'acquittement¹⁹⁵⁹. Ainsi, en adoptant une vision fonctionnelle¹⁹⁶⁰ des deux règles d'autorité du pénal sur le civil, la jurisprudence ne permet pas de répondre par principe à l'incidence de la différence de nature du régime applicable à la réparation du dommage causé par une inexécution contractuelle pénalement répréhensible. Seule la comparaison du fondement des décisions semble, en effet, parvenir à une proposition rationnelle de l'organisation processuelle de la réparation de ces infractions.

La jurisprudence a parfois rejeté de manière catégorique l'application de la règle du sursis à statuer en considérant que « s'il peut y avoir identité entre les faits dont procèdent l'une et l'autre action, elles n'envisagent ceux-ci ni sous le même rapport, ni aux mêmes fins, et ne

¹⁹⁵⁵ V. notamment, Cass. civ., 23 mars 1953, D. 1953, p. 363, JCP 1953. II. 7637, note R. Savatier.

¹⁹⁵⁶ L'action publique doit avoir été mise en mouvement avant ou pendant l'exercice de l'action civile devant le tribunal civil. V. notamment, B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n° 315.

¹⁹⁵⁷ Req. 5 juin 1882, D. 1883, 1, p. 291, S. 1884. 1. 71 ; Cass. civ., 13 mars 1950, D. 1950, p. 414.

¹⁹⁵⁸ V. notamment : Cass. com., 30 mars 1978, Bull. civ. IV, n° 95 ; 26 juin 1979, *ibid.*, n° 215 ; Cass. soc., 9 juil. 1980, JCP 1980. IV. 361 ; Cass. civ. 2, 14 déc. 1992, Dr. pén., 1993, comm., 94, note. A. Maron.

¹⁹⁵⁹ V. par exemple, Cass. civ. 2, 18 oct. 1989, Bull. civ., n° 183.

¹⁹⁶⁰ Les juges fondent la définition des conditions des deux règles sur l'objectif que chacune entend atteindre. Le sursis vise à éviter un risque de contradiction, il convient donc de subordonner ce dernier au constat d'une potentielle influence. La règle de l'autorité de la chose jugée du pénal sur le civil « joue un rôle d'accélération du procès civil et d'harmonisation décisionnelle » (A. Botton, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, préc., n° 236). Par suite, elle ne peut s'appliquer que sur les éléments qui ont fondé la décision ayant autorité.

peuvent avoir aucune influence l'une sur l'autre »¹⁹⁶¹. La jurisprudence a néanmoins été parfois plus réservée¹⁹⁶². Le simple constat d'une divergence des règles applicables selon la juridiction saisie ne peut suffire à écarter toutes règles d'autorité des décisions, ces dernières obéissant à des critères dépassant cette divergence. En effet, la condition *sine qua non* de l'application du sursis réside dans le risque de contradiction des décisions et donc, de manière positive, dans la possibilité d'influence de la décision pénale sur la décision civile. L'autorité de chose jugée repose, quant à elle, sur l'établissement de la certitude et de la nécessité des éléments décisionnels. Seules les spécificités de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible peuvent alors commander la mise à l'écart de ces règles.

Le contexte contractuel des infractions invite non seulement à s'interroger sur l'action civile *stricto sensu* mais également sur les actions dites à fins civiles.

540. L'autorité sur les actions à fins civiles. Lorsque la victime d'une infraction comparable à l'inexécution d'un contrat formule au juge civil une demande qui ne vise pas strictement à réparer l'infraction, ce dernier doit-il attendre d'une part puis se soumettre à la décision du juge pénal¹⁹⁶³ d'autre part ? Depuis la loi du 5 mars 2007¹⁹⁶⁴, le législateur a réglé le sort, jusqu'alors incertain, des actions dites à fins civiles. Ces dernières, dont la vocation première n'est pas la réparation du dommage causé par l'infraction, « mais de tirer certaines conséquences civiles d'une situation que cette infraction a manifestée ou de ramener à exécution un droit que l'infraction a pu troubler »¹⁹⁶⁵, sont désormais formellement exclues du champ d'application de la règle du sursis¹⁹⁶⁶. Par conséquent, le juge civil saisi d'une action en résolution du contrat¹⁹⁶⁷, par exemple, n'aura pas à suspendre sa décision en attendant celle du juge pénal.

Le sort de ces actions n'est, en revanche, pas résolu pour la règle de l'autorité de chose jugée. Or, la jurisprudence admettait avant 2007 que la décision pénale pouvait exercer son influence

¹⁹⁶¹ Cass. com., 14 juin 1972, Bull. civ. IV, n° 193.

¹⁹⁶² Cass. civ. 1, 25 oct. 1965, GP 1966. 257 ; Cass. com., 11 mars 1964, GP 1964. 1. 439.

¹⁹⁶³ L'interaction avec le domaine contractuel, que postulent ces infractions, conduit en effet à envisager bon nombre d'hypothèses d'actions dont l'objet principal n'est pas strictement de réparer le dommage causé par l'infraction mais de mettre en œuvre des actions prévues exclusivement par le régime contractuel. Les actions en exécution forcée ou en résolution du contrat suffiront à l'illustrer.

¹⁹⁶⁴ « tendant à l'équilibre de la procédure pénale ».

¹⁹⁶⁵ R. Merle, A. Vitu, *Procédure pénale*, préc., n° 134.

¹⁹⁶⁶ C.p.p., art. 4, al. 3 : « La mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil ».

¹⁹⁶⁷ Cass. crim., 3 avr. 2001, Dr. pén., 2002, comm. 23, note A. Maron.

sur ce type d'actions¹⁹⁶⁸. La doctrine majoritaire, fidèle au lien unissant les règles du sursis à statuer à l'autorité de la chose jugée, considère que l'exclusion des actions à fins civiles du champ de la première impose celle du champ de la seconde¹⁹⁶⁹. Certains auteurs¹⁹⁷⁰ refusent une telle extension en concédant toutefois que les hypothèses d'application potentielle de l'autorité de chose jugée se trouvent dans les faits nécessairement réduites¹⁹⁷¹. La jurisprudence, en maintenant sa position après l'entrée en vigueur de la loi de 2007¹⁹⁷², incite à souscrire à cette vision minoritaire. Dans cette optique, les actions à fins civiles se trouvent donc soumises au même régime, finalement casuistique, que celui de l'action civile proprement dite.

541. L'autorité sur l'action en réparation. La seule divergence des règles applicables devant les juridictions civiles et pénales pour réparer le dommage causé par une infraction comparable à l'inexécution d'un contrat ne peut suffire à exclure de manière générale l'application des règles d'autorité. Seule la physionomie du fait délictueux semble à même de justifier au cas par cas l'attente et le respect de la décision pénale par le juge civil. Or, malgré son particularisme, le fait générateur de responsabilité pénale n'entraîne pas systématiquement un tel besoin. La question de l'état d'esprit de l'agent suffira sans doute à l'illustrer.

Le juge pénal subordonne, en principe¹⁹⁷³, le constat de l'infraction à celui du caractère intentionnel de la violation pénalement répréhensible. En revanche, l'engagement de la responsabilité contractuelle ne se trouve pas soumise à une telle rigueur, l'absence de faute pouvant même ne pas l'empêcher en présence d'une obligation de résultat¹⁹⁷⁴. Autrement dit, ce n'est pas parce que la décision pénale constate l'absence d'infraction, faute de comportement intentionnel, que la responsabilité contractuelle du prévenu ne pourra pas être

¹⁹⁶⁸ V. pour une action en exécution d'un contrat de cautionnement : Cass. com., 10 janv. 2006, n° 04-19941.

¹⁹⁶⁹ V. notamment : J.-H. Robert, *L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, Procédures 2007, étude 19. – *Adde* : A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, préc., n° 435 : « il est alors illogique de distinguer le sursis à statuer de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil. Ces deux règles ayant un même fondement, à savoir la primauté de la justice pénale sur la justice civile correspondant à la primauté de l'intérêt commun sur l'intérêt particulier ».

¹⁹⁷⁰ A. Botton, *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, préc., n° 369.

¹⁹⁷¹ Le juge civil pouvant désormais statuer sans attendre de décision pénale irrévocable sera moins souvent tenu par l'autorité de cette décision. Toutefois, d'une part, le juge de l'action à fin civile sera tenu de respecter la décision pénale lorsqu'une décision irrévocable aura été rendue avant la décision de première instance ou d'appel (J.-H. Robert, *L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, préc., n° 27). D'autre part, ce dernier pourra éventuellement choisir de surseoir à statuer, en vertu de l'article 378 du Code de procédure civile, pour une « bonne administration de la justice ».

¹⁹⁷² V. notamment : Cass. soc., 9 avr. 2008, n° 07-40880 ; 21 mai 2008, JCP 2008. II. 10135, note S. Detraz.

¹⁹⁷³ V. pour les assouplissements jurisprudentiels, *supra*, n° 357.

¹⁹⁷⁴ V. *supra*, n° 361.

engagée en matière civile. Il paraît alors tentant de considérer, avec certains auteurs¹⁹⁷⁵, que le juge civil n'a alors aucun intérêt, en une telle hypothèse, à surseoir à statuer : le constat de l'inexécution lui suffira à engager la responsabilité contractuelle du débiteur. Cependant, l'indifférence à la décision pénale ne peut être absolue puisque le régime contractuel n'est pas lui-même totalement indifférent à la gravité de la faute. En effet, l'abandon de la théorie de la gradation des fautes n'a pas effacé toutes incidences de la faute lourde ou du dol en matière contractuelle¹⁹⁷⁶. Le régime contractuel plus sévère¹⁹⁷⁷ associé à ces fautes relance alors l'intérêt des règles d'autorité. En effet, la condamnation pénale du prévenu pour une infraction comparable à l'inexécution d'un contrat emporte en principe le constat d'un comportement intentionnel¹⁹⁷⁸. Dès lors, le juge civil ne peut en faire abstraction pour se prononcer sur les modalités et l'étendue de la réparation.

Une même conclusion peut être proposée si l'on accepte l'idée d'une sélection des obligations à même d'entraîner une inexécution pénalement répréhensible. Le refus manifeste de prendre en compte pénalement toutes les méconnaissances du contrat peut s'expliquer autrement que par le recours à l'intention de l'auteur. Si cette dernière permet il est vrai d'opérer une première sélection¹⁹⁷⁹, il semble que le droit pénal effectue également un tri en fonction de l'importance des obligations contractuelles. En ne retenant que les méconnaissances ayant porté sur une obligation fondamentale du contrat, ce dernier exprime en effet sa volonté d'ignorer les comportements les moins graves¹⁹⁸⁰. Une telle spécificité du comportement délictueux emporte alors des conséquences processuelles. Le débiteur qui méconnaît le contrat peut voir sa responsabilité contractuelle engagée, sans que le juge civil n'opère une quelconque appréciation de la place de l'obligation violée dans le rapport contractuel. A s'en tenir à un tel constat, le juge civil devrait pouvoir prononcer une réparation sur le fondement contractuel sans attendre l'avis du juge pénal sur les éléments constitutifs de l'infraction. Cependant, la recherche du caractère fondamental de l'obligation méconnue n'est, à nouveau, pas totalement étrangère au régime de la responsabilité contractuelle. En effet, l'interprétation proposée des infractions comparables à l'inexécution d'un contrat repose sur une distinction

¹⁹⁷⁵ V. notamment, M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 242. L'auteur précise toutefois que l'absence de sursis à statuer suppose que le juge civil ne précise pas la nature intentionnelle ou non intentionnelle de la faute par lui relevé.

¹⁹⁷⁶ V. notamment, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 575.

¹⁹⁷⁷ V. pour une présentation détaillée de ce régime, *infra*, n° 585 et 591.

¹⁹⁷⁸ Il est vrai que la jurisprudence criminelle fait montre parfois d'une certaine sévérité à l'égard des professionnels en se contentant à leur égard d'une imprudence caractérisée (v. *supra*, n° 357). Cependant, cette sévérité trouve un écho en matière civile (v. notamment, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 569) ce qui conduit à maintenir l'intérêt des règles d'autorité même dans cette hypothèse.

¹⁹⁷⁹ V. *supra*, n° 354 et s.

¹⁹⁸⁰ V. pour la mise à l'épreuve de la proposition *supra*, n° 388 et s.

civile des obligations contractuelles. Or, cette distinction est notamment utilisée pour déterminer la gravité de la faute, en identifiant une faute lourde¹⁹⁸¹. Dès lors, la démarche fonctionnelle des deux règles d'autorité semble imposer une prise en compte de cet élément décisionnel. Plus précisément, si le juge pénal affirme le caractère fondamental de l'obligation méconnue, le juge civil devra-t-il en tirer les conséquences sur le régime de la réparation¹⁹⁸².

Finalement, seule une spécificité du fait générateur de responsabilité pénale permet de mettre à mal les règles processuelles d'autorité classiquement applicables. Le juge civil peut en effet, sans attendre l'issue du procès pénal, débouter le créancier contractuel sans risquer d'entrer en contradiction avec une décision pénale ultérieure de condamnation, lorsque le rejet de la demande civile est fondé sur la nullité du contrat. L'indifférence du droit pénal à la régularité du contrat violé¹⁹⁸³ impose en effet d'exclure cette question du procès pénal. Dès lors, le juge civil demeure le seul à s'interroger sur cette question et peut donc prendre sa décision sans s'en remettre à celle relative à l'infraction¹⁹⁸⁴. Ainsi, à nouveau, le particularisme de la notion pénale de contrat interfère avec le régime de l'inexécution pénalement répréhensible.

¹⁹⁸¹ « Le plus souvent la Cour de cassation énonce que le manquement du débiteur à une obligation essentielle du contrat est constitutif d'une faute lourde ou dolosive faisant obstacle à la limitation de la responsabilité aux dommages prévisibles posée par l'article 1150 du Code civil, et ce même entre professionnels. » : M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 661. V. pour une illustration : Cass. civ., 1, 2 déc. 1997, n° 95-21907.

¹⁹⁸² La proposition inverse semble en revanche plus discutable. En effet, le rejet du caractère fondamental d'une obligation par le juge pénal doit pouvoir être ignoré par son homologue civil dans certaines hypothèses. En effet, par les infractions mentionnant explicitement l'obligation à même d'emporter des sanctions pénales, le législateur opère un choix parmi les différentes obligations du contrat en cause. Cependant, cela ne signifie pas qu'une seule obligation de ce type puisse être identifiée. Les délits de filouteries, par exemple, se focalisent sur l'obligation du client pour protéger les professionnels contraints de faire confiance à leur clientèle. Cela n'impose toutefois pas de retenir l'obligation de payer comme seule obligation fondamentale de la vente par exemple : perçue du point de vue des obligations du vendeur, cette convention commande une qualification semblable pour l'obligation de livraison (v. *supra*, n° 407).

¹⁹⁸³ Et plus généralement, l'indifférence à l'irrégularité du contrat même lorsque l'infraction ne vise pas l'inexécution de ce dernier. Toutefois, la question de l'autorité de la décision pénale, qu'elle soit relative à l'application du sursis à statuer ou de l'autorité de chose jugée proprement dite, se pose de manière idoine pour les infractions ne visant que la phase de formation du contrat. En effet, l'illicéité des objets ou de la cause du contrat peuvent directement résulter d'une infraction pénale (v. *supra*, n° 94 pour des exemples). Le sursis à statuer ainsi que la chose jugée au pénal semblent alors devoir exercer leur autorité. Une condamnation pour proxénétisme sur le fondement de l'article 225-10, 3° par exemple, impose le prononcé de la nullité du contrat par le juge civil. Ce dernier ne pourra en revanche pas se fonder sur le comportement infractionnel en cas de relaxe. La portée des infractions coïncidant avec un vice du consentement diffère également en fonction de la décision pénale. Toutefois, l'autorité des décisions relatives à ces infractions dépend de la concordance des conditions du vice et des éléments constitutifs de l'infraction (v. alors les différentes thèses abordant cette question, citées *supra*, n° 61) : la relaxe pour escroquerie n'interdit pas l'annulation du contrat sur le fondement d'un dol par mensonge (Cass. com., 25 mai 1966, Bull. civ. IV, n° 276 ; 10 juin 1960, *ibid.*, n° 224).

¹⁹⁸⁴ Cass. civ. 3, 10 mai 2007, RDC 2007, p. 1229, note Y.-M. Serinet : « la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé l'illicéité de la cause des contrats, sans s'estimer liée par les décisions pénales, en a déduit à bon droit, sans être tenue de répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, que les ventes devaient être annulées ».

542. Bilan. Si la finalité du droit pénal peut aisément justifier le particularisme du fait générateur de responsabilité pénale, la vocation réparatrice de l'action civile pourrait sembler-t-il –et là siège la principale critique de la position jurisprudentielle–, être compatible avec l'application du régime contractuel. L'aspect réparateur de cette action suscite la discussion, il est vrai, au regard du débat relatif à l'existence d'une véritable responsabilité contractuelle¹⁹⁸⁵. Mais une fois cette discussion close, la position du droit positif pouvait soit à nouveau faire l'objet d'une condamnation, soit tenter d'être expliquée. En admettant la voie de l'explication, le caractère accessoire de l'action civile ne pouvait que forcer le recours à l'infraction, et donc à l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible. Or, le rejet des règles contractuelles au stade de la réparation trouve une nouvelle lecture en l'abordant par le biais du particularisme de cette dernière : les infractions comparables à l'inexécution d'un contrat permettent d'expliquer le rejet du régime contractuel. Alors, ledit particularisme fournit non seulement une justification à l'application de la responsabilité délictuelle mais aussi une présentation, du point de vue processuel, de l'organisation des décisions.

¹⁹⁸⁵ V. *supra*, n° 526 et s.

Conclusion du premier chapitre

543. Le particularisme logique de la réparation. L'élimination du fondement contractuel de la réparation prononcée par le juge pénal ne peut passer inaperçue. Tantôt les juridictions criminelles admettent la recevabilité d'une action collective dont les détenteurs ne sont pas subordonnés à la qualité de partie au contrat. Tantôt, le juge pénal prononce expressément l'exclusion du fondement contractuel. Ces deux affirmations, dont l'opportunité est si souvent discutée, trouvent finalement une explication dans le particularisme de l'infraction visant l'inexécution d'un contrat.

La première hypothèse concerne essentiellement les infractions pour lesquelles le fait délictueux ne peut être comparé à une inexécution contractuelle classique, par la spécificité de l'obligation violée et plus précisément, par sa vocation collective. La consécration d'actions civiles collectives contrevient évidemment au régime contractuel, par essence réservé aux seules parties au contrat, mais s'explique naturellement par la vocation de l'obligation dont la violation est pénalement sanctionnée. Ainsi, l'objet de la sélection fonctionnelle mise en œuvre au stade de la constitution de l'infraction explique le particularisme du régime de la réparation. Autrement dit, la portée collective de l'obligation retentit logiquement sur les personnes à même de s'en prévaloir.

Dans la seconde hypothèse, le juge pénal exclut expressément la responsabilité contractuelle à propos d'infractions pour lesquelles il s'est attaché à démontrer le particularisme du fait délictueux. Seul ce dernier paraît alors à même de pouvoir expliquer la distorsion désormais constatable dans la jurisprudence criminelle : en présence d'une infraction dont la coïncidence avec une inexécution contractuelle n'est que le fruit du hasard, le juge pénal se prononce en vertu des règles contractuelles, ni le contrat ni la violation de ce dernier n'étant visés par l'infraction. En revanche, dès lors que l'infraction prévoit elle-même le cadre contractuel, les mêmes magistrats rejettent toute action contractuelle, conformément à la vision pénale du contrat. L'action civile s'en tient alors, en vertu de son caractère accessoire, à la physionomie de l'infraction.

S'en suivent alors en premier lieu des considérations processuelles. Plus précisément, l'organisation de l'autorité des décisions –le sursis à statuer et l'autorité de chose jugée au

pénal sur le civil– dépend finalement moins de la divergence des règles applicables que du particularisme du fait infractionnel. En résultent en second lieu, nombre de critiques, spécialement de la doctrine civiliste. Les auteurs condamnent ainsi la position de la Chambre criminelle au motif principal qu'elle constitue une atteinte évidente au principe de non option des responsabilités contractuelle et délictuelle. La démonstration a de quoi convaincre, qui met en avant non seulement la méconnaissance de la loi mais également des prévisions contractuelles. Toutefois, l'un comme l'autre de ces arguments reposent sur une vision quelque peu dépassée de la matière contractuelle. En ce qui concerne l'atteinte aux prévisions du législateur, non seulement certaines réformes¹⁹⁸⁶ ou projets de réforme du droit des obligations tendent à minimiser la dissociation des deux corps de responsabilité¹⁹⁸⁷ mais des auteurs affirment également que même en maintenant une telle scission, la responsabilité délictuelle doit être considérée comme générale et d'ordre public¹⁹⁸⁸. Plus radicalement, il n'est plus à démontrer qu'aujourd'hui législateur¹⁹⁸⁹ et jurisprudence s'immiscent dans le contrat pour imposer des règles totalement étrangères à la volonté des parties¹⁹⁹⁰ ; le contrat, conçu comme la loi des parties ne correspond plus à la réalité¹⁹⁹¹. La portée de la position du

¹⁹⁸⁶ Le régime de la prescription a été notamment unifié par la loi du 17 juin 2008. L'article 2224 nouveau du Code civil prévoit que : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par 5 ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Avant la réforme, la prescription de l'action en responsabilité tant contractuelle que délictuelle était en principe de 30 ans. Toutefois, de nombreuses exceptions venaient mettre à mal cette unité. En effet, depuis la loi du 5 juillet 1985 (C. civ., art. 2270-1), elle ne s'appliquait plus qu'à propos des contrats civils ; le délai était de dix ans en matière délictuelle et dans les relations nées du commerce (C. com., art. L. 110-4). V. sur la portée de cette réforme, *infra*, n° 553.

¹⁹⁸⁷ V. en ce sens, à propos de l'avant-projet de réforme du droit des obligations : J. Huet, *Observation sur la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, éd. Paris I, 2007, spéc., p. 4 et s.

¹⁹⁸⁸ V. notamment : H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, préc., n° 192.

¹⁹⁸⁹ V. notamment, M. Armand-Prévost et D. Richard, *Le contrat déstabilisé - De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel*, JCP 1979. II. 2952.

¹⁹⁹⁰ V. notamment, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 71 et s. ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 33 et s.

¹⁹⁹¹ V. pour une présentation des mesures légales de révision : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 416 et s. V. pour une illustration récente : Cass. com. 29 juin 2010, D. Mazeaud, *L'arrêt Canal « moins »*, D. 2010, p. 2481 ; T. Génicon, *Théorie de l'imprévision...ou de l'imprévoyance ?*, D. 2010, p. 2485. L'arrêt semble, en effet, par les termes choisis, ouvrir une véritable brèche à la reconnaissance de la théorie de l'imprévision. La Cour de cassation, certes dans un arrêt non publié au bulletin, casse celui de la Cour d'appel au visa des articles 1131 du code civil et 873, alinéa 2, du code de procédure civile, aux motifs qu'« en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du cours des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». V. à ce sujet l'article 136 du projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie : « Si un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le

juge pénal, certes condamnable sur le principe, s'inscrirait donc finalement dans une démarche généralisée en matière civile. Plus encore, et même en adhérant aux critiques, il faut remarquer que la présence d'une infraction d'inexécution contractuelle ne saurait produire les effets pernicioeux visés par elles. La raison tient à nouveau au particularisme du fait générateur de responsabilité pénale. La physionomie de ce dernier commanderait, même en appliquant les règles de la responsabilité contractuelle, des solutions équivalentes à celles retenues sur le fondement délictuel. Le particularisme de la constitution de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible permet donc de mesurer la portée du particularisme de la réparation.

risque, celle-ci peut demander une renégociation à son contractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ». Très récemment, une proposition de loi (n° 3563), enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 22 juin 2011, « visant à permettre la renégociation d'un contrat en cas de changements de circonstances imprévisibles durant son exécution », reprend à l'identique cette disposition. V. F. Rome, *Le droit des contrats à l'Assemblée nationale : du grand n'importe quoi !*, D. 2011, n° 29, p. 1961.

Chapitre II - La portée du particularisme de la réparation

544. Un particularisme clairement affirmé. En présence d'une infraction comparable à l'inexécution d'un contrat, la jurisprudence pénale proclame avec constance l'exclusion des règles contractuelles du fondement de la réparation. Ainsi, la victime d'une telle infraction voit son dommage réparé en vertu des règles de la seule responsabilité délictuelle. Les auteurs contestent, dans leur majorité, pareille proposition.

545. Un particularisme consensuellement condamné. L'hostilité doctrinale à l'égard de la position jurisprudentielle consiste à reprocher l'exclusion des règles contractuelles du régime de l'action civile ; la possibilité de constater une inexécution contractuelle devrait systématiquement conduire le juge pénal à appliquer l'ensemble du régime réservé à cette hypothèse. Le rejet, par les juridictions pénales, d'un tel fondement ne se justifierait donc pas. Plus encore, il aurait pour effet direct l'atteinte au principe de non-option et, par là même, la méconnaissance, tant de la volonté du législateur que de celle des contractants¹⁹⁹². Pourtant, l'étude conjointe des répercussions du fondement contractuel sur l'action civile et des spécificités du fait délictueux semble autoriser un apaisement.

546. Un particularisme finalement insignifiant. Certes, devant les juridictions pénales, le dommage créé par une infraction comparable à l'inexécution d'un contrat ne peut trouver réparation en application du régime contractuel. Cependant, le particularisme de l'action exercée devant ces juridictions ne peut finalement pas être imputé au choix contesté des règles de responsabilité délictuelle.

Tout d'abord, les singularités de l'action en réparation du dommage causé par une telle infraction n'apparaissent finalement pas exclusivement réservées aux inexécutions contractuelles pénalement répréhensibles. Au contraire, les points marquant l'originalité de l'action civile peuvent être associés à la spécificité de l'action civile elle-même, indépendamment du choix des régimes de responsabilité civile. Distincte de l'action en

¹⁹⁹² V. *supra*, n° 521 et s.

réparation exercée devant le juge civil, l'action civile *stricto sensu* recèle des particularités d'abord exclusivement dues à la singularité de cette action et donc indépendantes de l'infraction en cause.

Il faut remarquer, ensuite, que les spécificités potentiellement liées au choix de la responsabilité délictuelle se révèlent, en définitive, sans incidence sur le régime de la réparation. En effet, le particularisme constaté au stade de la constitution des infractions contractuelles concernées provoquerait, en application des règles contractuelles, des solutions absolument identiques à celles proposées par le juge pénal sur le fondement délictuel.

Ainsi, les particularités identifiables dans le régime de l'action civile de l'infraction d'inexécution contractuelle sont finalement imputables à l'action civile elle-même (Section 1) et non au choix de la responsabilité délictuelle (Section 2).

Section 1 - La présence de particularités étrangères à l'élimination de la responsabilité contractuelle

547. Action en justice et droit à réparation. La responsabilité civile a pour objet principal l'obligation de réparer un dommage¹⁹⁹³. La préoccupation de cette responsabilité se centre ainsi sur l'indemnisation d'une victime. Néanmoins, la naissance d'une telle obligation implique, en principe¹⁹⁹⁴, une action en justice. Par suite, le droit à réparation offert à la victime suppose une action en responsabilité¹⁹⁹⁵. Or, l'action civile en réparation du dommage causé par une infraction comparable à l'inexécution d'un contrat s'illustre par différentes particularités innervant tantôt l'aspect substantiel –le droit à réparation–, tantôt l'aspect processuel –l'action en responsabilité. Le juge pénal propose ainsi à la victime d'une inexécution contractuelle pénalement répréhensible, une action en réparation singulière.

La doctrine condamne de manière constante certaines de ces spécificités en faisant valoir que les juridictions criminelles devraient accepter de mettre en œuvre le régime de la

¹⁹⁹³ « Toute obligation de répondre civilement du dommage que l'on a causé à autrui, c'est-à-dire de réparer en nature ou par équivalent » : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc., « Responsabilité » (I). –Adde : M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*, préc., p. 11 : « le but premier (mais pas unique) de la responsabilité civile est de réparer un dommage ». V. surtout, *supra*, n° 19.

¹⁹⁹⁴ V. Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 533.

¹⁹⁹⁵ V. J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Rapports entre les responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences, J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 1155, fasc. 15, 2007, n° 38 : « En tant que source d'obligation, la responsabilité civile produit évidemment un effet substantiel ; la naissance d'une obligation de réparation et corrélativement d'un droit à réparation. Mais il est décisif d'observer que cet effet substantiel suppose nécessairement une action en justice ; la responsabilité civile est ainsi exclusivement judiciaire ».

responsabilité contractuelle. Autrement dit, ces auteurs considèrent que les particularités de l'action en réparation exercée devant le juge pénal résultent de l'application des règles de la responsabilité délictuelle.

Or, pour l'un comme pour l'autre des aspects de l'action civile, ces spécificités demeurent finalement imputables à l'originalité même de l'action civile, indépendamment du corps de règles retenu. Ainsi, les spécificités de l'action en responsabilité (§1) comme celles relatives aux modalités de la réparation (§2) sont attribuables uniquement à l'originalité de l'action civile exercée devant le juge pénal.

§1- Les spécificités de l'action en responsabilité

548. Des spécificités étrangères au fondement délictuel. Une action en réparation exercée devant le juge pénal recèle incontestablement un certain particularisme. Certains souhaitent d'ailleurs réserver la formule d'« action civile » aux seules actions exercées devant le juge pénal¹⁹⁹⁶. D'autres cherchent au contraire à démontrer le rapprochement des actions en réparation quelle que soit la juridiction saisie, en détachant notamment l'aspect vindicatif de l'objet de l'action civile¹⁹⁹⁷.

Pour autant, quelle que soit l'ambition des démonstrations, nul ne nie l'existence de différences selon l'interlocuteur judiciaire choisi par la victime. L'action civile –*stricto sensu*–, recèle en effet des spécificités incontestables en tant qu'action en responsabilité. D'une part, le juge pénal est exceptionnellement compétent pour connaître de l'indemnisation d'un préjudice. Des particularités sont alors inextricablement liées au caractère nécessairement accessoire de l'action civile par rapport à l'action publique. D'autre part, le constat exigé d'une infraction pénalement punissable impose d'exclure certaines modalités contractuelles, indépendamment de la qualification contractuelle ou délictuelle de la responsabilité retenue pour fonder la réparation.

¹⁹⁹⁶ V. en ce sens, S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, préc., n° 1032.

¹⁹⁹⁷ Ph. Bonfils, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, préc. L'auteur démontre qu'il ne faut pas confondre l'action civile, dont la seule finalité est la réparation, et la participation de la victime au procès pénal : « la réparation est apparue comme la finalité exclusive de cette action, indépendamment de la juridiction devant laquelle elle était portée. En effet, si l'on ne saurait ignorer l'existence d'aspirations vindicatives de la part des victimes d'infraction ainsi que leur prise en compte par le droit positif, celles-ci ne relèvent pas de l'action civile mais d'un autre concept : la participation de la victime au procès pénal. » (*ibid.*, n° 465).

Ainsi, les premiers reproches émis à l'encontre du choix de la voix délictuelle demeurent finalement imputables non pas à ce fondement mais à la compétence du juge pénal (A) ou à la présence d'une décision constatant une infraction pénalement punissable (B).

A- L'originalité déduite de la compétence du juge pénal

549. Les effets spéciaux d'une action spéciale. « Le procès pénal, dont l'objet principal est l'action publique, peut avoir comme objet accessoire une action en réparation du dommage »¹⁹⁹⁸. Classiquement, la présentation de ces deux actions s'opère par l'énoncé de leurs dissemblances et de leurs ressemblances¹⁹⁹⁹. La principale différence dont résultent finalement toutes les autres, est relative au but poursuivi par chacune d'elles²⁰⁰⁰. Les ressemblances mettent quant à elles en valeur la référence commune à l'infraction. Le régime de l'action civile emprunte alors logiquement divers points à celui de l'action publique. Les liens unissant ces actions sont ainsi seuls à pouvoir expliquer, tant les règles de compétence territoriale du juge (1), que celles relatives à la prescription (2). L'ignorance de la réglementation contractuelle en ces matières n'est alors aucunement due au fondement délictuel retenu par le juge pénal.

1) Le particularisme de la compétence territoriale

550. Des règles de compétence divergentes. *Actor sequitur forum rei* : le demandeur doit saisir le tribunal du défendeur. Comme en atteste l'adage²⁰⁰¹, la règle en matière de compétence civile demeure celle du for du défendeur²⁰⁰². La raison d'être de ce rattachement

¹⁹⁹⁸ B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n° 225.

¹⁹⁹⁹ M.-C. Broudicou, *Etude critique des liens entre l'action publique et l'action civile*, préc. ; R. Merle, A. Vitu, *Procédure pénale*, préc., n° 28.

²⁰⁰⁰ « L'action publique peut être définie comme l'activité procédurale exercée au nom de la société par le Ministère public, pour faire constater par le juge compétent le fait punissable, établir la culpabilité du délinquant et obtenir le prononcé de la sanction établie par la loi ». L'action civile peut, quant à elle, être définie comme « l'activité procédurale exercée par la victime d'une infraction pour faire constater par le juge compétent la réalité du préjudice né de cette infraction, établir la responsabilité du délinquant dans la production du préjudice et obtenir l'indemnisation ou les restitutions nécessaires » (R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 25).

²⁰⁰¹ V. pour les origines romaines de la règle : C. Accarias, *Précis de droit romain*, éd. Cotillon, 1882, n° 735.

²⁰⁰² Consacrée par l'ancien Code de procédure civile (art. 59 al. 1^{er}), cette règle siège aujourd'hui à l'article 42 al. 1^{er} du Code de procédure civile : « La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur ».

réside dans la volonté d'épargner le défendeur qui, « par principe, n'a rien demandé »²⁰⁰³. Le Code de procédure civile définit alors la notion de lieu où demeure le défendeur en distinguant les personnes civiles et les personnes morales²⁰⁰⁴.

Sans même envisager les dérogations figurant dans de nombreuses dispositions spéciales²⁰⁰⁵, le législateur prévoit cependant des règles différentes dans plusieurs hypothèses, et notamment, en matière contractuelle. Indifférent à la situation du défendeur, il offre ainsi une option au demandeur, qui peut choisir un autre tribunal que celui prévu par l'article 42 du Code de procédure civile²⁰⁰⁶. Lorsque le litige survient à l'occasion d'un contrat, le demandeur peut ainsi choisir, outre le tribunal du lieu où demeure le défendeur, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou la juridiction du lieu d'exécution de la prestation de service²⁰⁰⁷. Plus précisément, cette option s'impose si le litige se noue à l'occasion de l'exécution du contrat²⁰⁰⁸.

La doctrine fait alors valoir, à titre de critique, que « l'exercice de l'action civile par la voie pénale ne permettra pas toujours de respecter la règle contractuelle de compétence territoriale »²⁰⁰⁹. En effet, si une infraction comparable à l'inexécution d'un contrat a été commise, l'action civile peut être exercée devant le tribunal saisi de l'action publique. Or, en matière de contravention, seuls le tribunal de police du lieu de commission ou de constatation de l'infraction ou celui de la résidence du prévenu sont compétents²⁰¹⁰. En matière de délit, s'ajoute la compétence du tribunal correctionnel du lieu d'arrestation du prévenu²⁰¹¹. Enfin, la Cour d'assises, qui a compétence pour juger les crimes commis dans son ressort territorial, est aussi compétente en vertu de la décision de mise en accusation²⁰¹².

²⁰⁰³ M. Douchy-Oudot, *Compétence, Rép. proc. civ. Dalloz*, 2010, n° 34. — Adde : H. Croze, H. Morel, *Procédure civile*, PUF, 1988, n° 32 : « celui qui forme une demande en justice contre une autre personne cause un trouble à cette dernière. Tant qu'une décision n'a pas été rendue, il est impossible de dire si ce trouble est justifié. Dans ces conditions, il est naturel de minimiser le dérangement que le procès cause au défendeur et notamment de lui éviter de se déplacer pour assurer sa défense ».

²⁰⁰⁴ V. L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 7^{ème} éd., LexisNexis, 2011, n° 158 et s.

²⁰⁰⁵ V. J. Beauchard, *Droit et pratique de la procédure civile*, 6^{ème} éd., Dalloz-action, 2009, n° 132-00 et s ; S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile. Droit interne et de l'Union européenne*, 30^{ème} éd., Dalloz, 2010, n° 1571 et s.

²⁰⁰⁶ Les options de compétence ont parfois été présentées comme un simple aménagement au principe de la compétence du for du défendeur. En réalité, la considération du défendeur cède la place à celle du demandeur qui seul bénéficie de l'option. V. en ce sens, L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 165.

²⁰⁰⁷ C. proc. civ., art. 46 al 2.

²⁰⁰⁸ H.-D. Cosnard, *La compétence territoriale en matière contractuelle*, in Mélanges offerts à P. Hébraud, Université des sciences sociales, 1981, p. 207 et s.

²⁰⁰⁹ M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 211.

²⁰¹⁰ C.p.p., art. 522.

²⁰¹¹ C.p.p., art. 382, al. 1. L'alinéa 2 ajoute par ailleurs la compétence du tribunal dans le ressort duquel une personne est détenue.

²⁰¹² Même si le crime a été commis dans le ressort territorial d'une autre Cour d'assises. C.p.p., art. 231.

551. Une divergence étrangère au choix du fondement délictuel. La jurisprudence pénale, en refusant de prendre en compte le fondement contractuel, paraît offrir une critique supplémentaire à la doctrine : « Un conflit est donc susceptible de se produire entre la règle applicable en matière contractuelle et la règle applicable à l'action civile exercée par la voie pénale, à moins que par une coïncidence fortuite, le tribunal répressif saisi soit l'un de ceux auxquels renvoient les textes régissant l'action contractuelle »²⁰¹³. Pareil reproche peut toutefois aisément ne pas convaincre. En effet, le droit pénal choisit certes explicitement de tenir à l'écart le régime contractuel de la réparation du dommage infractionnel. Cependant, l'exclusion des règles de compétence territoriale, telles que prévues en matière contractuelle, n'est absolument pas imputable au choix de la responsabilité délictuelle.

Il suffit d'observer que le juge pénal compétent pour statuer sur l'action civile peut être différent de celui désigné par les règles de compétence applicables en matière délictuelle. Ces dernières envisagent en effet comme compétents, les tribunaux du lieu du fait dommageable ou la juridiction dans le ressort de laquelle le dommage a été subi²⁰¹⁴. Reste alors à imaginer que le juge pénal saisi soit celui du lieu d'arrestation du prévenu sans qu'il ne corresponde ni au lieu du fait dommageable ni à celui du dommage subi. La divergence des règles de compétence applicables et le risque de conflit dénoncé ne peuvent ainsi aucunement être mis à la charge du rejet des règles contractuelles par le juge pénal ; la désignation de la juridiction compétente en matière pénale ne résulte pas de l'application des règles contractuelles mais d'un régime réservé à la matière pénale.

Le caractère accessoire de l'action civile par rapport à l'action publique conduit naturellement le juge pénal, compétent pour la seconde, à le rester pour octroyer réparation en vertu de la première. La critique ne perd pas pour autant son objet –le risque de conflit– mais elle perd son fondement –l'imputation au choix de la responsabilité délictuelle. Une même conclusion peut être tirée à propos de la prescription de l'action civile.

2) Le particularisme de la prescription de l'action en réparation.

552. Des délais de prescription historiquement divergents. Une action en justice s'éteint par la prescription, c'est-à-dire l'écoulement d'un certain délai. Les prescriptions de

²⁰¹³ M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 211.

²⁰¹⁴ Les deux règles aboutiront en réalité la plupart du temps à la désignation de la même juridiction. Toutefois, elles peuvent parfois différer comme en matière de diffamation par exemple (V. par ex. TGI Paris 16 avril 1996, D. 1997, somm. p. 72, obs. J.-Y. Dupeux).

l'action en responsabilité, tant contractuelle que délictuelle, étaient initialement équivalentes puisque soumises au délai de droit commun de trente ans²⁰¹⁵. Toutefois, des réformes successives autorisèrent nombre de dérogations²⁰¹⁶. Notamment, depuis 1985²⁰¹⁷, les actions en responsabilité civile extracontractuelle se prescrivait par dix ans « à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation »²⁰¹⁸. Ainsi, le délai de prescription des actions en responsabilité différait selon le fondement retenu²⁰¹⁹. D'aucuns²⁰²⁰ constatent alors qu'en retenant les règles de la responsabilité délictuelle, le juge pénal déjoue la durée de l'action contractuelle. Cette critique a désormais perdu tout objet, les délais de prescription ayant été uniformisés. Toutefois, même sans cette substantielle modification législative, le reproche adressé à la position des juridictions pénales ne pourrait convaincre.

553. Des délais de prescriptions indifféremment convergents. Sensibles aux critiques, les propositions de réforme recommandaient une réduction de la durée des délais. Ainsi, l'avant-projet Catala préconise notamment un délai de droit commun de trois ans²⁰²¹. La loi du 17 juin 2008²⁰²² fixe désormais ce dernier à cinq ans. L'article 2224 du Code civil dispose que « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». La prescription quinquennale concerne désormais tant l'action en responsabilité civile contractuelle qu'extracontractuelle²⁰²³. Par conséquent, à s'en tenir à la critique du fondement délictuel tel que retenu par le juge pénal, aucune incidence ne devrait désormais pouvoir être constatée du point de vue de la prescription. Cependant, même si les délais n'avaient pas convergés, la critique selon laquelle le juge pénal, en optant pour le fondement délictuel, empêche les règles contractuelles de s'appliquer ne peut convaincre.

²⁰¹⁵ C. civ., anc. art. 2262.

²⁰¹⁶ J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Rapports entre les responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 1155, fasc. 15, 2007, n° 50 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 1476 et s.

²⁰¹⁷ Loi du 5 juillet 1985.

²⁰¹⁸ C. civ., anc. art. 2270-1.

²⁰¹⁹ Il faut toutefois préciser que seuls les contrats civils se trouvaient soumis à la prescription trentenaire. V. pour une présentation générale : M. Bruschi, *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Economica, 1997.

²⁰²⁰ M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 210.

²⁰²¹ Le rapport d'information du Sénat préconisait quant à lui, le maintien des délais inférieurs à cinq ans. V. pour ces différentes propositions : A. Hontebeyrie, *Prescription extinctive*, *Rép. civ. Dalloz*, 2011, n° 74 et s.

²⁰²² Portant réforme de la prescription en matière civile.

²⁰²³ V. pour la présentation des délais spéciaux, A. Hontebeyrie, *Prescription extinctive*, *Rép. civ. Dalloz*, 2011, n° 73 et s.

554. Une discussion étrangère au fondement délictuel. Certains auteurs condamnent le risque de conflit existant entre la prescription contractuelle et la prescription de l'action en réparation exercée devant le juge pénal²⁰²⁴. Présenté ainsi, l'argument a de quoi séduire : l'auteur d'un simple dommage civil peut être poursuivi en indemnisation pendant trente ans sauf s'il est l'auteur d'une infraction puisque, dans ce cas, l'action en réparation est plus rapidement prescrite. Ce constat est attribué, par ces auteurs, au choix pénal du fondement délictuel. Autrement dit, le droit pénal en optant pour ces règles de responsabilité, autoriserait ainsi une méconnaissance de la prescription contractuelle.

Outre le fait que désormais le législateur envisage un délai commun aux responsabilités contractuelle et délictuelle, cette critique ne peut convaincre, faute de véritable fondement. En effet, le reproche pourrait être éventuellement recevable si le conflit – désormais dépassé – était imputable au choix du fondement délictuel. Or, pas plus que pour les règles de compétence territoriale²⁰²⁵, le particularisme de la prescription civile ne peut être mis à la charge de l'option retenue par le juge pénal. En effet, avant même la réforme opérée par la loi de 2008, l'article 10, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale disposait que « L'action civile se prescrit selon les règles du Code civil. Toutefois, cette action ne peut plus être engagée devant la juridiction répressive après l'expiration du délai de prescription de l'action publique ». Cette disposition proposait alors un remaniement du principe, jusqu'alors en vigueur, de la solidarité des prescriptions de l'action publique et de l'action civile²⁰²⁶. Par principe en faveur de l'indépendance, l'article 10 énonçait toutefois une exception : « l'action civile ne peut être engagée devant les juges pénaux que dans les délais d'un, trois ou dix ans applicables à la prescription de l'action publique »²⁰²⁷. Cependant, certains auteurs font valoir que cette règle autorisait l'application des délais contractuels de prescription plus courts que celui de l'action publique²⁰²⁸. La règle de l'article 10 prévoyait, en effet, que l'action civile ne puisse plus être portée devant le juge pénal si l'action publique est éteinte par la prescription. Deux propositions étaient alors envisageables.

La doctrine avance l'idée selon laquelle seul un délai maximal est imposé par cette disposition. Avant son expiration, en revanche, le législateur enjoindrait les juridictions

²⁰²⁴ M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 213 : « hormis les hypothèses exceptionnelles où le délai de prescription de l'action coïncide avec celui de la prescription de l'action publique, il y a conflit entre la règle applicable par le juge pénal et celle qui régit l'action contractuelle ».

²⁰²⁵ V. *supra*, n° 550.

²⁰²⁶ V. pour une présentation de cette règle : R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 135.

²⁰²⁷ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 137.

²⁰²⁸ M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 213 ; V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 340.

répressives d'appliquer la prescription contractuelle²⁰²⁹. Cet argument, semble t-il conforme aux mots du législateur – « l'action civile se prescrit selon les règles du Code civil » –, n'a pas convaincu la jurisprudence qui s'est très vite positionnée en faveur d'une vision duelle de la prescription de l'action en réparation d'un fait infractionnel, en fonction du juge auquel la victime s'adresse²⁰³⁰. Seule la saisine du juge civil autorisait l'application de la prescription contractuelle, le juge pénal restant lié par les règles de l'action publique²⁰³¹.

Cette dichotomie est celle retenue par la loi du 17 juin 2008. Le texte est ainsi formel : « lorsque l'action civile est exercée devant une juridiction répressive, elle se prescrit selon les règles de l'action publique ». Toutefois, même en faisant abstraction de cette distinction, la proposition doctrinale consistant à transposer les prescriptions contractuelles, à l'intérieur d'un délai maximal correspondant à celui de l'action publique, ne paraît avoir guère de portée concrète. En effet, avant la réforme de 2008, le délai de l'action en responsabilité contractuelle était de trente ans. Seuls certains délais dérogatoires pouvaient alors permettre d'intégrer le délai maximal imposé par l'action publique. Ainsi en est-il notamment du délai biennal –autrefois qualifié de bref délai– prévu pour l'action en garantie des vices cachés²⁰³². Certes nécessairement soumise à un délai de prescription plus court que celui de l'action publique²⁰³³, cette action ne peut toutefois servir d'exemple à l'application potentielle, par les juridictions répressives, des règles contractuelles. En effet, pareille action ne peut que recevoir la qualification d'action à fins civiles et par suite, se trouve, en tant que telle, exclue de la compétence du juge pénal²⁰³⁴.

Ainsi, le reproche adressé au juge pénal en raison du conflit entre les délais de prescription ne peut être imputé au choix, par ce dernier, du fondement délictuel puisque les juridictions criminelles n'excluent pas les délais contractuels au profit des délais délictuels mais bien en faveur du seul régime de l'action publique. Autrement dit, les délais de prescription appliqués en matière contractuelle sont incontestablement exclus de l'action exercée devant le prétoire

²⁰²⁹ V. notamment en ce sens : P. Chauveau, *Prescription pénale et courtes prescriptions civiles*, RSC 1963, p. 35 et s.

²⁰³⁰ V. en ce sens : Cass. crim., 9 janv. 1975, D. 1976, p. 116, note P. Chauveau. –*Adde* : J. Lelieur, *L'impact de la réforme de la prescription civile sur l'action des victimes d'infractions pénales*, LPA 2 avr. 2009, p. 50 : « L'action civile, qui consiste en l'action de la victime d'une infraction pénale devant les juridictions répressives, ne se prescrivait pas selon les règles du Code civil. C'était uniquement lorsque la victime portait sa demande en réparation du préjudice résultant de l'infraction pénale devant les juridictions civiles que les règles du Code civil étaient applicables ».

²⁰³¹ Cass. crim., 17 févr. 1986, Bull. crim., n° 62 ; 29 janv. 1998, n° 96-83.149, *ibid.*, n° 35. La jurisprudence considère que les causes d'interruption ou de suspension de l'action publique étendent leurs effets à l'action civile.

²⁰³² C. civ., art. 1648 : « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice ».

²⁰³³ Dont la durée minimale est, rappelons le, d'un an pour les contraventions.

²⁰³⁴ V. notamment, R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 134.

pénal mais cela en raison seulement du caractère accessoire de l'action civile et non pas du choix du fondement délictuel.

555. Bilan. En définitive, les premières critiques de la position pénale ne trouvent pas de véritable fondement dans l'exclusion de la responsabilité contractuelle. Autrement dit, l'engagement de la seule responsabilité délictuelle par le juge pénal n'explique aucunement, ni la différence relative à la compétence territoriale, ni celle constatée à propos de la prescription de l'action en réparation du dommage dû au fait infractionnel. Le régime particulier de cette réparation repose, en effet, uniquement sur le particularisme de l'action civile *stricto sensu*, et plus spécialement, sur le caractère accessoire de cette action au regard de l'action publique.

Ainsi, même si le juge pénal décidait de nier le particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible²⁰³⁵ en optant pour un régime de réparation fondé sur les règles contractuelles, pareilles particularités devraient demeurer. D'autres critiques attribuées au choix du fondement délictuel paraissent devoir être déjouées par une autre des spécificités générales de l'action civile : la nécessité d'une décision relative à l'action publique.

B- L'originalité déduite de la décision du juge pénal

556. L'indifférence imposée aux formalités contractuelles. Le juge pénal rejette la responsabilité contractuelle du fondement de la réparation du préjudice infractionnel. La doctrine condamne majoritairement cette exclusion et, par là même, l'application de la responsabilité délictuelle. Pourtant, il faut remarquer que toutes les spécificités de l'action exercée devant les juridictions pénales ne sont pas imputables au choix de la responsabilité fondant la réparation. En effet, d'une part, certaines règles particulières peuvent s'expliquer non par le fondement délictuel mais par la nature particulière de l'action exercée devant le juge pénal. D'autre part, alors qu'une partie de la doctrine condamne l'exclusion d'un procédé purement contractuel –la mise en demeure– de l'action civile exercée devant le juge pénal, pareille exclusion semble au contraire s'imposer logiquement au vu de la décision préalable sur l'action publique.

²⁰³⁵ Sur lequel v. *supra*, n° 338 et s.

557. La mise à l'écart de la mise en demeure. Par principe étrangère aux conditions de la responsabilité délictuelle, la mise en demeure constitue un préalable nécessaire à l'engagement de la responsabilité contractuelle. Outre des conditions de fond –un contrat valide et un préjudice particulier–, le régime de la défaillance contractuelle est ainsi caractérisé par cette condition de forme²⁰³⁶ : « La mise en demeure est l'acte par lequel le créancier d'une obligation demande au débiteur de remplir son engagement. Il s'agit d'une déclaration formelle manifestant la volonté du créancier d'être payé »²⁰³⁷. Les dommages et intérêts contractuels se trouvent donc soumis, par l'article 1146 du Code civil²⁰³⁸, à cette sommation²⁰³⁹. Elle permet également d'autoriser des intérêts de retard²⁰⁴⁰ et met la chose aux risques du débiteur²⁰⁴¹.

Au contraire, quand le débiteur est tenu à des dommages et intérêts en raison d'une faute délictuelle, la mise en demeure devient par principe²⁰⁴² inutile²⁰⁴³. La raison est simple : « il serait absurde d'obliger la victime à demander au responsable de ne pas causer un dommage qui, par hypothèse, est accompli »²⁰⁴⁴. Plus techniquement, la doctrine fait valoir que les responsabilités contractuelle et délictuelle sont associées à des obligations de nature différente. En effet, le plus souvent les dommages et intérêts délictuels viennent sanctionner une obligation légale de ne pas faire²⁰⁴⁵. Par suite, il serait inconcevable de mettre le

²⁰³⁶ Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 815 et s.

, préc., n° 814 et s. La Cour de cassation a toutefois admis que des dommages et intérêts compensatoires peuvent être attribués dès lors que l'inexécution et le préjudice sont constatés, sans qu'une mise en demeure ne soit nécessaire (Cass. ch. mixte, 6 juil. 2007, n° 06-13.823). La doctrine en déduit alors que « la mise en demeure n'est pas une condition de la responsabilité contractuelle, mais une règle de preuve de l'inexécution, ne rapporte pas la preuve de l'exécution de son obligation de faire, fait positif pour lequel il dispose d'une aptitude naturelle à la preuve. » : J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Rapports entre les responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences, J.-Cl. Civ.*, préc., n° 49.

²⁰³⁷ B. Grimonprez, *Mise en demeure, Rép. civ. Dalloz*, 2009, n° 1.

²⁰³⁸ « Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante. »

²⁰³⁹ La mise en demeure s'effectue par acte solennel. Toutefois, le Code civil accepte de déroger au recours à un huissier de justice en admettant un commandement de payer ou encore l'acte introductif d'instance (C. civ., art. 1139).

²⁰⁴⁰ C. civ., art. 1153.

²⁰⁴¹ C. civ., art. 1138, al. 2.

²⁰⁴² Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 973.

²⁰⁴³ Cass. civ. 3, 20 nov. 1984, D. 1985, IR. p. 399, obs. A. Robert : « une cour d'appel a pu condamner le demandeur à le réparer [le préjudice], sans avoir à relever l'existence d'une mise en demeure qui n'est pas exigée par la loi, en cas d'inexécution d'une obligation extra-contractuelle ».

²⁰⁴⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 973. –*Adde* : Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 819 : « Comment imaginer que la victime d'un dommage mette l'auteur en demeure de ne pas causer un accident qui, par définition, est arrivé ? ».

²⁰⁴⁵ J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Rapports entre les responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences, J.-Cl. Civ.*, préc., n° 48. –*Adde* : Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 819.

responsable en demeure. En revanche, la responsabilité contractuelle peut être facilement rattachée à la méconnaissance d'obligations de faire ou de donner. Dans ce cas, la mise en demeure trouve une occasion pertinente de s'appliquer²⁰⁴⁶.

Il paraît alors tentant de condamner, au vu de cette divergence, le choix de la responsabilité délictuelle par la jurisprudence criminelle. En effet, en niant toute application des règles contractuelles, le juge pénal autoriserait l'octroi de dommages et intérêts à un débiteur contractuel sans qu'aucune mise en demeure ne soit à accomplir. Pourtant l'étude conjointe de cette mesure avec l'action civile révèle leur incompatibilité.

558. L'incompatibilité de la mise en demeure et de l'action civile. L'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction suppose naturellement l'existence d'une infraction. Plus précisément, l'action civile ne se conçoit, en principe, qu'en présence d'une infraction punissable²⁰⁴⁷ : « À défaut d'infraction et, par conséquent, de condamnation, la victime ne peut voir son préjudice réparé par le juge pénal »²⁰⁴⁸. A défaut, le juge pénal prononce une relaxe ou un acquittement et la victime ne peut, en principe, obtenir de réparation. Seules les hypothèses prévues par l'article 470-1 du Code de procédure pénale permettent alors de déroger à la règle²⁰⁴⁹. Ainsi, les infractions contractuelles comparables à la violation d'un contrat, ne pouvant bénéficier de pareille dérogation²⁰⁵⁰, doivent être punissables pour emporter réparation du dommage par elles causé. Une telle présentation paraît alors pouvoir déjouer l'imputation de l'exclusion de la mise en demeure au choix de la responsabilité délictuelle. En effet, rien ne permet d'affirmer que l'application, par le juge pénal, des règles délictuelles commande cette mise à l'écart. Au contraire, l'application des règles contractuelles aboutirait nécessairement également à mettre à l'écart cette modalité d'exécution en raison de l'existence d'une infraction. C'est dire que l'explication vient d'ailleurs.

En exigeant que le dommage subi puise sa source dans une infraction répréhensible, la procédure pénale remplace, en quelque sorte, la mise en demeure par une décision judiciaire

²⁰⁴⁶ En présence d'un contrat qui impose une obligation de ne pas faire, la mise en demeure ne peut avoir d'autre rôle que celui d'alourdir les dommages et intérêts à l'encontre d'un débiteur « qui persiste dans son habitude » : J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Rapports entre les responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences*, *J.-Cl. Civ.*, préc., n° 49.

²⁰⁴⁷ V. notamment, J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 288.

²⁰⁴⁸ C. Ambroise-Castérot, *Action civile, Rép. pén. Dalloz*, 2002, mise à jour 2011, n°89.

²⁰⁴⁹ Une autre hypothèse dérogatoire figure à l'article 372 du Code de procédure pénale, qui autorise la Cour d'assises même en cas d'acquiescement ou d'exemption de peine, à accorder des dommages et intérêts, sur le fondement de l'absence de motivation des décisions de cour d'assises. V. R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 72.

²⁰⁵⁰ Sur le champ d'application de cette disposition, v. *supra*, n° 502.

de condamnation. Il faut observer l'essence même de la mise en demeure pour comprendre que la décision pénale suffit à « interpellier » le débiteur. En effet, l'article 1139 du Code civil expose l'aspect fonctionnel de cette formalité en se contentant d'une simple lettre missive, dès lors qu' « il ressort de ses termes une interpellation suffisante »²⁰⁵¹. Or, une telle interpellation ne peut être niée dès lors que le juge pénal se trouve saisi de l'inexécution pénalement répréhensible. D'ailleurs, même lorsque l'action civile survit à l'inexistence prétendue de l'infraction, cette condition paraît pouvoir être remplie par la seule constitution de partie civile. Ne doit-on pas, en effet, considérer qu'en pareille situation, l'interpellation est suffisante ? D'ailleurs, la jurisprudence considère qu'un acte introductif d'instance suffit à la caractériser²⁰⁵². L'acte de constitution de partie civile suffirait donc également à rendre la mise en demeure surabondante.

Ainsi, une fois encore, la mise à l'écart des règles contractuelles ne peut être imputée au si critiqué fondement délictuel retenu par le juge pénal. Plus spécialement, la mise en demeure, logique en matière contractuelle, se trouve dépourvue d'intérêt pour l'action civile, au vu de la décision pénale.

559. Bilan. La doctrine, critique à l'égard de l'exclusion du fondement contractuel de la réparation du dommage infractionnel par le juge pénal, émet des réserves au sujet de la mise à l'écart de certaines règles. Certaines d'entre elles, relatives à l'action en responsabilité, peuvent tout d'abord être largement nuancées par le constat d'une erreur d'imputation. En effet, s'il est indéniable que le juge pénal ignore par exemple les règles de compétence territoriale, il faut toutefois convenir que cette mise à l'écart ne résulte pas du choix du fondement délictuel. L'application de règles distinctes n'est ainsi pas commandée par le choix du régime délictuel mais uniquement par des directives proprement pénales. La critique ne peut être totalement exclue, qui revient toutefois à condamner le système mis en place par le législateur plutôt que le choix de la voie délictuelle par les juridictions.

Ensuite, d'autres spécificités peuvent être rattachées non à l'action en responsabilité mais aux modalités de la réparation. Or, l'observation de ces dernières conduit également à détacher leur critique du fondement délictuel pour constater que leur justification siège dans la spécificité de l'objet de l'action civile.

²⁰⁵¹ Cette condition est souverainement appréciée par les juges du fond : Cass. req., 28 févr. 1938, GP 1938. 1. 871.

²⁰⁵² V. par ex. : Cass. com., 26 avr. 1977, Bull. civ. IV, n° 118.

§2- Les spécificités des modalités de la réparation

560. L'objet de l'action civile. « La réparation est la finalité de la responsabilité civile, comme la répression est la fin de la responsabilité pénale »²⁰⁵³. Certes, désormais plus complexe, l'action en responsabilité civile reste toutefois essentiellement empreinte de son objet réparateur : « l'action civile est une action en réparation »²⁰⁵⁴. Toutefois, l'article 2 du Code de procédure pénale n'a pas pour seule vocation d'énoncer l'objet de l'action civile. Cette action est, selon les mots du législateur, une action en réparation mais, plus exactement, en réparation du préjudice directement causé par l'infraction. C'est dire que l'objet de la réparation recèle en lui-même une spécificité.

561. L'objet de la réparation. Le Code d'instruction criminelle définissait déjà l'action civile comme « l'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit, par une contravention »²⁰⁵⁵. La coïncidence de l'infraction avec une inexécution contractuelle donne alors lieu à certaines discussions relatives non seulement à la nature de la réparation mais également à son étendue.

La première question consiste à déterminer pourquoi les actions purement contractuelles, telles la résolution ou l'exécution forcée, demeurent exclues de l'action civile exercée devant le juge pénal. La seconde vise à établir le fondement de l'indifférence de principe au comportement blâmable de la victime, partie au contrat, contrat dont l'inexécution participe au fait délictueux. Dans les deux hypothèses, la tentation de rattacher le particularisme des solutions au choix du fondement délictuel est grande. Pourtant, les spécificités de l'action civile inhérentes à son objet paraissent suffire à mettre à l'écart cette association s'agissant de la nature de la réparation (A) comme de son étendue (B).

²⁰⁵³ J. Leroy, *La constitution de partie civile à fins vindicatives (défense et illustration de l'article 2 du Code de procédure pénale)*, préc., p. 114.

²⁰⁵⁴ Ph. Bonfils, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, préc., n° 198.

²⁰⁵⁵ Art. 1^{er}.

A- Les spécificités de la nature de la réparation

562. L'exclusion des actions contractuelles. L'observation de la position pénale en matière d'actions contractuelles révèle que le principe en la matière est celui de leur exclusion. Ainsi, qu'elles visent la phase de formation ou l'inexécution du contrat, le juge pénal refuse, par principe, de prononcer des mesures par essence contractuelles²⁰⁵⁶. Concernant les actions supposant l'inexécution préalable du contrat, le juge pénal refuse ainsi de prononcer non seulement la résolution du contrat mais également son exécution forcée. Pourtant, il paraîtrait envisageable d'associer de telles mesures à une réparation en nature du préjudice causé par l'infraction²⁰⁵⁷. Le rejet de ces actions, manifeste devant le juge pénal, pourrait alors être imputé au choix du fondement délictuel. Pourtant, une fois encore, ces choix ne peuvent être rattachés l'un à l'autre : l'éviction des actions contractuelles n'est pas imputable au choix du régime délictuel mais au seul objet de l'action civile. La résolution, comme l'exécution forcée du contrat, ne peuvent en effet intégrer la réparation du préjudice infractionnel. Cela résulte, d'une part, de la qualification d'actions à fins civiles (1) et, d'autre part, du rejet de celle de restitutions (2).

1) La qualification d'actions à fins civiles

563. Distinction entre l'action civile et l'action à fins civiles. C'est unanimement que la doctrine présente l'action civile comme nécessairement distincte des actions dont le seul objet est de « tirer certaines conséquences civiles d'une situation que cette infraction a manifestée ou de ramener à exécution un droit que l'infraction a pu troubler »²⁰⁵⁸. Les auteurs veillent alors à formellement distinguer ces actions de l'action civile en les qualifiant généralement d'actions à fins civiles, d' « actions privées »²⁰⁵⁹, ou encore d'actions « de nature civile »²⁰⁶⁰. Ce risque de confusion doit, en effet, être évité puisque leur régime se distingue notoirement et ce, en premier lieu par l'exclusion de la compétence du juge pénal pour connaître d'une action dite à fins civiles. Les exemples sont nombreux, même en marge de la matière contractuelle. Il suffit de citer notamment l'action visant à faire déclarer indigne

²⁰⁵⁶ V. pour le rejet des conditions de régularité, *infra*, n° 184.

²⁰⁵⁷ Sur la distinction entre la réparation en nature et par équivalent dans le cadre de l'action civile, v. Ph. Bonfils, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, préc., n° 173 et s.

²⁰⁵⁸ R. Merle, A. Vitu, *Procédure pénale*, préc., n° 4.

²⁰⁵⁹ R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, préc., n° 105.

²⁰⁶⁰ P. Bouzat, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Dalloz, 1951, n° 852.

de succéder celui qui a donné ou tenté de donner la mort au *de cuius*²⁰⁶¹. L'incompétence du juge pénal, d'ordre public, peut d'ailleurs être relevée d'office²⁰⁶².

Une infraction comparable à l'inexécution d'un contrat soulève inévitablement la question de la prise en compte, par les juridictions pénales, de certaines actions par essence contractuelle. Ainsi en est-il spécialement de l'action en résolution du contrat ou de celle tendant à l'exécution forcée de ce dernier. Le juge pénal refuse, avec une constance remarquable²⁰⁶³, de statuer sur ces questions²⁰⁶⁴. La qualification d'actions à fins civiles fournit une première explication.

564. Le choix de la qualification d'actions à fins civiles. Pour approuver la position jurisprudentielle, la doctrine met en lumière l'objet de l'action civile. Si pour cette dernière, comme pour les actions à fins civiles, l'infraction sert de fondement²⁰⁶⁵, leur but doit être différencié. En effet, l'action civile a pour « objet direct et immédiat » la réparation du préjudice²⁰⁶⁶. En revanche, les actions réservées au juge civil, parfois liées par une infraction²⁰⁶⁷, n'ont toutefois pas pour but de parvenir à la réparation du dommage qui en est résulté²⁰⁶⁸. Or, les actions en résolution et en exécution forcée du contrat paraissent devoir être exclues du domaine de la réparation.

L'exécution forcée des obligations contractuelles, dont la violation coïncide avec une infraction pénale permet, tout d'abord, d'en prendre la mesure. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi considéré que la remise sous astreinte de bulletins de paie ou celle d'un certificat de travail²⁰⁶⁹ ne peut constituer une action civile recevable devant elle²⁰⁷⁰. Les motifs sont particulièrement éclairants : « une telle faculté, réservée notamment au juge prud'homal par l'article R. 517-3 du Code du travail²⁰⁷¹, n'entre pas dans les prévisions de

²⁰⁶¹ C. civ., art. 727.

²⁰⁶² Cass. crim., 22 févr. 1996, Bull. crim., n° 88, Dr. pén., 1996, comm. 133, note J.-H. Robert.

²⁰⁶³ V. A. Maron, *La chambre correctionnelle n'est quand même pas la chambre des contrats*, comm. sous Cass. crim., 3 avr. 2001, Dr. pén. 2002, comm. 23, note A. Maron.

²⁰⁶⁴ V. à propos de la résolution du contrat : Cass. crim., 3 avr. 2001, Dr. pén. 2002, comm. 23, note A. Maron : « les juridictions correctionnelles ne peuvent, sans excéder leurs pouvoirs, prononcer la résolution du contrat [...] elle ne pouvait statuer que sur la réparation du dommage découlant de l'infraction ».

²⁰⁶⁵ « L'action civile doit être distinguée d'actions de droit civil qui ont l'infraction pour cause » : F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2009, n° 1321.

²⁰⁶⁶ R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, préc., n° 108.

²⁰⁶⁷ Naturellement, aucune difficulté ne survient en présence d'une action en justice sans lien aucun avec la violation de la loi pénale. V. les exemples cités par Ph. Bonfils, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, préc., n° 4.

²⁰⁶⁸ « Bien que consécutives à une infraction, leur objet est étranger à la notion d'indemnisation. » : P. Maistre du Chambon, *Action publique et action civile, J.-Cl. Public Contentieux pénal*, fasc. 3, 2005, n° 97.

²⁰⁶⁹ Sur ces infractions, v. *supra*, n° 468 et 471.

²⁰⁷⁰ Cass. crim., 5 déc. 1989, Bull. crim., n° 462.

²⁰⁷¹ C. trav., art. R. 1462-1.

l'article 2 du Code de procédure pénale, qui dispose que l'action civile exercée devant la juridiction répressive a pour seul objet la réparation des dommages causés par un crime, un délit ou une contravention ». La doctrine relaye une telle exclusion de l'exécution forcée du domaine de la réparation²⁰⁷², en faisant valoir que cette dernière relève de l'exécution en nature, non de la réparation en nature²⁰⁷³.

L'étude de la résolution permet ensuite de généraliser une telle exclusion par le constat de l'objectif de ces mesures. La résolution du contrat, comme la nullité, conduit à son anéantissement. Si certains auteurs proposent de fonder cette mesure sur la responsabilité civile²⁰⁷⁴, pareil rattachement à la réparation doit être exclu pour plusieurs raisons²⁰⁷⁵. La principale réside dans le constat en vertu duquel la résolution du contrat peut être prononcée en l'absence de faute, dans l'hypothèse d'un cas fortuit²⁰⁷⁶. Au contraire, la responsabilité civile est exclue lorsque le débiteur ne peut s'exécuter en raison d'un cas de force majeure²⁰⁷⁷. C'est pourquoi la proposition selon laquelle la résolution permet, à l'instar de la nullité, « le rétablissement de la légalité transgressée par la suppression de la situation juridique illicite créée »²⁰⁷⁸, paraît devoir être préférée.

La formule autorise alors un renvoi à l'idée de cessation de l'illicite. Or, des auteurs conçoivent la cessation de l'illicite comme une fonction distincte de la réparation²⁰⁷⁹. Cette conception ne saurait être remise en cause par l'admission, en matière pénale, de certaines mesures de cessation de l'illicite. Certes il pourrait sembler paradoxal que le législateur envisage notamment la suppression des clauses contractuelles en infraction au droit de la consommation²⁰⁸⁰, cette mesure pouvant recevoir la qualification de mesure de cessation de l'illicite²⁰⁸¹ puisque cela signifie que le droit pénal accepte de telles mesures, potentiellement en lien, de surcroît, avec la matière contractuelle. Pourtant, rien ne permet d'affirmer qu'une

²⁰⁷² En ce sens, M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, p. 135 et s.

²⁰⁷³ Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 2424 ; G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, préc., n° 14.

²⁰⁷⁴ V. H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil. Théorie générale. 1. Obligations*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, n° 1089.

²⁰⁷⁵ V. la démonstration de T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préc., n° 176 et s.

²⁰⁷⁶ V. par ex. : Cass. civ., 14 avr. 1891, Grands arrêts n° 176, p. 180.

²⁰⁷⁷ A cet argument pourrait s'ajouter celui selon lequel la résolution ne suppose pas le constat d'un préjudice (Cass. civ. 3, 5 févr. 1971, Bull. civ. III, n° 90: « la violation des conventions légalement formées permet au juge d'en prononcer la résolution, laquelle n'est pas subordonnée à l'existence d'un préjudice »). Toutefois, certains auteurs font valoir à juste titre que la résolution paraît imposer l'existence d'un préjudice même réduit à sa plus simple expression. V. T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préc., n° 176.

²⁰⁷⁸ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992, préf. J. Ghestin, n° 375.

²⁰⁷⁹ C. Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz « NBT », 2008 ; M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, préc. V. toutefois, *contra* : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 899.

²⁰⁸⁰ Article L. 421-3 et s. du Code de la consommation.

²⁰⁸¹ En ce sens, M. Bénéjat, *La cessation de l'illicite*, RPDP 2011, à paraître, n° 3.

telle prise en compte autorise une quelconque assimilation des mesures de cessation de l'illicite à la réparation. Au contraire, la nécessité d'une intervention législative milite en faveur de leur dissociation : pour que le juge pénal puisse prononcer des mesures de cessation de l'illicite, il faut que le législateur prévoie, en marge de l'article 2 du Code de procédure pénale, des dispositions expressément en ce sens.

Ainsi, les actions en résolution du contrat et en exécution forcée, incompatibles avec l'idée de réparation doivent être qualifiées d'actions à fins civiles. Par suite, et à défaut d'une quelconque prévision législative en sens contraire, pareille qualification entraîne inévitablement l'incompétence du juge pénal.

565. L'indifférence du fondement délictuel. Pareille affirmation pourrait naturellement être imputée au choix du fondement délictuel de la réparation du préjudice infractionnel. Pourtant, l'explication de cette qualification d'action à fins civiles impose le rejet de cette association, le choix du fondement contractuel pouvant imposer une solution identique. Il faut pour cela observer que ces actions demeurent étrangères à l'idée de réparation. En effet, même en acceptant l'application du régime contractuel, rien ne permettrait de déroger à la distinction civile tripartite des sanctions de l'inexécution du contrat. Ces sanctions visent tantôt l'exécution du contrat, tantôt son anéantissement eou tantôt la réparation des dommages causés par cette inexécution²⁰⁸². Incompatibles avec une quelconque idée de réparation, les actions en résolution et en exécution forcée du contrat ne peuvent être prononcées dans le cadre de l'action civile, et ce, quel que soit le régime de réparation retenu. Autrement dit, l'application, par le juge pénal, de la responsabilité contractuelle ne l'autoriserait pas plus à prononcer les actions contractuelles en question. C'est alors sur un autre fondement que certains auteurs proposent de se placer afin de proposer l'admission des actions en résolution et en exécution forcée devant le juge pénal. Pourtant, pareille proposition doit également être rejetée.

2) Le rejet de la qualification de restitution

566. Les restitutions et l'action civile. La doctrine a l'habitude de présenter l'action civile comme englobant les dommages et intérêts, les restitutions et le remboursement des

²⁰⁸² M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, préc., p. 638.

frais de justice²⁰⁸³. Par conséquent, les restitutions devraient pouvoir être considérées comme faisant partie intégrante de la réparation du préjudice²⁰⁸⁴. Pourtant, le paysage jurisprudentiel et législatif actuel n'illustre pas, de prime abord, une telle limpidité²⁰⁸⁵. Certaines décisions proclament en effet « que les sommes allouées par les juridictions correctionnelles aux parties civiles en réparation du préjudice causé par une infraction sont des dommages-intérêts et non des restitutions, lesquelles ne peuvent être ordonnées qu'autant qu'elles concernent des objets placés sous main de justice »²⁰⁸⁶. La formule laisse entrevoir que les restitutions en matière pénale sont d'une forme particulière puisqu'inextricablement liées à une saisie préalable.

La doctrine fait toutefois valoir qu'elles devraient également s'entendre, même en matière pénale, « de toute mesure ayant pour objet de rétablir l'état des choses antérieur à la commission de l'infraction »²⁰⁸⁷. L'observation conjointe des solutions jurisprudentielles et des directives législatives incite à mettre en doute une telle présentation. La minimisation manifeste du rôle des restitutions devant le juge pénal doit alors être confrontée au rejet des actions contractuelles. Plus précisément, l'on peut s'interroger à nouveau sur le rôle du fondement délictuel dans cette prise de position. L'analyse de la position de la Chambre criminelle permet alors non seulement d'exclure le fondement contractuel de l'explication de la recevabilité des restitutions mais aussi de refuser d'imputer le rejet des restitutions au choix du fondement délictuel.

567. L'acceptation des restitutions étrangère au fondement contractuel. On a coutume d'affirmer la compétence du juge pénal en matière de restitutions. Toutefois, le consensus doctrinal ne peut cacher la protéiformité d'une telle notion. Couramment définie comme le fait de rétablir, remettre en son premier état²⁰⁸⁸, la transposition de cette définition à la matière pénale conduit à envisager différents procédés.

Les restitutions en procédure pénale évoquent, de prime abord, « la simple remise à leurs détenteurs légitimes de tout objets, sommes, effets et pièces de toute nature se trouvant placés

²⁰⁸³ V. notamment : Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, préc., n° 205 ; R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, préc., n° 110.

²⁰⁸⁴ E. Schaeffer, *La faute de la victime et la réparation*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, préc., p. 377, spéc., n° 76 : « la restitution n'est qu'une forme de la réparation : la réparation en nature ».

²⁰⁸⁵ La doctrine refuse parfois également l'assimilation des restitutions à la réparation. V. L. Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, th. Paris 1933 : « Si nous parlons pourtant de la nature de la réparation, c'est qu'il n'y a qu'une seule manière de réparer le dommage causé par un fait délictuel : c'est l'allocation à la victime de dommages et intérêts ».

²⁰⁸⁶ Cass. crim., 8 nov. 1982, Bull. crim., n° 243. – *Adde* : Cass. crim., 14 mars 1973, *ibid.*, n° 126.

²⁰⁸⁷ E. Joly-Sibuet, *Restitution, Rép. pén. Dalloz*, 1998, mise à jour 2011, préc., n° 2.

²⁰⁸⁸ E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, Paris 1877.

sous main de justice à l'occasion d'une infraction réelle ou présumée »²⁰⁸⁹. Le principe en la matière consiste donc à affirmer qu'un bien placé sous main de justice peut faire l'objet d'une action en restitution²⁰⁹⁰. L'acceptation de ce type de restitutions ne paraît toutefois aucunement décisive dans la recherche de l'impact du choix du fondement délictuel sur la réparation des infractions comparables à l'inexécution d'un contrat. En effet, ce type de restitution suppose le placement préalable sous main de justice de biens nécessaires à la recherche de la vérité. Le régime de ces restitutions explique alors nettement l'indifférence à la réparation et partant au fondement de celle-ci : alors que l'action civile est, en principe, réservée aux victimes du préjudice infractionnel, l'action en restitution peut émaner de la victime comme du prévenu ou même d'un tiers²⁰⁹¹.

Ensuite, le terme même de restitution est couramment employé dans un sens plus large : le rétablissement de l'état antérieur à l'infraction. La jurisprudence a en effet pu affirmer, sous l'empire du Code d'instruction criminelle, que cette notion permettait d'englober une véritable remise en état par l'injonction notamment de détruire des ouvrages illicites²⁰⁹² ou de fermer un établissement illégalement ouvert²⁰⁹³. La question s'est alors posée d'intégrer, au vu de la largesse de la définition, les actions en exécution forcée et en résolution du contrat à cette catégorie de restitutions²⁰⁹⁴. La référence, dans le Code de procédure pénale, aux seules restitutions de biens placés sous main de justice, permet de douter non seulement de la pérennisation de la jurisprudence antérieure mais également de l'admission des actions contractuelles par la qualification de restitution. Le législateur envisage désormais la plupart des mesures autorisées par la jurisprudence dans le Code lui-même. Ainsi, par exemple, prévoit-il la suppression des clauses contractuelles en infraction au droit de la consommation²⁰⁹⁵ ou encore la fermeture de l'établissement « trouvé en délit »²⁰⁹⁶. Le prononcé de telles mesures par le juge pénal paraît désormais devoir se soumettre à une prescription législative en ce sens. Or, l'intervention législative ne peut qu'être interprétée dans le sens d'une exclusion de ces mesures de la réparation du préjudice infractionnel : pourquoi les autoriser ponctuellement par un texte précis si l'article 2 du Code de procédure pénale permettait de les intégrer ? Par conséquent, le fondement de l'action en réparation d'un

²⁰⁸⁹ A. Coste-Fleuret, *Des restitutions ordonnées par les juridictions répressives*, RSC 1937, p. 195.

²⁰⁹⁰ V. pour la présentation du principe et de ses limites, E. Joly-Sibuet, *Restitution, Rép. pén. Dalloz*, 1998, mise à jour 2011, n° 16 et s.

²⁰⁹¹ V. E. Joly-Sibuet, *Restitution, Rép. pén. Dalloz*, 1998, mise à jour 2011, n° 10 et s.

²⁰⁹² Cass. crim., 7 févr. 1896, DP. 1897. 1. 501.

²⁰⁹³ Cass. crim., 13 févr. 1885, DP. 1885. 1. 480.

²⁰⁹⁴ M. Muller, *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, préc., n° 181 et s.

²⁰⁹⁵ Article L. 421-3 et s. du Code de la consommation.

²⁰⁹⁶ V. M. Bénéjat, *Cessation de l'illicite et droit pénal*, préc., spéc., n° 3.

tel préjudice demeure totalement étranger à la prise de position du juge pénal quant à ce type de restitutions. Autrement dit, le fondement délictuel retenu par ce dernier ne peut en aucun cas expliquer que seules les mesures prévues par le législateur peuvent être prononcées. L'explication trouve au contraire à nouveau son siège dans l'objet de ces mesures : la cessation de la situation illicite²⁰⁹⁷.

Le juge pénal est clairement en ce sens, qui affirme à propos de la suppression des clauses contractuelles en infraction au droit de la consommation qu'elles sont « des mesures à caractère réel destinées à faire cesser une situation illicite »²⁰⁹⁸. Par suite, sans pour autant les exclure du prétoire pénal, les mesures de cessation de l'illicite doivent être dissociées de l'action en réparation²⁰⁹⁹.

En définitive, si le Code d'instruction criminelle autorisait une vision générale de cette mesure, la rédaction du Code de procédure pénale impose la référence expresse à un texte²¹⁰⁰. Par suite, seule une prescription législative devrait permettre aux juridictions criminelles de prononcer la résolution ou l'exécution forcée du contrat. Cependant, même si le législateur admettait de telles mesures, elles ne pourraient en aucun cas être considérées comme participant à la réparation du préjudice infractionnel. Ainsi, le choix ne se fait aucunement en vertu du fondement délictuel retenu par le juge pénal. D'ailleurs, il paraît possible d'affirmer, avec plusieurs auteurs, que ces mesures restitutives peuvent être dissociées de la réparation en les considérant comme visant uniquement la suppression de la situation illicite.

568. Le rejet des restitutions étranger au fondement délictuel. Indépendamment des restitutions dont l'association à une mesure de cessation de l'illicite permet de dépasser le débat relatif au fondement de la réparation, certaines décisions pénales invitent à s'interroger sur ce point. En effet, la jurisprudence criminelle refuse clairement de prononcer le remboursement de certaines sommes d'argent pourtant en lien avec l'infraction. Ainsi en est-il notamment en matière de détournement de gage, à propos duquel le juge pénal rejette la demande en remboursement de la créance ayant justifié la constitution du gage par la suite

²⁰⁹⁷ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, préc., p. 217 : « les mesures faisant cesser l'illicéité ne peuvent être des mesures de réparation ». – Adde : M. Bénéjat, *La responsabilité pénale professionnelle*, préc., n° 525, C. Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, préc.

²⁰⁹⁸ Cass. crim. 21 novembre 1989, Bull. crim., n° 425.

²⁰⁹⁹ V. *supra*, n° 564.

²¹⁰⁰ V. en ce sens, L. Boré, *Tribunal correctionnel. Solidarité, J.-Cl. Proc. Pén.*, art. 478 à 484, fasc. 20, 1999, n° 44 ; E. Joly-Sibuet, *La restitution en droit pénal. De la dimension nouvelle d'un concept classique*, th. Lyon III, 1990, n° 130 ; E. Joly-Sibuet, *Restitution, Rép. pén. Dalloz*, 1998, mise à jour 2011, n° 2. Le Code de procédure pénale ne prohibe pas formellement les restitutions en ce sens. Toutefois, la quasi-totalité des dispositions relatives aux restitutions concernent désormais uniquement les objets placés sous main de justice.

détourné²¹⁰¹. Toutefois, cette solution ne peut être mise au compte du fondement retenu par le juge pénal pour statuer sur la réparation, c'est-à-dire le fondement délictuel. La raison d'être de ce refus est en effet uniquement imputable à l'objet de l'action civile, à savoir la réparation du préjudice résultant de l'infraction. Le raisonnement jurisprudentiel s'opère ainsi en deux temps. D'abord, les juges rappellent qu'ils sont exclusivement compétents pour réparer le préjudice directement causé par l'infraction. Ils constatent ensuite que ce préjudice ne doit pas être confondu avec la créance préexistante pour conclure enfin que, la créance n'ayant pas été créée par la commission de l'infraction, le juge pénal est incompétent pour prononcer la restitution de la somme. Seule une disposition législative en ce sens pourrait ainsi permettre de déroger à la spécialité de l'objet de l'action civile²¹⁰².

569. Bilan. En définitive, l'exclusion par le juge pénal, tant de l'action en résolution que de l'action en exécution forcée du contrat peut aisément être détachée de son choix du fondement délictuel. Seule la particularité de l'objet de l'action civile paraît, en effet, pouvoir expliquer pareille position. En envisageant exclusivement une action en réparation, l'article 2 du Code de procédure pénale fixe les limites que seules des dispositions législatives expresses peuvent outrepasser. A défaut de texte exprimant la possibilité de telles actions contractuelles, le juge pénal s'en tient raisonnablement à l'objet de l'action civile et ce, indépendamment du choix de la voie délictuelle. Ce même objet paraît également fournir l'explication des spécificités tenant à l'étendue de la réparation en cas de comportement blâmable de la victime.

B- Les spécificités de l'étendue de la réparation

570. L'impact de la faute de la victime. D'aucuns affirment que la réparation des préjudices subis est un droit fondamental à caractère public de la personne lésée²¹⁰³. La

²¹⁰¹ V. notamment : Cass. crim., 9 juillet 1970, D. 1970, p. 776 : « aucune disposition légale n'autorise les juges à ajouter à la réparation du dommage causé par le délit de détournement d'objet gagé le remboursement d'une dette préexistante ».

²¹⁰² L'ancien délit d'émission de chèque sans provision permet d'illustrer une telle dérogation. Le décret-loi du 24 mai 1938 autorise, par une disposition ajoutée à l'ancien article 66 du décret de 1935, la victime du délit à réclamer au juge pénal en plus des dommages et intérêts, la condamnation du tireur au paiement d'une somme égale au montant du chèque. Le refus antérieur à cette disposition était ainsi fondé sur le fait que la créance impayée ne prenait pas directement sa source dans la commission du délit.

²¹⁰³ M. Ancel, *Le problème de la victime dans le droit pénal positif et la politique criminelle*, Revue int. crim. et pol. techn. 1980, p. 133.

jurisprudence pénale semble vouloir relayer cette idée de réparation intégrale²¹⁰⁴ en limitant nettement l'impact d'un comportement blâmable de la victime. Indépendamment des hypothèses dans lesquelles le fait fautif de la victime consiste en une participation à l'infraction²¹⁰⁵, il arrive que le juge pénal ait à se prononcer sur l'action civile d'une victime dont le comportement entrainerait, devant le juge civil, des incidences sur la réparation. Or, les règles contractuelles pouvant potentiellement influencer l'étendue de la réparation sont mises à l'écart par les juridictions répressives. Que le contrat que la victime a conclu soit illicite (1) ou qu'elle commette une négligence ayant concouru à la production de son dommage (2), le juge pénal ignore les règles contractuelles potentiellement applicables et prononce la réparation intégrale du préjudice. Dans ces deux situations, la question de l'impact du choix du fondement délictuel se pose inévitablement.

1) L'exclusion des limitations contractuelles

571. La mise en œuvre potentielle des règles contractuelles. Plusieurs types de comportements fautifs peuvent être imputés à la victime d'une infraction comparable à l'inexécution d'un contrat. Le premier suppose un contrat entaché d'illicéité auquel la victime a consenti. La faute peut ainsi consister en une participation volontaire à l'activité contractuelle illicite qui lui a été préjudiciable. Faut-il alors accepter la réparation du préjudice de cette victime, en considération de sa faute ? L'exemple d'un abus de confiance permettra de prendre la mesure de l'interrogation. L'hypothèse plusieurs fois rencontrée en jurisprudence repose sur un mandat donné par un parieur à des tiers pour jouer au PMU, lesquels refusent de restituer le gain. A une époque où la Cour de cassation déclarait ce mandat illicite²¹⁰⁶, le juge pénal acceptait de condamner les auteurs de la violation du contrat pour abus de confiance²¹⁰⁷. De tels faits soulèvent alors la question de la portée de la nullité du contrat tant sur la constitution de l'infraction que sur l'étendue de la réparation. Si le défaut d'une des conditions de validité n'empêche pas le prononcé de sanctions pénales²¹⁰⁸, le

²¹⁰⁴ Pour une affirmation du principe de la réparation : v. par exemple : Cass. crim., 26 oct. 1994, Bull. crim., n° 340.

²¹⁰⁵ V. pour une présentation des différentes hypothèses d'indignité de la victime : Ph. le Tourneau, *La règle nemo auditur...*, LGDJ, 1970, préf. P. Raynaud, n° 48 et s. ; R. Vouin, *Droit pénal général*, n. de Cours, 1965-1966.

²¹⁰⁶ V. *supra*, n° 95.

²¹⁰⁷ V. la jurisprudence citée, *supra*, n° 95.

²¹⁰⁸ V. *supra*, n° 184 et s.

prononcé d'une indemnisation complète de la victime suppose d'ignorer d'autres règles contractuelles.

572. L'exclusion affirmée des règles contractuelles. La participation de la victime à une convention illicite dont son dommage découle conduit naturellement, de prime abord, à envisager l'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » : nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude. D'ailleurs, la doctrine associe presque systématiquement la jurisprudence de la Chambre criminelle à la mise à l'écart de ce principe sans pourtant que le juge pénal ne l'évoque²¹⁰⁹. Au contraire, ce dernier prend le soin, afin de prononcer la réparation du préjudice de la victime, d'exclure l'application de l'article 1131 du Code civil. La prise en considération de cet article paraît logique, qui dispose que « L'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». Pourtant, le juge pénal affirme avec constance que « l'article 1131, s'il déclare sans effet l'obligation sur une cause illicite, ne vise pas les obligations ayant leur propre source dans un délit caractérisé par la loi pénale et dont la somme allouée par les juges à la partie civile constitue la réparation »²¹¹⁰. L'exclusion de ces deux règles en vigueur en matière civile interroge alors nécessairement sur leur lien avec la mise à l'écart de la responsabilité contractuelle.

573. Le fondement recherché de l'exclusion. Le fait que la victime ait participé au contrat illicite n'empêche en aucun cas de recevoir son action et de prononcer la réparation de son préjudice. La coïncidence entre la méconnaissance d'un contrat et la constitution d'une infraction n'empêche ainsi pas le juge pénal d'accorder à la victime des dommages et intérêts équivalents au préjudice infractionnel. Pourtant, le droit des obligations prévoit non seulement le brocard « *nemo auditur* » mais aussi l'article 1131 du Code civil. Les arguments proposés par les défenseurs de la position des juridictions pénales insistent alors sur l'incompatibilité de l'action civile avec les règles contractuelles²¹¹¹. Par suite, il semble logique d'imputer la mise à l'écart des règles contractuelles au seul choix de la voie délictuelle par le juge pénal.

²¹⁰⁹V. toutefois l'arrêt de la Chambre criminelle du 20 mars 1954 (DP. 1954. J. 494), dans lequel sont rapportées les énonciations du Tribunal d'Auxerre : « Attendu que, dans ce cas, le mandant peut aussi se constituer partie civile pour obtenir la réparation du préjudice subi du fait de l'infraction sans qu'on puisse lui objecter la règle *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* qui ne vise pas les obligations ayant leur source dans un délit caractérisé par la loi pénale ».

²¹¹⁰ Cass. crim., 26 juin 1956, JCP 1956. II. 9413.

²¹¹¹ V. notamment : E. Schaeffer, *La faute de la victime et la réparation*, préc., n° 51 ; Ph. le Tourneau, *Contrats et obligations. Exception d'indignité. Règles Nemo auditur et In pari causa*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1131 à 1133, fasc. unique, 2007, n° 66 : « l'action prenait sa source dans le délit lui-même, nullement dans le contrat, en sorte que l'indignité personnelle de la victime demanderesse tomba dans l'oubli » ; Ph. le Tourneau, *La règle nemo auditur...*, préc., n° 70.

L'incidence d'une telle solution serait alors décisive quant à la réparation accordée à la victime.

Pourtant, une fois encore, la spécificité de la réparation du préjudice devant le juge pénal résulte moins du fondement délictuel que de l'objet de l'action civile. Cette dernière a, en effet, pour essence de conduire à la réparation du préjudice résultant de l'infraction. Or, cette seule considération permet d'écarter non seulement l'adage mais aussi la portée de l'article 1131 du Code civil.

D'une part, si « *nemo auditur* » est incontestablement exclu de l'action civile *stricto sensu*, il l'est tout autant finalement de la responsabilité civile *lato sensu*²¹¹². Ainsi, derrière une formulation imprécise, le principe prévoit seulement la paralysie des restitutions consécutives à l'annulation du contrat²¹¹³ : indissociable de la nullité du contrat, la règle *nemo auditur* autorise la victime à agir en nullité mais empêche les restitutions qui pourraient en découler. L'objet principal de l'action civile empêche alors d'envisager la transposition de cette règle devant le juge pénal.

Un raisonnement semblable paraît pouvoir être conduit afin d'expliquer l'exclusion de l'article 1131 du Code civil. Le juge pénal affirme principalement l'exclusion de cette disposition pour admettre la recevabilité de l'action civile d'une victime ayant participé à une convention illicite. L'appartenance incontestable de cette disposition au régime contractuel conduit à nouveau à s'interroger sur l'impact du choix de la voie délictuelle par le juge pénal²¹¹⁴. Pourtant, l'analyse de cette disposition conduit à une autre conclusion. La portée de l'article 1131 est clairement affirmée par le texte : le contrat ne produira aucun effet. L'on pourrait certes être tenté d'en déduire qu'aucune réparation trouvant sa source dans ce contrat ne pourra être prononcée. Toutefois, la sanction résultant de cette disposition est plus précise : dès lors que l'on relève une anomalie quant à la licéité du contrat, la nullité absolue de ce dernier doit être prononcée²¹¹⁵. Par suite, indifférent à cette issue du rapport contractuel, le

²¹¹² Initialement en ce sens : Ph. le Tourneau, *La règle nemo auditur...*, préc. ; Ph. le Tourneau, *Contrats et obligations. Exception d'indignité. Règles Nemo auditur et In pari causa*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1131 à 1133, fasc. unique, 2007, préc., n° 47 et s. La jurisprudence est désormais en ce sens. V. Cass. civ. 1, 17 nov. 1993, Bull. civ. I, n° 326, RTDciv. 1994, p. 115, obs. P. Jourdain ; 22 juin 2004, *ibid.*, n° 182, RTDciv. 2004, p. 503, n° 3, obs. J. Mestre et B. Fages.

²¹¹³ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 369 ; G. Wicker, *La légitimité de l'intérêt à agir*, in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux : mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, p. 455, spéc., n° 20.

²¹¹⁴ Certains auteurs cherchent ainsi à expliquer la mise à l'écart de l'article 1131 du Code civil par la disparition de toute connotation contractuelle devant le juge pénal. « La convention éclate lorsqu'il y a délit de la part du défendeur » : J. Carbonnier, JCP 1948. II. 4474, note sous Cass. Crim., 3 juil. 1947. –Adde : R. Vouin, *La participation volontaire de la victime à l'infraction pénale*, RSC 1952, p. 346, spéc., p. 351.

²¹¹⁵ La doctrine n'a jamais émis de réserve sur cette question : Ch. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. VIII, 2^{ème} éd. par G. Lagarde, Rousseau, 1936, n° 262 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E.

juge pénal peut en vertu de l'objet de l'action civile déclarer cette dernière recevable. Ainsi, étranger aux effets juridiques du contrat, le droit pénal ne peut utiliser cette disposition pour empêcher la victime d'exercer son action en réparation devant lui.

En définitive, aucune des règles applicables en matière contractuelle ne paraît pouvoir empêcher la victime de demander réparation. D'ailleurs, pas plus que la demande, l'obtention de dommages et intérêts ne semble davantage entravée par cette réglementation. En effet, non seulement les juridictions criminelles déclarent l'action civile de ces victimes recevable mais elles acceptent également le bien fondé de leur demande²¹¹⁶. Le juge pénal propose ainsi d'allouer à la victime une somme équivalente à son préjudice infractionnel et refuse, par là même, de tenir compte du comportement condamnable de la victime. Cela met alors en exergue la position criminelle quant au partage de responsabilité : dès lors que la victime n'a pas directement participé à l'infraction pour le préjudice de laquelle elle demande réparation, le juge pénal, refuse de réduire son indemnisation. Or, l'une comme l'autre de ces attitudes ne peuvent être imputées au choix du régime délictuel.

2) L'exclusion de la répartition contractuelle

574. La portée du fait du créancier devant le juge civil. Le régime de la responsabilité contractuelle offre une possibilité d'exonération au débiteur de l'obligation contractuelle par le fait du créancier, dont l'importance dépend du rôle causal de ce fait²¹¹⁷. Lorsqu'il apparaît comme la cause exclusive du dommage, l'exonération est totale. En revanche, si le fait du créancier coexiste avec la faute du débiteur, il ne peut qu'être partiellement exonéré de sa responsabilité, et ce, à condition qu'il constitue une faute²¹¹⁸ relativement grave²¹¹⁹. Pareille possibilité demeure parfois exclue lorsque le juge pénal statue sur la réparation d'une infraction comparable avec l'inexécution d'un contrat.

Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1-L'acte juridique*, préc., n° 335 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993, n° 882.

²¹¹⁶ V. pour cette distinction, R. Merle, A. Vitu, *Procédure pénale*, préc., 69 et s : « Lorsqu'une personne agit devant une juridiction répressive, en se disant victime d'une infraction, une démarche préalable s'impose au juge saisi de son action en réparation : vérifier si cette personne a véritablement le droit d'être présente au procès, c'est-à-dire rechercher si son action est recevable. C'est après seulement qu'il pourra être fait droit à sa demande au fond. ».

²¹¹⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 958.

²¹¹⁸ La jurisprudence est en ce sens depuis : Cass. civ. I, 31 janv. 1973, Bull. civ. I, n° 41, D. 1973, p. 149, note Schmelck, RTDciv. 1973, p. 576, obs. G. Durry.

²¹¹⁹ Cass. civ. I, 2 mars 1983, Bull. civ. I, n° 85.

575. La portée de la faute de la victime devant le juge pénal. Pendant longtemps, la jurisprudence criminelle manifesta une certaine hostilité à l'égard du principe de l'exonération, en considérant que la victime fautive devait être intégralement indemnisée, à moins que cette faute consiste en une participation à l'infraction²¹²⁰. L'opposition entre les Chambres civiles et la Chambre criminelle fut réglée au profit de la position civile par la réunion d'une Chambre mixte²¹²¹. Le juge pénal accepta alors le partage de responsabilité à l'exception d'une hypothèse : « Aucune disposition de la loi ne permet de réduire, en raison d'une négligence de la victime, le montant des réparations civiles dues à celle-ci par l'auteur d'une infraction intentionnelle contre les biens »²¹²². Tel est ainsi le principe désormais proclamé à l'occasion notamment d'une condamnation pour abus de confiance²¹²³. La coïncidence permise entre les infractions concernées par cette exception et celles visées au titre de la comparaison avec l'inexécution contractuelle impose donc de conclure à la possible distorsion entre les règles contractuelles et celles applicables devant le juge pénal. En effet, en présence d'un abus de confiance ou encore d'un détournement de gage, par exemple, le juge pénal refusera le partage de responsabilité, pourtant potentiellement applicable devant le juge civil en vertu des règles d'exonération précitées. Le choix du fondement délictuel par le juge pénal paraît alors pouvoir être désigné pour expliquer –et par là même critiquer– ce particularisme.

576. Une dissociation étrangère au fondement de la réparation. La mise à l'écart des règles applicables en matière contractuelle, face à un concours entre les faits du créancier et du débiteur, paraît de prime abord pouvoir être imputable au choix de la voie délictuelle. L'assertion peut être logique : l'association systématique de la réparation d'une infraction au fondement délictuel impose d'exclure les règles réservées à la matière contractuelle. Cependant, c'est sur ce dernier point que l'argument perd sa pertinence. Reprocher au juge pénal l'éviction des règles d'exonération de la responsabilité du débiteur en cas de faute du créancier est une chose, l'associer au fondement délictuel en est une autre. En effet, le droit civil prévoit, en dehors de tout contrat, un principe d'exonération du défendeur en cas de faute

²¹²⁰ V. notamment : Cass. crim., 18 nov. 1965, Bull. crim., n° 241.

²¹²¹ Ch. mixte, 28 janv. 1972, JCP 1972. II. 17050, concl. R. Lindon, D. 1972, somm., p. 75, RTDciv. 1972, p. 406, n° 12, obs. G. Durry.

²¹²² V. par ex. Cass. crim., 25 janv. 1993, RJDA 1993, n° 370. V. pour la même solution à propos du délit d'émission de chèque sans provision : Cass. crim., 4 oct. 1990, Bull. crim., n° 331.

²¹²³ Cass. crim., 25 janv. 1993, arrêt préc.

de la victime²¹²⁴ : la détermination de la part des dommages et intérêts que le premier doit supporter s'effectue en considération de la gravité de la faute du second²¹²⁵. Ainsi, l'application des règles délictuelles, comme contractuelles, aurait dû conduire le juge pénal à procéder au partage de responsabilité. A défaut, il paraît alors possible de soutenir, avec certains, qu'une telle exclusion doit trouver son explication dans les particularités de la procédure pénale²¹²⁶. Plus précisément, la mise à l'écart de la simple négligence de la faute de la victime pourrait s'expliquer par le lien unissant l'action civile à l'infraction. Si sa négligence participe incontestablement à la survenance du préjudice, elle paraît toutefois pouvoir être dissociée des causes de l'infraction. La distinction initiale de la jurisprudence selon que la faute consiste ou non en une participation à l'infraction peut ainsi trouver un éclairage. Seul le fait de la victime participant à la réalisation de l'infraction paraît alors pouvoir être rattaché à l'objet de l'action civile.

Cependant, la Cour de cassation propose une autre explication puisqu'elle affirme avec constance que le délinquant ne peut « tirer un profit quelconque de l'infraction »²¹²⁷. Admettre que la faute de la victime peut réduire son indemnité reviendrait en effet à autoriser l'auteur de l'infraction à conserver une partie du profit tiré de l'infraction²¹²⁸. L'argument peut toutefois ne pas convaincre au vu de son fondement essentiellement opportuniste, qui incite à souscrire à la proposition précédente.

577. Bilan. L'action civile en réparation du préjudice causé par une infraction exercée devant les juridictions pénales n'échappe pas à une présentation duelle visant à mettre en exergue d'un côté l'aspect judiciaire de l'action et de l'autre son effet substantiel : la création d'un droit à réparation. Or, chaque aspect recèle certaines spécificités propres à l'action exercée devant le juge pénal. Est-ce alors à dire, comme certains l'affirment, que l'originalité de cette action en réparation doit être mise au compte du choix du fondement délictuel ? Il paraît pouvoir n'en être rien si l'on accepte d'observer le particularisme intrinsèque de cette action civile.

²¹²⁴ V. notamment : Ph. Brun, *La responsabilité civile extracontractuelle*, préc., n° 254. — Adde : M. Eloi, C. de Jacobet de Nombel, M. Rayssac, J. Sourd, *La faute de la victime dans la responsabilité civile extracontractuelle*, in *Etudes à la mémoire de C. Lapoyade-Deschamps*, PUB, 2003, p. 47 et s.

²¹²⁵ Le principe est ainsi celui de l'exonération partielle. Toutefois, la gravité et la causalité de la faute de la victime peut conduire à une exonération totale. V. notamment, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 2-Responsabilité civile et quasi-contrats*, préc., p. 184 et s. ; G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 432.

²¹²⁶ G. Durry, obs. RTDciv. 1972, p. 406, n° 12.

²¹²⁷ V. par ex. Cass. crim., 25 janv. 1993, préc.

²¹²⁸ En ce sens, v. notamment : G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 430.

Tout d'abord, en tant qu'action en justice, l'action civile impose des règles spéciales, distinctes de celles applicables en vertu du régime contractuel. Le juge pénal met ainsi en œuvre des règles spécifiques quant à sa compétence territoriale et à la prescription, puis ignore la mise en demeure imposée en matière contractuelle.

Ensuite, en donnant naissance à un droit à réparation, l'action civile met en exergue ses particularités quant aux modalités de réparation. Non seulement, le juge pénal exclut en principe les actions contractuelles mais il limite aussi considérablement la portée de la faute de la victime pourtant largement prise en compte en matière contractuelle. Une telle présentation incite inévitablement à lier l'ensemble de ces spécificités de l'action civile à l'exclusion du régime de la responsabilité contractuelle. L'assertion, si logique soit-elle, demeure pourtant finalement contestable si l'on accepte d'observer dans un premier temps l'action civile sans l'associer à la matière contractuelle. Plus précisément, cette action exercée devant le juge pénal recèle un particularisme intrinsèque permettant de rationaliser les spécificités dénoncées. Celles associées à l'action en responsabilité trouvent ainsi leur explication dans le lien unissant l'action civile exercée devant le juge pénal à l'action publique. En effet, d'une part le juge de l'action en réparation est celui de l'infraction. De ce constat découle naturellement une identité des règles de compétence territoriale et des règles de prescription. D'autre part, l'action civile suppose la reconnaissance d'une infraction punissable. Cette exigence rend alors sans objet la mise en demeure exigée en matière contractuelle. Les spécificités des modalités de la réparation trouvent, quant à elles, un fondement dans l'objet de l'action civile tel qu'énoncé à l'article 2 du Code de procédure pénale. En associant cette dernière à la seule réparation du préjudice infractionnel, le législateur impose les actions et les modalités contractuelles étrangères à une telle finalité. Ainsi, si l'on ne peut nier les particularités de l'action en réparation exercée devant le juge pénal, lesdites particularités doivent ne pas être associées au choix du fondement délictuel opéré par ce dernier. Ces spécificités trouvent, en effet, leur fondement dans l'originalité de cette action civile qui demeure quel que soit le type d'infraction en cause.

En revanche, les auteurs dénoncent une autre divergence potentielle de solutions selon le juge saisi sans qu'elle ne puisse être imputée à ladite originalité de l'action civile. Pourtant, ces spécificités, cette fois-ci indiscutablement en lien avec le choix du corps de règles applicables, demeurent virtuelles au vu, cette fois-ci, du schéma infractionnel des incriminations comparables à l'inexécution d'un contrat.

Section 2- L'absence de particularités imputables à l'élimination de la responsabilité contractuelle

578. L'objet des critiques. L'essentiel de la condamnation de la position des juridictions criminelles réside dans le constat d'une atteinte au principe de non-option des responsabilités contractuelle et délictuelle. Plus précisément, la critique trouve son fondement dans la méconnaissance des fondements de ce principe. S'il demeure peu contesté, c'est que ce dernier repose sur deux des piliers du droit civil : la force de la loi et la force du contrat²¹²⁹. Si les parties pouvaient à leur guise choisir entre les deux responsabilités, la spécificité du régime contractuel prévu par le Code civil se retrouverait d'une part sans objet²¹³⁰. D'autre part, la liberté contractuelle et la force obligatoire des contrats seraient également pour le moins entravées si l'une des parties décidait d'ignorer les aménagements conclus au sujet de leur responsabilité en choisissant d'appliquer les règles délictuelles. Par conséquent, en appliquant le régime de la responsabilité délictuelle, le juge pénal offrirait aux contractants la possibilité de détourner tant les dispositions législatives que les stipulations contractuelles. Pourtant, ce constat paraît pouvoir être déjoué par le particularisme du comportement d'inexécution pénale.

579. La suppression de l'objet des critiques. En opérant une sélection fonctionnelle des inexécutions contractuelles pénalement répréhensibles, le droit pénal retire tout fondement aux critiques formulées à l'encontre de l'élimination des règles contractuelles. Plus précisément, il faut remarquer que les exigences pénales quant à l'inexécution répréhensible aboutiraient, en application de la responsabilité contractuelle, à des solutions identiques. Ainsi, le particularisme pénal de l'inexécution contractuelle impose d'exclure les critiques dénonçant la méconnaissance des fondements du principe de non-option reposant tant sur la force de la loi (§1), que sur la force du contrat (§2).

²¹²⁹ V. *supra*, n° 521 et s.

²¹³⁰ V. pour une justification du principe de non-option par le respect de la volonté du législateur : R. Rodière, *Etude sur la dualité des régimes de responsabilité*, préc., n° 9.

580. Les caractères du préjudice réparable. En plus de devoir être systématiquement causé par un fait illicite, le préjudice, qu'il soit une condition de la responsabilité délictuelle ou contractuelle doit également présenter certains caractères. Pour être réparable, il doit nécessairement être certain, légitime, personnel et direct²¹³¹. Malgré l'identité de ces premières conditions, le régime contractuel se détache des règles délictuelles en réservant la réparation au seul préjudice prévisible. Le législateur prévoit, en effet, par une disposition expresse –l'article 1151 du Code civil– que seuls les dommages et intérêts prévus ou prévisibles peuvent être prononcés. La doctrine fait alors valoir qu'en optant pour le fondement délictuel, le juge pénal autorise une méconnaissance de ce texte. Cette atteinte manifeste à l'autorité législative constitue la première des critiques à l'encontre de la position des juridictions criminelles. Pourtant, si la divergence des deux régimes de responsabilité est évidente en ce qui concerne le caractère prévisible du préjudice, le schéma infractionnel de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible –perçue dans sa première acception²¹³²–, permet finalement une identité des solutions.

Ainsi, le particularisme du fait générateur de responsabilité pénale atténué voire annihilé la critique fondée sur le détournement de la loi. La divergence potentielle des régimes de responsabilité concernant le caractère prévisible du préjudice (A) est en réalité exclue par le schéma des infractions contractuelles pénalement répréhensibles (B).

A- Une divergence potentielle des régimes de responsabilité

581. La limitation contractuelle au préjudice prévisible. En tant qu'acte de prévision le contrat induit, depuis l'ancien droit²¹³³, une circonscription du préjudice réparable. Chaque partie devant mesurer les risques qu'elle prend en s'engageant, la limitation de la réparation aux dommages prévisibles permet ainsi « d'ajuster la réparation au contenu

²¹³¹ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, préc., n° 218 et s. V. toutefois, Ch. Larroumet, *Droit civil. T. III, Les obligations. Le contrat. 2^e partie, Effets*, préc., n° 654, qui conteste la qualification de caractère du préjudice à propos du dommage direct. Selon lui, « le dommage direct n'est, en réalité, qu'une façon de désigner l'exigence d'un lien de causalité entre l'inexécution imputable au débiteur et le préjudice éprouvé par le créancier ».

²¹³² Les infractions ici concernées visent, rappelons-le, les inexécutions particulières d'une obligation ordinaire. V. la distinction des infractions présentée *supra*, n° 337.

²¹³³ J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Rapports entre les responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences, J.-Cl. Civ.*, préc., n° 58.

exact de l'obligation »²¹³⁴. C'est pourquoi, l'article 1150 du Code civil pose en principe que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat ». Même en adhérant à l'idée de négation de la notion de responsabilité contractuelle²¹³⁵, une telle limitation doit être maintenue, sinon renforcée. En effet, même si les dommages et intérêts consistent à procéder à une exécution par équivalent de l'obligation méconnue, « cette exécution a forcément pour mesure ce qui était prévu [...] : l'équivalent ne peut dépasser le promis »²¹³⁶. Quelle que soit la conception retenue des dommages et intérêts contractuels, la règle a alors vocation à limiter l'étendue de la réparation, par opposition au principe de la réparation intégrale en vigueur en matière délictuelle.

582. L'acceptation du préjudice imprévu en matière délictuelle. Alors que les juges du fond sont tenus²¹³⁷, en matière contractuelle, de limiter en principe l'indemnisation au préjudice prévisible, le régime délictuel prévoit quant à lui une réparation totale. Selon une formule consacrée, « le propre de la responsabilité civile est 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 »²¹³⁸. Deux directives en découlent : le juge doit réparer tout le préjudice et rien que le préjudice²¹³⁹. Ainsi, la limitation de la réparation au seul préjudice prévisible constitue une particularité propre au régime contractuel, un pilier fondateur de ce régime²¹⁴⁰.

583. Une divergence contestée. Par conséquent, le législateur dissocie clairement les deux régimes de responsabilité en limitant la réparation du préjudice seulement en présence d'une inexécution contractuelle. En appliquant la responsabilité délictuelle, le juge pénal permet ainsi à la victime de cette inexécution de détourner la limitation législative, dès lors que la méconnaissance participe au fait délictueux d'une infraction. La doctrine critique alors

²¹³⁴ I. Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel*, th. Paris II, 1979, n° 61.

²¹³⁵ Sur cette discussion, v. *supra*, n° 526.

²¹³⁶ Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1037. –Adde : Ph. Rémy, *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept*, préc. : « le dommage prévisible n'est ni plus, ni autre chose que l'objet de l'obligation inexécutée –l'avantage promis et non reçu ».

²¹³⁷ L'appréciation des circonstances à même de déterminer la prévisibilité du dommage est une question de fait. Toutefois la Cour de cassation se réserve le droit d'exercer un contrôle sur la qualification de dommage prévisible. V. Cass. civ. 1, 11 mai 1982, préc.

²¹³⁸ V. par ex. Cass. civ. 2, 28 oct. 1954, Bull. civ. II, n° 328, JCP 1955. II. 8765, note R. Savatier.

²¹³⁹ La formule est empruntée à Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, préc., n° 589 et s.

²¹⁴⁰ I. Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel*, préc., n° 22.

sévèrement ce détournement : « le juge pénal ne pourrait se débarrasser d'une disposition ancrée dans nos traditions juridiques sous prétexte d'autonomie »²¹⁴¹.

584. Une divergence annihilée. Pourtant, il paraît possible de dépasser cette critique en observant les spécificités de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible. En effet, les infractions concernées par la condamnation doctrinale autorisent, par le particularisme de leur schéma infractionnel, à supprimer toute divergence.

B- Une divergence exclue en présence d'une inexécution contractuelle pénale

585. L'élément moral caractéristique de l'exception. L'article 1150 lui-même propose une exception au principe de limitation de la réparation au seul dommage prévisible puisqu'il prévoit l'application de ce principe « lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ». Autrement dit, la circonscription de la condamnation du débiteur ne s'applique pas lorsque l'inexécution contractuelle constitue un dol. Il devra ainsi dédommager la victime de l'intégralité de son préjudice. Le législateur prévoit donc lui-même le contournement de la limitation lorsque le comportement du débiteur est particulièrement grave. La doctrine s'interroge alors pour qualifier pareille exception. Faut-il l'associer à une peine privée²¹⁴² ou maintenir le rattachement à la réparation²¹⁴³ ? Dans ce dernier cas, l'article 1150 serait perçu comme une faveur faite au débiteur qui doit céder en cas de comportement dolosif. Plus précisément, il paraît concevable d'expliquer l'exception par la rupture du lien contractuel en cas de faute délibérée. Le législateur, sans exclure radicalement le contrat du régime contractuel –il reste soumis à la plupart des règles contractuelles–, propose de lui appliquer la règle prévue en absence d'acte de prévision unissant les parties, autrement dit à défaut de contrat.

Il faut alors ajouter que la jurisprudence, en application de l'adage *culpa lata dolo aequiparatur*, retient que la faute lourde produit le même effet que le dol²¹⁴⁴. Même si la doctrine n'approuve pas toujours pareille association²¹⁴⁵, elle conduit toutefois à une

²¹⁴¹ V. Wester-Ouisse, *Convention et juridiction pénale*, préc., n° 338.

²¹⁴² V. J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Rapports entre les responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences, J.-Cl. Civ.*, préc., n° 62.

²¹⁴³ V. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 964.

²¹⁴⁴ Cass. civ. 29 juin 1932, DP. 1933. 1. 49, note L. Josserand.

²¹⁴⁵ J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Rapports entre les responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences, J.-Cl. Civ.*, préc., n° 64. –Adde : A. Sériaux, *Droit des obligations*, 2^{ème} éd., PUF, 1998, n° 67 : « on est bête ou méchant, jamais les deux à la fois ».

coïncidence systématique entre les conditions de l'exception et celles de l'infraction comparable à l'inexécution d'un contrat.

586. L'élément moral caractéristique des infractions. La première catégorie d'infractions comparables à l'inexécution d'un contrat se caractérise ainsi par la spécificité de son fait délictueux²¹⁴⁶. La plus connue de ses particularités, présentée par l'ensemble de la doctrine, réside dans l'élément moral requis. En effet, l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible doit être commise, en principe, volontairement et en connaissance de cause. Cet état d'esprit, transposé à la matière civile, impose un parallèle avec le dol. Certes, le dol contractuel ne suppose pas, contrairement à la faute intentionnelle, l'intention du dommage²¹⁴⁷. Cependant, la mauvaise foi du débiteur coupable de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible permet assurément de caractériser le dol, tel qu'exigé pour exclure la réparation du dommage prévisible.

Une nuance pourrait être apportée au sujet des infractions pour lesquelles le juge pénal décide qu'un comportement simplement imprudent peut emporter la condamnation de son auteur²¹⁴⁸. En effet, dans ce cas, aucune faute comparable au dol ne pourrait être constatée. Toutefois, même dans cette hypothèse, la limitation de la réparation au dommage prévisible est exclue par le croisement des évolutions jurisprudentielles tant pénales que civiles. En effet, d'une part, si le Code civil ne prévoit d'exclure la limitation de la réparation qu'en cas de dol, le juge civil étend l'exception à la faute lourde²¹⁴⁹. D'autre part, si la doctrine pénale interprète les arrêts relatifs à la tromperie comme allégeant l'élément moral requis par le texte, ce n'est jamais pour envisager une imprudence simple. En effet, la faute intentionnelle normalement requise « finit par évoquer la faute lourde d'imprudence ou de négligence »²¹⁵⁰.

Ainsi, le droit pénal rejoint le droit civil dans sa volonté de particulariser le traitement du professionnel. Le premier assimile la faute lourde à la faute intentionnelle, le second la faute lourde à la faute dolosive²¹⁵¹. Autrement dit, lorsque la faute ne constitue qu'une imprudence simple, le juge pénal ne peut déclarer l'infraction constituée et le juge civil exclut la réparation intégrale du préjudice.

²¹⁴⁶ Sur ces infractions, v. *supra*, n° 338.

²¹⁴⁷ J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Rapports entre les responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences, J.-Cl. Civ.*, préc., n° 63.

²¹⁴⁸ V. *supra*, n° 357.

²¹⁴⁹ V. *supra*, n° 585.

²¹⁵⁰ W. Jeandier, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 434. – Adde : A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, préc., n° 1198 et s.

²¹⁵¹ V. J.-Ch. Saint-Pau, *Droit à réparation. Rapports entre les responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences, J.-Cl. Civ.*, préc., n° 64.

587. Une coïncidence décisive. La doctrine condamne le choix des juridictions criminelles selon lesquelles le régime de la responsabilité délictuelle doit être par principe appliqué à la réparation du dommage causé par une infraction. L'une des principales critiques consiste à reprocher la méconnaissance de la règle contractuelle législative de la limitation de la réparation au préjudice prévisible. En effet, le juge pénal ne calque jamais le montant de l'indemnisation sur le préjudice qui pouvait être prévu par les parties.

Toutefois, confrontées à des faits comparables à une inexécution contractuelle pénalement répréhensible, les juridictions civiles aboutiraient à une solution identique en application du régime contractuel. Le schéma spécifique des infractions visant la violation d'un contrat impose d'exclure, même en matière civile, la règle de la limitation du préjudice.

Le même raisonnement doit être conduit à propos de la seconde règle invoquée comme fondement du principe de non-option, celle du respect de la force contractuelle.

§2- La préservation de la force contractuelle

588. Le principe de non-option et le respect du contrat. La seconde critique émise à l'encontre du choix de principe du fondement délictuel par le juge pénal, réside dans le constat d'un manquement aux stipulations contractuelles. Indépendamment de l'autonomie des régimes contractuel et délictuel fixée par le Code civil, les parties au contrat peuvent choisir de façonner leur accord et spécialement d'aménager le régime de la réparation en cas de dommage. En optant pour les règles de la responsabilité délictuelle, le juge pénal exclut par avance l'application de tout aménagement. Des voix se sont alors élevées afin de condamner cette méconnaissance de la volonté des parties et par là même, de la force obligatoire des contrats²¹⁵².

Pourtant, ici encore, le particularisme du fait générateur de responsabilité pénale paraît pouvoir déjouer pareille condamnation. Ainsi, si l'application de la responsabilité délictuelle par le juge pénal laisse entrevoir une méconnaissance de la liberté contractuelle (A), les spécificités de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible permettent finalement de préserver l'équilibre contractuel (B).

²¹⁵² V. *supra*, n° 521 et s.

A- La liberté contractuelle potentiellement entravée

589. Un particularisme contractuel potentiel. Des clauses peuvent être insérées au contrat, qui permettent parfois de procéder à une extension de responsabilité²¹⁵³ et, plus souvent, à sa diminution. Dès lors que ces dernières ne sont pas qualifiées d'abusives, le juge doit en tenir compte dans l'évaluation de la réparation. Plus radicalement, les parties peuvent décider d'une exonération totale de responsabilité. La jurisprudence a fini par accepter de telles clauses dans les rapports entre contractants²¹⁵⁴. Initialement limité à un renversement de la charge de la preuve²¹⁵⁵, l'effet des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité s'étend désormais au fond : l'indemnisation est limitée ou supprimée dans les cas expressément prévus par le contrat. L'admission de clauses aménageant la responsabilité du débiteur contractuel paraît raisonnable, outre les considérations économiques²¹⁵⁶ : « un contrat fait naître pour le débiteur une obligation supplémentaire, qui s'ajoute à celles qui, de droit commun, pèsent sur lui : il est juste que la volonté qui fait naître cette obligation puisse librement en définir les effets »²¹⁵⁷.

Le principe de la réparation intégrale, tel qu'implicitement consacré par l'article 1382 du Code civil commande, au contraire, la mise à l'écart de telles clauses en matière délictuelle.

590. Le détournement potentiel par la responsabilité délictuelle. Logiquement, la mise en relation des clauses relatives à la responsabilité avec le régime délictuel devrait se solder par leur incompatibilité. En effet, toutes supposent une certaine anticipation et même un acte de prévision. La responsabilité délictuelle trouvant à s'appliquer, en principe, en dehors de toute prévision, il paraît difficile de concevoir une clause venant limiter la responsabilité de l'auteur du dommage. Pourtant, l'hypothèse d'une infraction comparable à l'inexécution d'un contrat n'est pas la seule à soulever la question. Indépendamment d'une connexion entre contrat et droit pénal, la question peut se poser par exemple dans le cas de l'installation d'une entreprise dans un quartier calme si les voisins acceptent de renoncer à se

²¹⁵³ V. notamment, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 611.

²¹⁵⁴ Cass. soc., 15 juil. 1949, JCP 1949. II. 5181, 2^{ème} espèce, note G. B ; Cass. com., 15 juin 1959, D. 1960, p. 97, note R. Rodière ; 25 juin 1980, JCP 1980. IV. 338, RTDciv. 1981, p. 165, obs. G. Durry ; Cass. civ. 1, 31 mars 1981, Bull. civ. I, n° 112, p. 95, RTDciv. 1981, p. 859, obs. G. Durry.

²¹⁵⁵ Le débiteur n'avait pas à prouver son absence de faute. Il demeurerait toutefois pleinement responsable si le créancier rapportait la preuve de cette faute. V. sur ce point, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 734.

²¹⁵⁶ En s'exonérant de tout ou partie de leur responsabilité, le contractant se dispense de la souscription d'une assurance qui se répercute alors sur le prix de la prestation.

²¹⁵⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 613.

plaindre des éventuelles nuisances dues à l'exploitation²¹⁵⁸. La jurisprudence civile refuse de manière constante de prendre en compte de telles stipulations, en invoquant le caractère d'ordre public de l'article 1382 auquel elles dérogent²¹⁵⁹. L'application, par les juridictions criminelles, des règles de la responsabilité délictuelle semble alors imposer pareille mise à l'écart alors même que le juge civil accepterait de les prendre en compte en constatant le cadre contractuel. A nouveau, la jurisprudence pénale distingue le traitement de la violation contractuelle et offre ainsi aux contractants la possibilité d'éviter la mise en œuvre des clauses prévues dans leur contrat.

Cependant, en choisissant la voie délictuelle, le juge pénal offre certes l'éviction des clauses aménageant la responsabilité mais le particularisme des infractions concernées commanderait finalement une solution identique en appliquant le régime contractuel.

B- L'équilibre contractuel préservé par l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible

591. Un particularisme contractuel circonscrit. Parmi les nombreuses exceptions au principe de la validité des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, figure tout d'abord, le constat d'une faute intentionnelle²¹⁶⁰. Si le débiteur contractuel méconnaît en effet intentionnellement ses obligations, il ne pourra bénéficier d'aucune limitation ni exclusion de sa responsabilité. De plus, à l'instar de la règle de la réparation du préjudice prévisible, la jurisprudence assimile ici la faute lourde au dol²¹⁶¹. La jurisprudence écarte également la validité des clauses aménageant la responsabilité dès lors qu'elles visent l'inexécution d'une obligation essentielle du contrat. La solution est célèbre, qui fut prononcée pour la première fois par le fameux arrêt Chronopost : en considérant la délivrance du pli dans le délai promis comme une obligation essentielle, la Cour évince la clause dont l'objet était de limiter l'indemnisation en cas de retard aux seuls frais d'envoi²¹⁶². Pareille solution doit être généralisée à tous les contrats, dès lors que la clause revient à faire qu' « une des parties

²¹⁵⁸ L'exemple est cité par Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 733.

²¹⁵⁹ Cass. civ. 2, 17 févr. 1955, D. 1956, p. 17, note P. Eismein, JCP 1955. II. 8951, obs. R. Rodière.

²¹⁶⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 615.

²¹⁶¹ Cass. civ., 29 juin 1948, JCP 1949. II. 4660, obs. R. Rodière ; 25 juin 1959, D. 1960, p. 97, note R. Rodière ; Cass. com., 22 avr. 1975, D. 1975, somm. p. 92 ; Cass. civ. 1, 22 oct. 1975, D. 1976, p. 151, note J. Mazeaud ; 22 nov. 1978, JCP 1979. II. 19139, obs. G. Viney ; Cass. ass. plén., 30 juin 1998, JCP 1998. II. 10146, note Ph. Delebecque, CCC. 1998, n° 143, obs. L. Leveneur, RTDciv. 1999, p. 119, obs. P. Jourdain ; Cass. com., 3 avr. 2001, Bull. civ. IV, n° 70, JCP 2001. I. 354, n° 11, obs. F. Labarthe.

²¹⁶² Cass. com., 22 oct. 1996, préc.

s'engage sans s'engager »²¹⁶³. Plus juridiquement, la doctrine justifie cette solution en rapprochant de telles clauses d'une condition purement potestative, prohibée par l'article 1174 du Code civil²¹⁶⁴. Ces exceptions autorisent alors à nouveau un net rapprochement des réparations du préjudice infractionnel demandées devant le juge civil et devant le juge pénal.

592. La coïncidence des réparations. En rejetant la validité des clauses limitatives et exclusives de responsabilité en cas de faute lourde, dolosive et dès lors qu'elles ont pour objet une obligation essentielle du contrat, le juge civil autorise une confusion des règles gouvernant la réparation d'une inexécution contractuelle pénalement répréhensible. En effet, le particularisme de cette dernière réside essentiellement, d'une part, dans le constat d'une faute sinon intentionnelle, au moins dolosive²¹⁶⁵ et, d'autre part, dans la méconnaissance d'une obligation fondamentale du contrat²¹⁶⁶. Par conséquent, la mise en œuvre du régime contractuel pour réparer le préjudice infractionnel aboutirait à évaluer l'indemnisation en vertu des mêmes règles. Ainsi, la jurisprudence civile, en choisissant de rejeter les clauses limitatives de responsabilité, propose de nier le particularisme du régime contractuel. L'entrave à l'équilibre contractuel, dénoncée par une importante partie de la doctrine, n'aurait finalement donc pas lieu en présence d'une inexécution contractuelle pénalement répréhensible.

593. Bilan : la négation commune du contrat. La prise en compte, par le droit civil, des clauses aménageant la responsabilité des parties au contrat semble être calquée sur le régime légal du préjudice réparable. Pour l'une comme pour l'autre de ces règles contractuelles, le droit des contrats pose un principe dérogatoire au régime délictuel mais également des exceptions. Or, le schéma de ces exceptions trouve un écho précis dans celui du fait générateur de responsabilité pénale. L'inexécution contractuelle pénalement répréhensible conduit à mettre en œuvre non le principe mais les exceptions du régime contractuel de responsabilité. Le particularisme du fait délictueux aboutit ainsi à une identité de traitement quel que soit le juge saisi de la réparation du dommage.

Ce constat commande alors inévitablement la condamnation des critiques de la position de la Chambre criminelle, reposant sur l'atteinte au principe de non-option, par la méconnaissance de ses fondements. Certes, le juge pénal applique les règles de la responsabilité délictuelle.

²¹⁶³ La formule est empruntée à F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 610.

²¹⁶⁴ V. notamment : Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., n° 735.

²¹⁶⁵ V. *supra*, n° 355 et s.

²¹⁶⁶ V. *supra*, n° 399 et s.

Toutefois, même en appliquant le régime contractuel, le particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible conduirait à des solutions parfaitement identiques. Pareille identité révèle alors nécessairement une spécificité des faits infractionnels dépassant les seules explications pénales. Le droit des contrats refuse d'ailleurs lui-même de traiter classiquement l'inexécution potentiellement constitutive d'une infraction pénale. Plus encore, la doctrine civile propose d'expliquer le régime dérogatoire applicable en cas de dol ou de faute lourde par des considérations jugées excessives sous la plume d'un pénaliste. Ainsi, d'aucuns proposent, en effet, d'expliquer ces exceptions par la mise à l'écart ponctuelle du régime contractuel. Le comportement dolosif devrait être qualifié de délit civil et imposerait ainsi de quitter le domaine contractuel²¹⁶⁷. Par une « décontractualisation »²¹⁶⁸ de la relation, le comportement dolosif justifierait de rejeter le régime contractuel pour appliquer ponctuellement les règles délictuelles²¹⁶⁹. Cette proposition, jugée excessive pour expliquer la position pénale, paraît ne pas pouvoir non plus être raisonnablement acceptée pour fonder les dérogations civiles. En effet, le principe de la limitation de la réparation au préjudice prévisible, comme ses exceptions, figurent dans le Code civil au sein des dispositions contractuelles. C'est dire que le législateur, en prévoyant le régime applicable aux relations contractuelles prévoit, sans renvoyer aux dispositions délictuelles, des dérogations propres aux relations contractuelles²¹⁷⁰. La jurisprudence relative aux clauses d'aménagement de la responsabilité, manifestement inspirée des dispositions concernant le préjudice réparable, ne peut qu'être perçue ainsi²¹⁷¹. En définitive, sans s'extraire du régime contractuel, les règles applicables en cas d'inexécution dolosive proposent d'effacer les spécificités contractuelles pour transposer le régime délictuel. Autrement dit, lorsque le débiteur nie le contrat en le violant volontairement, le droit des contrats nie les spécificités du régime du contrat. Par conséquent, les solutions adoptées par le juge pénal et par le juge civil convergent.

²¹⁶⁷ Jossierand considérait ainsi qu'en violant sciemment le contrat, le débiteur méritait d'être traité comme un tiers. V. note sous Cass. req., 14 déc. 1926, DP. 1927. 1. 105, spéc., p. 108.

²¹⁶⁸ La formule est empruntée au Doyen Carbonnier, *in* note sous Cass. crim., 3 juil. 1947, JCP 1948. II. 4474.

²¹⁶⁹ Les travaux préparatoires du Code civil sont utilisés pour appuyer cette conception. Bigot-Préameneu déclarait à propos de l'article 1150 que « le dol établit contre celui qui le commet une nouvelle obligation différente de celle qui résulte du contrat : cette nouvelle obligation n'est remplie qu'en réparant tout le tort que le dol a causé » (Exposé des motifs du Titre III du Livre III, séance du 6 pluviôse an XII, Loqué, t. 12, p. 330, n° 43).

²¹⁷⁰ V. A. Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, préc., n° 217. L'auteur rappelle que les travaux préparatoires sont souvent présentés de manière partielle. Bigot-Préameneu complète en effet sa présentation : « les dommages-intérêts n'en ont pas moins leur cause dans l'inexécution de la convention ».

²¹⁷¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 615 ; R. Savatier, note sous Cass. civ. 2, 13 mai 1955, D. 1956, p. 53, spéc. p. 54 : « il demeure parfaitement exact que la simple violation d'engagements contractuels est trop nettement une faute contractuelle pour que le contrat n'absorbe pas toute la responsabilité découlant de cette violation » ; Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préc., n° 288 et s.

Conclusion du second chapitre

594. La neutralisation de la portée de l'élimination du régime contractuel.

L'observation du régime applicable à la réparation du préjudice causé par une infraction d'inexécution contractuelle révèle incontestablement des spécificités. La doctrine fait majoritairement valoir que pareilles particularités peuvent être imputées au refus d'appliquer les règles de la responsabilité contractuelle et entraînent une atteinte inacceptable aux fondements du principe de non-option. Cependant, en conclure que le choix du régime délictuel opéré par les juridictions criminelles doit être condamné paraît hatif à plus d'un titre.

Tout d'abord, certaines particularités de l'action en réparation du dommage causé par une telle infraction n'apparaissent finalement pas exclusivement réservées aux inexécutions contractuelles pénalement répréhensibles. Plus précisément, l'action civile exercée devant le juge pénal recèle, quelle que soit l'infraction en cause, des singularités liées à l'originalité de cette action. D'une part, l'action civile en tant qu'action en responsabilité impose des spécificités inextricablement liées aux liens unissant cette action à l'action publique. Certaines règles sont donc imposées à la réparation du préjudice résultant d'une infraction sans que la qualification contractuelle ou délictuelle du régime applicable ne puisse rien y changer. D'autre part, l'observation des modalités de la réparation révèle également des impondérables dont la présence résulte uniquement de l'objet principal de l'action civile : la réparation du dommage causé par une infraction.

Il faut remarquer, ensuite, que les spécificités potentiellement liées au choix de la responsabilité délictuelle se révèlent, en définitive, sans incidence sur le régime de la réparation. La preuve en est que l'application par le juge pénal des règles de la responsabilité contractuelle aboutirait précisément aux mêmes solutions, et ce, en raison du particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible. D'une part, pareil particularisme permet de réfuter l'idée d'une méconnaissance des spécificités du régime contractuel expressément prévu par le Code civil. En effet, si le législateur impose aux contractants des règles relatives à la réparation du préjudice, il y associe certaines exceptions. Or, en présence d'une infraction d'inexécution contractuelle, ce sont les exceptions qui trouveraient à s'appliquer. D'autre part, le régime contractuel repose également sur la force de la volonté des parties, qui peuvent, sauf exceptions, prévoir des règles de réparation spécifiques. Or, si le

choix du régime délictuel impose naturellement l'exclusion de ces prévisions, le particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible permet de conclure également à cette mise à l'écart. L'explication vient à nouveau de ce que le le particularisme du fait pénal permettrait de mettre en œuvre les exception prévues par le droit civil et non la règle de réparation.

Conclusion du second titre

595. La réparation spéciale d'une inexécution spéciale. L'impossible rattachement des spécificités de la réparation au seul choix du régime délictuel impose de donner tout son sens à cette décision. En effet, si l'application des règles délictuelles et contractuelles aboutit à la même présentation de l'action civile en réparation du préjudice causé par une inexécution contractuelle pénalement répréhensible, le choix des premières ne peut être insignifiant. Là où certains auteurs pourraient voir la raison la plus convaincante de remplacer le régime délictuel par le régime contractuel, il semble préférable de considérer que le droit pénal choisit en toute connaissance de cause de mettre à l'écart, par principe, les règles de la responsabilité contractuelle puisque ce constat trouve une explication dans le particularisme de l'inexécution pénale du contrat. D'abord, en effet, le fait d'admettre la recevabilité d'actions civiles collectives trouve toute sa logique dans le constat de la portée collective des obligations dont la violation est pénalement sanctionnée. Autrement dit, le lien strictement contractuel est ici ignoré ou à tout le moins minimisé par les textes au stade de la constitution de l'infraction et donc logiquement à celui de la réparation. Ensuite, le juge pénal formule l'exclusion, connue de l'ensemble des juristes, des règles de la responsabilité contractuelle : le préjudice infractionnel ne peut être réparé qu'en application du régime délictuel. Pareille exclusion, si critiquée soit-elle, trouve alors également une explication convaincante dans le particularisme du fait pénal d'inexécution contractuelle. En effet, nécessairement accessoire de l'action publique et par là-même de l'infraction, l'action civile ne peut faire fi de la sélection fonctionnelle opérée au stade de la constitution de l'infraction.

Cette même sélection permet également à elle seule de retirer aux critiques l'essentiel de leur fondement. La doctrine condamne l'éviction de la responsabilité contractuelle en mettant en exergue les éventuelles divergences du régime applicable à la victime d'infractions d'inexécution contractuelle. Pourtant, d'une part le particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible conduit à supprimer toute possibilité de divergence imputable au choix de la voie délictuelle. En effet, ce particularisme constaté au stade de la constitution de l'infraction provoquerait, en application des règles contractuelles, des solutions absolument identiques à celles proposées par le juge pénal sur le fondement

délictuel. D'autre part, les différences restantes ne peuvent être imputées qu'à la singularité de l'action civile et échappent donc à l'aspect contractuel des infractions.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

596. L'identification d'une inexécution contractuelle pénale. « Qui dit comparer dit confronter »²¹⁷². Or, la confrontation des violations du contrat prises en compte par le droit pénal et le droit civil révèle l'existence d'une inexécution contractuelle pénalement répréhensible : le fait générateur de responsabilité contractuelle arbore un particularisme manifeste lorsqu'il est saisi par une infraction pénale. Pour toutes les incriminations concernées par la comparaison, le droit pénal affirme son unité autour de la finalité de la matière, par le dépassement systématique de la sanction de la moindre inexécution du contrat. Ainsi, les infractions sont le fruit d'une sélection fonctionnelle à même de justifier la prise en compte de l'inexécution du contrat par le droit pénal par une préoccupation conforme à sa fonction traditionnelle.

L'idée d'une inexécution contractuelle pénalement répréhensible apparaît donc d'abord, naturellement, au stade de la constitution du fait générateur de responsabilité pénale. Pourtant, l'observation des innombrables infractions pour lesquelles le législateur sanctionne un comportement potentiellement constitutif d'une violation du contrat pourrait décourager toute recherche d'unité. En effet, tantôt par exemple, le législateur requiert une inexécution intentionnelle, tantôt il sanctionne un comportement en tout point similaire à celui générant la responsabilité contractuelle. Bref, si un particularisme pénal existe, il ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Ce n'est seulement qu'en distinguant deux catégories d'infractions que l'on accède au critère fonctionnel de sélection des comportements d'inexécution contractuelle. Les infractions les plus couramment citées pour démontrer la connexion des responsabilités pénale et contractuelle s'illustrent par une dissociation apparente de leurs faits générateurs. Les comportements caractérisant la violation, certes comparables, ne sont pas nécessairement soumis aux mêmes conditions. Ainsi, la responsabilité contractuelle peut être engagée sans que la responsabilité pénale ne soit potentiellement applicable et inversement. Il existe ainsi une première catégorie d'infractions d'inexécution contractuelle pour lesquelles le particularisme de l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible siège dans la

²¹⁷² F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur la qualification*, LGDJ, 1957, n°35 p. 37.

spécificité de la violation sanctionnée. La finalité du droit pénal est ainsi assurée par la gravité de l'inexécution pénalement réprimée.

En revanche, de très nombreuses infractions ne permettent d'identifier aucune espèce de singularité de la violation pénalement répréhensible ; le droit pénal y sanctionne un comportement en tout point identique à celui justifiant l'engagement de la responsabilité contractuelle. Leur localisation en dehors du Code pénal, au sein d'autres législations comme le droit du travail, viendrait alors corroborer leur impossible particularisme en constatant le cantonnement du droit pénal à son rôle de police²¹⁷³. Pourtant, si l'on accepte de modifier l'objet étudié en déplaçant l'attention, du droit pénal aux disciplines concernées, une autre présentation s'éclaire. En effet, si le fait de violation ne recèle incontestablement aucune spécificité, les obligations dont la violation est pénalement réprimée révèlent au contraire des indications décisives. Imposées par le législateur aux contractants, ces obligations, certes qualifiées de contractuelles, dépassent en effet la simple relation individuelle pour participer à l'organisation sociale. Le droit pénal, en se contentant de sanctionner leur violation sans ajouter la moindre particularité, ratifie alors le détachement du lien contractuel mis en exergue par les disciplines extra-pénales. Ainsi, pour l'une comme pour l'autre catégorie d'infractions, le droit pénal assure sa fonction de sanction des comportements nuisibles à la société : l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible ne correspond techniquement jamais à la seule méconnaissance d'un simple contrat.

La vocation essentiellement réparatrice de l'action civile aurait pu conduire le droit pénal à n'imposer de solutions spécialement pénales que pour le stade de la constitution de l'infraction d'inexécution contractuelle. Pourtant, le régime de la réparation en cas d'infraction d'inexécution contractuelle propose également un net particularisme en ce qu'il est totalement dissocié de l'aspect contractuel des infractions. Ainsi, même lorsque le droit pénal se détache de sa fonction sanctionnatrice –en principe attachée à l'action publique–, la spécificité de l'inexécution du contrat pénalement sanctionnée demeure. La classification bipartite des infractions révèle alors, également à ce propos, un double éclairage : en parfait syllogisme, la réparation du préjudice des deux catégories d'infractions s'explique par le particularisme mis en exergue au stade de leurs constitutions.

L'exclusion de la coloration contractuelle s'effectue, pour les infractions dont la spécificité résulte de l'originalité de l'obligation, par l'admission logique d'actions civiles collectives. La

²¹⁷³ « Lorsqu'il sanctionne la simple inobservation de prescriptions édictées par d'autres disciplines, [le droit criminel] est cantonné dans un rôle de police des autres disciplines juridiques » : R. Ollard, *La protection pénale du patrimoine*, préc., n° 28.

vocation générale des obligations contractuelles dont la violation est sanctionnée sans spécificité impose ainsi le dépassement manifeste du lien contractuel au stade de la réparation. Les infractions pour lesquelles la violation incriminée requiert des éléments distincts du fait générateur de responsabilité contractuelle voient leur réparation associée aux seules règles délictuelles puisque le juge pénal refuse d'appliquer une quelconque disposition du régime contractuel. Pareille solution reçoit un accueil doctrinal pour le moins hostile en raison de l'atteinte qu'elle porterait au principe de non-option des responsabilités et à ses fondements. Pourtant, le particularisme du fait délictueux révèle finalement la potentielle identité des solutions, que le juge pénal applique le régime délictuel ou contractuel. Ainsi, le principe de non-option comme ses fondements, se trouvent pleinement préservés sans que les juridictions criminelles n'aient à renoncer à l'affirmation de la dissociation des inexécutions contractuelles pénalement répréhensibles et contractuellement réparables.

CONCLUSION GENERALE

597. Une rencontre incontestable du contrat et du droit pénal. « Il n'est pas nécessaire d'avoir lu le Code pénal pour savoir que le meurtre, le vol, le faux témoignage, l'escroquerie, l'abus de confiance sont des actions criminelles »²¹⁷⁴. Parmi ces infractions emblématiques du droit pénal, deux envisagent le contrat comme élément constitutif potentiel et ce, avant même l'entrée en vigueur du Code pénal actuel²¹⁷⁵. C'est dire l'impossible ignorance du lien unissant le contrat à l'infraction pénale. L'observation des dispositions extérieures à ce Code ne fait alors que renforcer l'évidence de ce rapport. L'énumération des incriminations concernées par une référence contractuelle devient d'ailleurs tout bonnement impossible. Ce sont en effet, le droit du travail, le droit de la consommation ou encore le droit des sociétés qui consacrent d'innombrables textes réunissant la sanction pénale et la référence au contrat. Assez naturellement cette constatation peut choquer : l'origine civile de ce dernier pouvait plutôt laisser présager son absence du droit pénal. Pourtant, l'observation des infractions impose le constat opposé et force la reconnaissance d'infractions contractuelles, c'est-à-dire recelant à quelque titre que ce soit un contrat. Le droit pénal accepte ainsi de prendre en compte une institution certes civile, mais surtout fondamentale, qui irrigue aujourd'hui l'ensemble des disciplines juridiques. Cependant, ce faisant, le droit pénal refuse de se faire simple récepteur de la notion et lui imprime différentes spécificités. L'alliance, certes incontestable dans son existence, prend alors des allures *a priori* insaisissables.

598. Une alliance singulière du contrat et du droit pénal. Accepter l'idée de la présence du contrat au sein d'une infraction ne signifie pas qu'une présentation rationnelle du premier en tant qu'élément constitutif de la seconde est permise, loin s'en faut. L'observation des incriminations ainsi que de la jurisprudence laisse derrière elle un certain flou. Les infractions font d'une part référence au contrat selon des modes très divers, rendant toute ambition de classification délicate²¹⁷⁶. Autrement dit, la référence à la matière contractuelle est, de prime abord, difficilement lisible. La lecture des solutions rendues par les juridictions criminelles accentue, d'autre part, l'incertitude. L'une des contradictions les plus flagrantes

²¹⁷⁴ A. Franck, *Philosophie du droit pénal*, Germer Baillière, 1864.

²¹⁷⁵ V. *supra*, n° 9.

²¹⁷⁶ V. *supra*, n° 13.

réside dans l'indifférence formulée à la validité d'un contrat pour des infractions pour lesquelles la jurisprudence affirme parallèlement le besoin de s'en remettre aux règles contractuelles de preuve. Pour d'autres infractions, le juge pénal se contente au contraire d'un contrat nul et prouvé conformément aux règles probatoires applicables à tout élément constitutif d'une infraction. Ce seul constat ne peut satisfaire, et commande une rationalisation générale des solutions tant législatives que jurisprudentielles.

599. Une rationalisation nécessaire. La diversité des schémas infractionnels ainsi que la disparité des solutions jurisprudentielles, ne sont ignorées par la doctrine qui dresse régulièrement le constat des points du régime contractuel méconnus par le droit pénal. Cette présentation aurait pu à nouveau être effectuée et illustrée par différents exemples. Cependant, une question jusqu'alors sans réponse se dessinait : si le contrat en droit pénal n'est pas le même qu'en droit civil, en quoi consiste-t-il lorsqu'il est la composante d'une infraction ? Il s'est donc agi de déterminer de manière positive le seuil à partir duquel le contrat permet de consommer l'infraction. L'appel communément effectué à l'autonomie du droit pénal ne pouvait à cette fin suffire.

600. L'insuffisance du recours à l'autonomie technique. La mise à l'écart de certaines règles du régime contractuel est pourtant régulièrement citée pour illustrer les marques d'autonomie du droit pénal dans son acception technique²¹⁷⁷. Ce dernier ferait ainsi montre d'autonomie dans la prise en compte de concepts extra-pénaux parmi lesquels figure le contrat. Ce constat, certes incontestable –le droit pénal ignore effectivement certaines règles du régime contractuel–, demeure toutefois dénué de toute vertu explicative. D'abord, si l'autonomie technique permet d'exprimer l'indifférence à la validité du contrat par exemple, elle ne permet ni de justifier, ni de condamner, le régime probatoire façonné par la jurisprudence. L'on ne peut, à ce stade, qu'affirmer tantôt que le droit pénal est autonome – lorsqu'il rejette le régime probatoire de l'acte juridique– tantôt qu'il ne l'est pas –lorsqu'il l'applique. Ensuite, c'est d'un point de vue général qu'une explication cohérente ne peut être trouvée par la seule autonomie technique : la présence du contrat dans une matière qui lui est par essence étrangère impose de dépasser le constat de ce qu'il n'est pas. A cette fin, le recours à la finalité classique du droit pénal se révèle décisif.

²¹⁷⁷ V. *supra*, n° 16.

601. La nécessité d'une sélection fonctionnelle. L'appel à la finalité du droit pénal permet de fournir l'éclairage nécessaire à la rationalisation des marques d'autonomie technique couramment mises en exergue. En refusant de transposer l'ensemble du régime contractuel au droit pénal tant au stade de la formation qu'en cas d'inexécution du contrat, le droit positif formule le principe d'une sélection. Plus exactement, si le régime contractuel ne peut être écarté en son entier, à défaut de quoi la référence au contrat dans les textes d'incrimination n'aurait plus aucun sens, une sélection des règles contractuelles doit être proposée. Une approche fonctionnelle de ces dernières permet alors l'énoncé d'une telle sélection. Toutes les dispositions relatives au contrat ne disposent pas d'un même rôle, certaines d'entre elles n'ayant pour seule fonction que d'assurer la finalité indemnitaire propre au droit contractuel. Le droit pénal ne peut qu'alors refuser de soumettre la consommation de l'infraction au constat de celles-ci pour ne requérir que les règles nécessaires à sa propre finalité. Le contrat en droit pénal peut alors apparaître à l'aune de cette sélection en passant les différentes règles du régime contractuel au filtre d'un critère fonctionnel : seules celles permettant d'assurer la fonction du droit pénal doivent être retenues.

La ratification de la distinction consacrée en droit civil entre la phase de formation et l'inexécution du contrat concrétise cette proposition. Pour identifier la première, il convient d'opérer une sélection des *conditions* attachées à cette phase pour ne retenir que celles dont la fonction permet d'assurer la finalité du droit pénal. Pour identifier la seconde, il faut mener un tri des *comportements* contractuellement réparables pour ne sélectionner que ceux permettant au droit pénal d'assurer sa fonction. Finalement, l'une comme l'autre opération prend appui de manière déterminante sur le droit positif et suppose uniquement la remise en question de certaines décisions inacceptables.

602. La sélection des conditions contractuelles. Le législateur, en visant la conclusion d'un contrat comme élément constitutif d'une infraction, impose une référence à la matière contractuelle. Toutefois, pareille référence n'est et ne peut être absolue. La rédaction des incriminations ainsi que l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence imposent en effet le principe d'une sélection : toutes les conditions associées à la phase de formation du contrat ne sont pas requises pour caractériser le contrat-élément constitutif d'une infraction, autrement dit l'élément contractuel. Toutefois, affirmer cela ne permet pas de déterminer la manière dont la sélection s'opère. Il faut alors recourir à la finalité du droit pénal pour que la clé de la rationalisation apparaisse. Un tri fonctionnel des conditions relatives à la formation du contrat en droit pénal doit ainsi être opéré pour exclure du contrat en droit pénal les

conditions dont la fonction demeure étrangère à la finalité de la matière. Or, les conditions relatives à la formation du contrat peuvent être répertoriées en deux principales catégories. Certaines relèvent de l'identification de l'opération contractuelle, d'autres façonnent le contrat pour qu'il produise ses effets juridiques sans heurts. Deux types de conditions coexistent donc au stade de la formation : les unes permettent de reconnaître le contrat, les autres de le rendre efficace. La finalité du droit pénal apporte alors la pertinence de cette dichotomie dans l'appréhension de la notion de contrat en droit pénal. Parmi les conditions associées à la formation du contrat en droit civil, celles relevant de son efficacité ont pour seul but de lui faire produire ses effets juridiques. Par suite, indispensables au prononcé des mesures prévues par le régime contractuel, ces conditions ne servent que la finalité du droit contractuel et non celle du droit pénal. La présentation confuse du droit positif trouve alors un éclairage rationnel dans cette distinction fonctionnelle : indifférent à la réalisation de ses effets juridiques, le droit pénal doit s'en tenir aux conditions relevant de la seule identification du contrat.

603. Les conditions contractuelles sélectionnées. Si le contrat peut, en droit pénal, être différent, il n'en doit pas moins être. Cela signifie que la consommation d'une infraction pour laquelle le législateur vise un contrat suppose d'identifier une opération contractuelle. Derrière son apparente simplicité, la nécessité de caractériser les conditions d'identification du contrat révèle inévitablement une dualité : le contrat, avant d'être qualifié de vente par exemple, doit être qualifié de contrat.

La référence au droit civil se révèle alors d'abord essentielle pour déterminer les conditions permettant d'identifier la présence d'un contrat. A cette fin, la proposition pénale classique du renvoi à la simple apparence doit se voir substituée la détermination d'une notion d'existence applicable au contrat ; une distinction entre les conditions d'existence et de validité permet en effet d'expliquer rationnellement les particularités décelées non seulement dans les décisions jurisprudentielles mais également dans les incriminations. Le contrat en droit pénal suppose ainsi que seules les conditions permettant au contrat d'exister soient réunies.

Ensuite, et dans la mesure des précisions des incriminations, le juge pénal se soumet à la qualification spéciale *du* contrat, succédant à celle, plus générale, *de* contrat. La référence à la matière civile, naturelle au stade de l'identification de l'élément contractuel, se fait alors dans une double mesure. D'une part, le juge pénal se voit imposer avec plus ou moins de souplesse la référence au droit contractuel, selon les directives du législateur : la référence à

un contrat nommé commande une précision à laquelle la mention d'une situation contractuelle innommée substitue la souplesse. D'autre part, la référence à la matière civile s'effectue dans la limite de l'identification du contrat. En effet, dès lors que la portée de la règle ne se limite pas à cette identification mais participe à son efficacité, le juge pénal doit y rester indifférent. Plus généralement, les conditions associées à la seule efficacité du contrat doivent être exclues de la notion pénale de contrat.

604. Les conditions contractuelles exclues. En principe indifférent à la finalité indemnitaire du droit contractuel, le droit pénal ne peut être tributaire de considérations uniquement consacrées à faire produire au contrat ses effets sans heurts. Le droit pénal devrait alors logiquement procéder à l'exclusion des règles de validité, d'opposabilité et de preuve.

En premier lieu, l'indifférence aux conditions de régularité du contrat fait l'objet d'un consensus du droit positif, qui rejette la prise en compte tant des conditions de validité que de celles assurant au contrat son opposabilité aux tiers. Si le principe de l'indifférence est acquis, sa portée devait toutefois être circonscrite. En effet, d'une part, affirmer que la validité du contrat ne fait pas partie des conditions de la notion pénale de contrat ne résout pas la question de l'impact de son anéantissement rétroactif. Il fallait alors déterminer dans quelle mesure ce dernier peut affecter l'existence ou la qualification –bref l'identification du contrat– afin d'établir son effet sur l'élément contractuel de l'infraction. D'autre part, la mention parfois faite au préjudice individuel d'une victime dans certaines incriminations imposait d'établir les conséquences de l'irrégularité du contrat sur cette condition.

En second lieu, si dans la plupart des cas le droit positif formule clairement le rejet des conditions relevant de l'efficacité du contrat –la validité ou l'opposabilité–, la position de la jurisprudence à l'égard de la preuve du contrat reste en revanche beaucoup plus réservée et ne peut emporter l'adhésion. La formulation d'un régime probatoire « hybride » ne peut en effet être acceptée pour plusieurs raisons. La solution contrevient d'une part à la sélection fonctionnelle des conditions de formation : prouver le contrat ne permet en aucun cas de l'identifier mais seulement de faire que l'identification préalable acquière une force permettant au contrat de produire ses effets juridiques. Or, la fragilité de ses fondements d'autre part abonde dans le sens de sa suppression. Une notion pénale de contrat peut alors être présentée. En considérant que le contrat, intégré dans l'infraction, doit se défaire de ses exigences civiles d'efficacité, les règles de preuve, à l'instar de celles relatives à sa validité ou son opposabilité, doivent rester à l'écart du prétoire pénal. L'élément contractuel devrait dès

lors être soumis, à l'instar des autres composantes de l'infraction, au régime probatoire pénal, soit au principe de la liberté de la preuve.

En définitive, le contrat en droit pénal n'est pas une parfaite copie du contrat en droit civil puisqu'il ne requiert que les conditions participant à son identification, à l'exclusion de celles assurant son efficacité. Une notion pénale de contrat apparaît ainsi par la mise en œuvre d'un critère sélectif reposant sur une approche fonctionnelle des conditions associées à la formation du contrat. Une même sélection par le prisme de la fonction du droit pénal permet également une présentation rationnelle des marques d'autonomie à l'égard du contrat envisagé au stade de son inexécution. Le critère fonctionnel trouve alors à s'appliquer non plus aux conditions de formation du contrat mais aux comportements d'inexécution contractuelle.

605. La sélection des comportements contractuels. Le droit pénal ne sanctionne pas tous les comportements constitutifs d'une inexécution contractuelle, puisqu'il n'existe pas d'équivalent pénal à l'article 1147 du Code civil. Le constat, finalement aussi logique que rassurant, ne pouvait pour autant suffire. Le nombre incalculable d'infractions potentiellement concernées par une comparaison avec la violation d'un contrat se conjugue avec la diversité des formules infractionnelles utilisées : si initialement le droit pénal rendait visible son refus de sanctionner tout fait générateur de responsabilité contractuelle, l'évolution de la matière supprime toute lisibilité.

Classiquement en effet, législateur et jurisprudence intègrent l'inexécution contractuelle dans l'infraction en exigeant un comportement intentionnel et attentatoire à une valeur sociale collective. A s'en tenir à cette présentation, une sélection paraissait pouvoir être aisément identifiée parmi les faits générateurs de responsabilité contractuelle. Cela supposait toutefois d'ignorer les évolutions du droit pénal, qui non seulement semble modifier les valeurs dignes d'intérêt mais envisage également désormais de nombreuses infractions pour lesquelles il est impossible de déceler une quelconque différence entre le fait délictueux pénal et le fait d'inexécution contractuelle. Le Code de la consommation ou encore le Code du travail prévoient en effet nombre d'infractions pour lesquelles le législateur se contente de sanctionner pénalement une disposition décrivant la méconnaissance d'une obligation contractuellement qualifiable. Ces infractions dites de renvoi n'offrent alors naturellement aucune possibilité de dissociation. Ainsi, à l'instar de la phase de formation, aucune présentation rationnelle de l'inexécution contractuelle en droit pénal ne découle, de prime abord, de l'observation du droit positif.

Le recours à la finalité pénale permet alors à nouveau de dépasser ce constat puisque tout fait générateur de responsabilité contractuelle ne permet pas au droit pénal d'atteindre sa finalité. Une sélection devient alors visible, qui consiste à ne retenir que les inexécutions caractérisant l'atteinte à une valeur sociale collective. Le droit positif peut alors être interprété à la lumière de cette sélection fonctionnelle. Pareille atteinte existe en effet quelle que soit l'infraction en cause, qui se manifeste par un procédé dual. D'une part, le législateur opère la sélection des inexécutions contractuelles en fonction de la gravité de la violation, laquelle est établie par une spécificité non seulement morale mais également matérielle du fait délictueux. L'inexécution contractuelle peut ainsi d'abord être définie comme la violation intentionnelle d'une obligation contractuelle fondamentale. D'autre part, lorsque le comportement pénalement sanctionné ne recèle visiblement aucune spécificité, une véritable atteinte à une valeur collective peut être malgré tout constatée. La sélection des comportements d'inexécution contractuelle ne repose cependant plus sur le fait de violation mais sur la vocation collective de l'obligation dont la violation est pénalement sanctionnée. Le droit pénal envisage des inexécutions contractuelles sans leur imprimer une quelconque spécificité dans la mesure où les obligations sanctionnées sont elles-mêmes porteuses de la finalité du droit pénal. Une sélection fonctionnelle apparaît ainsi, permettant de déceler une notion d'inexécution contractuelle pénalement répréhensible caractérisée tantôt par la particularité de la violation tantôt par la singularité de l'obligation dont la violation est pénalement sanctionnée.

Seule cette sélection fonctionnelle permet alors, dans un second temps, d'expliquer l'une des solutions les plus contestées de la jurisprudence criminelle, qui consiste à exclure les règles contractuelles du régime de la réparation de l'infraction d'inexécution contractuelle. Il fallait en effet remarquer que le droit pénal maintient sa volonté de particulariser l'inexécution pénale du contrat au stade de la réparation du préjudice causé par ce type d'infractions. En rejetant toutes considérations contractuelles de l'action civile exercée devant le juge pénal, alors même que cette action a pour finalité principale la réparation, la jurisprudence, en cela implicitement soutenue par le législateur, ne pouvait qu'être remarquée. Plutôt que de condamner fermement pareille solution, comme la doctrine le propose couramment, il paraissait opportun de chercher à l'expliquer. A cette fin, la mise en exergue d'une sélection fonctionnelle de l'inexécution pénale du contrat permet, au stade de la réparation, de faire cesser l'hostilité. D'une part, l'ignorance des règles contractuelles se justifie. En effet, l'action civile, certes réparatoire, n'en demeure pas moins accessoire à l'action publique et par suite, au fait délictueux de l'infraction. Or, le particularisme de l'inexécution contractuelle

pénalement répréhensible explique que le régime du préjudice en découlant ne puisse être associé aux règles contractuelles. D'autre part, l'ignorance des règles contractuelles est « indolore » puisque le particularisme constaté au stade de la constitution des infractions contractuelles concernées provoquerait, en application des règles contractuelles, des solutions absolument identiques à celles proposées par le juge pénal sur le fondement délictuel. Le droit pénal refuse ainsi, et ce, quel que soit le stade auquel le contrat est pris en compte, de faire du contrat en droit pénal, l'exacte réplique du contrat tel qu'entendu en matière civile. Le contrat n'est ainsi pris en compte qu'en tant que fait social c'est-à-dire en tant qu'il peut occasionner des comportements blâmables, justifiant l'intervention du droit pénal.

606. Le contrat en droit pénal, une union libre. En définitive, que le contrat soit visé parmi les éléments constitutifs d'une infraction au stade de sa formation ou par le biais de sa violation, le droit pénal refuse une transposition pleine et entière du régime contractuel. Tout en acceptant, de manière significative, de prendre en compte cette institution du droit civil, législateur et jurisprudence imposent une véritable sélection des règles applicables en matière contractuelle qui s'effectue grâce à la mise en oeuvre d'un critère fonctionnel : sont exclus les conditions et les comportements contractuels incompatibles avec la finalité du droit pénal. La mise en oeuvre du critère fonctionnel de sélection permet alors d'identifier d'une part la notion pénale de contrat et d'autre part, l'inexécution du contrat en droit pénal. Dans les deux cas, sans nier la présence du contrat dans l'infraction –une union existe donc– le droit pénal refuse de se soumettre au régime légal du contrat –leur rapport ne peut ainsi s'apparenter à un véritable mariage. Il ne s'agit pour autant pas d'en conclure qu'il constitue une union forcée puisque le droit pénal, loin de se perdre dans une confusion avec la protection d'une relation contractuelle strictement privée affirme au contraire avec vigueur la nécessité d'appréhender le contrat à l'aune de la finalité de la matière. Les liens qu'entretiennent le contrat et l'infraction doivent alors être présentés comme une forme d'union libre permettant d'affirmer que le droit pénal accepte d'associer sa sanction à une institution aussi fondamentale que le contrat, mais en lui imprimant des spécificités imposées par la spécialité de sa fonction. L'importation, en droit pénal, d'une institution présentée comme lui étant par essence étrangère ne signifie donc pas qu'il doit abandonner sa raison d'être, au contraire. Ce constat peut rassurer l'observateur inquiet des confusions dénoncées entre les disciplines et invite à être transposé à d'autres concepts extra-pénaux que la matière pénale ne peut ignorer.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages, manuels et traités

A. Histoire, généralités, théorie générale, sociologie et droit étranger

Accarias C., *Précis de droit romain*, éd. Cotillon, 1882.

Bergel J.-L., *Méthodologie juridique*, PUF, 2001.

Bosly H.-D., *Les infractions contre les biens*, Larcier, 2008.

Bueres A.-J., *Objeto del negocio juridico*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

Cambier C., *Droit judiciaire civil*, Larcier, 1972-1973.

Carbasse J.-M., *Introduction historique au droit pénal*, PUF, 1990.

Carbasse J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^{ème} éd., PUF, 2006.

Carbonnier J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2001.

Carbonnier J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, rééd. 2006.

Cornu G. (ss la dir. de), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 9^{ème} éd., PUF, 2011.

Cornu G., *Linguistique juridique*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2005.

De Page H., *Traité élémentaire de droit civil belge. T. II, Les incapables. Les obligations*, 3^{ème} éd., Bruylant, 1964.

Gazzaniga J.-L., *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992.

Gény F., *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. III, Elaboration technique du droit positif*, Dalloz, 1921.

Giffard A., Villers R., *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, 4^{ème} éd., Dalloz, 1976.

Girard P.-F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} éd., Rousseau, 1929.

Guillien R., *Lexique des termes juridiques*, 15^{ème} éd., Dalloz, 2005.

Guinchard S., Montagnier G. (sous la direction de), *Lexique de termes juridiques*, 15^{ème} éd., Dalloz, 2005.

Lévy J.-Ph., Castaldo A., *Histoire du droit civil*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2010.

Littré E., *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1877.

Monier R., *Manuel élémentaire et de droit romain*. T. II, 3^{ème} éd., Loviton, 1944.

Ourliac P., de Malafosse J., *Histoire du droit privé*. T. I, *Les obligations*, 2^{ème} éd., PUF, 1969.

Perelman C., *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1999.

Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1949.

Roland H., Boyer L. , *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999.

Rouland N., *Anthropologie juridique*, PUF, 1988.

Samet C., *La naissance de la notion d'abus de confiance dans le ressort du Parlement de Paris au cours du XVIIIe siècle*, PUF, 1989.

Supiot A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, 2^{ème} éd., Seuil, 2009,

Tulkens F., Van de Kerchove M., *Introduction au droit pénal*, 8^{ème} éd., Klumer, 2007.

Von Liszt F., *Traité de droit pénal allemand*, traduit de la 17^{ème} édition allemande (1908) par R. Lobstein, V. Griard et E. Brière, 1911.

Weir T., *International Encyclopedia of comparative law*, vol. XI, chap. 12, *Complex abilities*.

B. Droit pénal

Bernardini R., *Droit pénal général*, Gualino, 2003.

Bouloc B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd., Dalloz, 2011.

Bouzat P., *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Dalloz, 1951.

Bouzat P., Pinatel J., *Traité de droit pénal et de criminologie*, T. II, Dalloz, 1975.

Chauveau A., Hélie F., *Théorie du Code pénal*, T.V, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1887.

Coereut A. et Fortis E., *Droit pénal du travail*, 4^{ème} éd., Litec, 2008.

Conte Ph., *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd., Litec, 2007.

- Conte Ph., Jeandidier W.**, *Droit pénal des sociétés commerciales*, Litec, 2004.
- Conte Ph., Maistre du Chambon P.**, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., A. Colin, 2004.
- Decocq A.**, *Droit pénal général*, A. Colin, 1971.
- Delmas-Marty M., Giudicelli-Delage G.**, *Droit pénal des affaires*, 4^{ème} éd., PUF, 2000.
- Desportes F., Le Gunehec F.**, *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Economica, 2009.
- Donnedieu de Vabres H.**, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 1938.
- Doucet J.-P.**, *Précis de droit pénal général*, éd. Fac. Dr Liège, 1976.
- Dreyer E.**, *Droit pénal général*, Litec, 2010.
- Dreyer E.**, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2008.
- Garçon E.**, *Code pénal annoté*, T. I, 1^{ère} éd., Sirey, 1901-1906.
- Garçon E.**, *Code pénal annoté*, T. III, 2^{ème} éd. par Rousselet, Patin et Ancel, Sirey, 1959.
- Garçon E. et Peltier V.**, *Droit de la peine*, Litec, 2010.
- Garraud R.**, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*. T. III, 3^{ème} éd., Sirey, 1916.
- Garraud R.**, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T. V, 3^{ème} éd., Sirey, 1924.
- Garraud R.**, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T. VI, 3^{ème} éd., Sirey, 1935.
- Garraud R.**, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., Sirey, 1912.
- Gauthier P., Lauret B.**, *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., Economica, 1996.
- Jeandidier W.**, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Montchrestien, 1991.
- Jeandidier W.**, *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2005.
- Jousse D.**, *Traité de justice criminelle*. T. IV, Debure, 1771.
- Lepage A., Maistre du Chambon P., Salomon R.**, *Droit pénal des affaires*, 2^{ème} éd., Litec, 2010.
- Larguier J., Conte Ph.**, *Droit pénal des affaires*, 11^{ème} éd., A. Colin, 2004.
- Malabat V.**, *Droit pénal spécial*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2011.
- Mayaud Y.**, *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., PUF, 2010.
- Merle R., Vitu A.**, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Cujas, 1997.
- Merle R., Vitu A.** *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, par Vitu A., Cujas, 1982.
- Muyart de Vouglans P.-F.**, *Institutes au droit criminel*, Imprimerie Le Breton, 1757.
- Ollard R., Rousseau F.**, *Droit pénal spécial*, Bréal, 2011.

Pin X., *Droit pénal général*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2010.

Pradel J., *Droit pénal général*, 18^{ème} éd., Cujas, 2010.

Pradel J., *Traité de droit pénal général et de sciences criminelles comparées. Droit pénal général*, 12^{ème} éd., Cujas, 1999

Puech M., *Droit pénal général*, Litec, 1988.

Rassat M.-L., *Droit pénal spécial. Infractions du Code pénal*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2011.

Robert J.-H., *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., PUF, 2005.

Robert J.-H., Matsopoulou H., *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004

Roux J.-A., *Cours de droit criminel français*, 2^{ème} éd., Sirey, 1927.

Stasiak F., *Droit pénal des affaires*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2009.

Véron M., *Droit pénal spécial*, 13^{ème} éd., Sirey, 2010.

Vouin R., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 1953.

Vouin R., *Droit pénal général*, n. de Cours, 1965-1966.

C. Droit civil

Antonmattei P -H., Raynard J., *Droit civil. Contrats spéciaux*, 6^{ème} éd., Litec, 2008.

Aubert J.-L., Savaux E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 13^{ème} éd., Sirey, 2010.

Aubry C., Rau C., *Cours de droit civil français*, T. IV, 6^{ème} éd. par E. Bartin, Ed. techniques, 1942.

Aubry C., Rau C., *Cours de droit civil français*, T. XII, 6^{ème} éd., par P. Eismein, Marchal et Billard, 1958.

Aubry C., Rau C., *Droit civil français. Responsabilité délictuelle*, T. IV-2, 8^{ème} éd. par N. Dejean de la Bâtie, Librairies techniques, 1989.

Battifol H., *Traité élémentaire de droit international privé*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1959.

Bénabent A., *Droit civil. Les obligations*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2010.

Bénabent A., *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2011.

Beudant Ch., Lerebours-Pigeonnière P., *Cours de droit civil français*, T. VIII, 2^{ème} éd. par G. Lagarde, Rousseau, 1936.

Brun Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2^{ème} éd., Litec, 2009.

Bugnet M., *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, T. II, *Eloge de Pothier, Traité des obligations, De la prestation des fautes*, H. Plon, Coss et Marchal, 1861, in *Traité des obligations*, Première partie.

Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., *Droit des sûretés*, 9^{ème} éd., Litec, 2010.

Carbonnier J., *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, 1^{ère} éd., PUF/Quadrige, 2004.

Carbonnier J., *Droit civil. Les biens. Les obligations*, 1^{ère} éd., PUF/Quadrige, 2004.

Collart Dutilleul F., Delebecque Ph., *Contrats civils et commerciaux*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2011.

Conte Ph., Maistre du Chambon P., *La responsabilité civile délictuelle*, 3^{ème} éd., PUG, 2000.

Demogue R., *Traité des obligations en général. T. II*, Rousseau, 1923.

Demogue R., *Traité des obligations en général. T. V*, Rousseau, 1925.

Demolombe Ch., *Cours de code Napoléon, XIX, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général. T. I*, Lahure, 1877.

Demolombe Ch., *Cours de Code Napoléon, XXV. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général. T. II*, Lahure, 1879.

Demolombe Ch., *Cours de code Napoléon. XXIX. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, T. VI*, Durand, 1879.

Duvergier J.-B., *Lois et décrets. T. XVI*, 2^{ème} éd., 1836.

Fabre-Magnan M., *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, 2^{ème} éd., PUF, 2010.

Fabre-Magnan M., *Droit des obligations 2-Responsabilité civile et quasi-contrats*, 2^{ème} éd., PUF, 2010.

B. Fages, *Droit des obligations*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2011.

Flour J., Aubert J.-L., Savaux E., *Droit civil. Les obligations. 1-L'acte juridique*, 14^{ème} éd., par E. Savaux, Dalloz, 2010.

Flour J., Aubert J.-L., Savaux E., *Droit civil. Les obligations. 2-Le fait juridique*, 14^{ème} éd., Dalloz, 2011.

Flour J., Aubert J.-L., Savaux E., *Droit civil. Les obligations. 3-Le rapport d'obligation*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2011.

Ghestin J., Goubeaux G., Fabre-Magnan M., *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1994.

Ghestin J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993.

Ghestin J., Jamin C., Billiau M., *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001.

Gross B., Birh Ph., *Contrats. T. I. Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2^{ème} éd., PUF, 2002.

Hauser J., Huet-Weiller D., *Traité de droit civil. La famille*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1993.

Josserand L., *Cours de droit civil positif français, Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*, T. II, 3^{ème} éd., Sirey, 1939.

Larroumet Ch., *Droit civil. T. III, Les obligations. Le contrat. 1^{ère} partie, Conditions de formation*, 6^{ème} éd., Economica, 2007

Larroumet Ch., *Droit civil. T. III, Les obligations. Le contrat. 2^e partie, Effets*, 6^{ème} éd., Economica, 2007.

Lemouland J., *Droit de la famille*, Dalloz-action 2008/2009, sous la direction de P. Murat.

Le Tourneau Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8^{ème} éd., Dalloz-action, 2010.

Mainguy D., Respaud J.-L., *Droit des obligations*, Ellipses, 2008.

Maistre du Chambon P., *Le régime des obligations civiles*, PUG, 1992.

Malaurie Ph., *Les successions. Les libéralités*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2010.

Malaurie Ph., Aynès L., Crocq P., *Les sûretés. La publicité foncière*, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011.

Malaurie Ph., Aynès L., Gautier P.-Y., *Les contrats spéciaux*, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011.

Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., *Les obligations*, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011.

Malaurie Ph., Fulchiron H., *La famille*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2011.

Malinvaud Ph., *Introduction à l'étude du droit*, 13^{ème} éd., Litec, 2011.

Malinvaud Ph., Fenouillet D., *Droit des obligations*, 11^{ème} éd., Litec, 2010.

Marty G., Raynaud P., *Les obligations. T. I, Les sources*, 2^{ème} éd., Sirey, 1988.

Marty G., Raynaud P., Jestaz Ph., *Les sûretés. La publicité foncière*, 2^{ème} éd., Sirey, 1987.

Mazeaud H. et L. et Tunc A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle. T. I*, 6^{ème} éd., Montchrestien, 1970.

Mazeaud H., L. et J., Chabas F., *Leçons de droit civil. Théorie générale. 1. Obligations*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998.

Mazeaud H., L. et J., *Leçons de droit civil. T. III, Livre II, Principaux contrats. 1. Vente et échange*, 7^{ème} éd. par M. de Juglart, Montchrestien, 1987

Piette G., *Droit des sûretés. Sûretés personnelles, sûretés réelles*, 5^{ème} éd., Gualino éditeur, 2011.

Planiol M. et Ripert G., *Traité pratique de droit civil Français. T.I, Les personnes*, 2^{ème} éd., par R. Savatier, LGDJ, 1952.

Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil, T. II, Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, 5^{ème} éd., LGDJ, 1909.

Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil, T. II, Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, 8^{ème} éd., LGDJ, 1921.

Roland H., Boyer L., *Introduction au droit*, Litec, 2003.

Sériaux A., *Droit des obligations*, 2^{ème} éd., PUF, 1998.

Simler Ph., Delebecque Ph., *Droit civil. Les sûretés, la publicité foncière*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2009.

Terré F., Fenouillet D., *Les personnes. La famille. Les incapacités*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2005.

Terré F., *Introduction générale au droit*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2009.

Terré F., Lequette Y., *Les successions. Les libéralités*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1996.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil. Les obligations*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2009.

Troplong M., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, T. XIV, 1845.

Viney G., *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2008.

Viney G., Jourdain P., *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2006.

Viney G., Jourdain P., *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2010.

D. Droit commercial

Cozian M., Viandier A., Deboissy F., *Droit des sociétés*, 24^{ème} éd., Litec, 2011.

Houtcieff D., *Droit commercial : Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, instruments de paiement et de crédit*, 2^{ème} éd., Sirey, 2008.

Le Cannu P., Dondero B., *Droit des sociétés*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 2009.

Pothier R.-J., *Traité du contrat de société. Traité de droit civil et de jurisprudence française*. T. II, Letellier, 1781.

Rives-Langes J.-L., Contamine-Raynaud M., *Droit bancaire*, 5^{ème} éd., Dalloz, 1995.

E. Droit social

Camerlynck G.-H., *Traité de droit du travail*. T. I, *Le contrat de travail*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1984.

Durand P., Vitu A., *Traité de droit du travail*. T. II, Dalloz, 1950.

Gaudu F., Vatinet R., *Traité des contrats. Les contrats de travail*, LGDJ, 2001.

Pélissier J., Auzero G., E. Dockès, *Droit du travail*, 26^{ème} éd., Dalloz, 2012.

Pélessier J., Lyon-Caen A., Jeammaud A., Dockès E., *Les grands arrêts du droit du travail*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2008.

Rivero J., Savatier J., *Droit du travail*, 13^{ème} éd., PUF, 1993.

F. Droit processuel

Beauchard J., *Droit et pratique de la procédure civile*, 6^{ème} éd., Dalloz-action, 2009.

Boré J., Boré L., *La cassation en matière civile*, 4^{ème} éd., Dalloz-action, 2008.

Boré J., Boré L., *La cassation en matière pénale*, 3^{ème} éd., Dalloz-action, 2011.

Bouloc B., *Procédure pénale*, 22^{ème} éd., Dalloz, 2010.

Cadiet L., Jeuland E., *Droit judiciaire privé*, 7^{ème} éd., LexisNexis, 2011.

Conte Ph., Maistre du Chambon P., *Procédure pénale*, 4^{ème} éd., A. Colin, 2002.

Croze H., Morel H., *Procédure civile*, PUF, 1988.

Desportes F., Lazerges-Cousquer L., *Traité de procédure pénale*, Economica, 2009.

Garraud R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, T. I, Sirey, 1907.

Guinchard S., Buisson J., *Procédure pénale*, 7^{ème} éd., LexisNexis, 2011.

Guinchard S., Ferrand F., Chainais C., *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30^e éd., Dalloz, 2010.

Hélie F., *Pratique criminelle des cours et tribunaux. T. I, Code d'instruction criminelle*, 5^{ème} éd. par J. Brouhot, Librairie de la Cour de cassation, 1951.

Hélie F., *Traité de l'instruction criminelle en France*, T. I, Plon, 1871.

Mangin J., *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, T. I, par A. Sorel, Larose, 1876.

Merle R. et Vitu A., *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 5^{ème} éd., Cujas, 2001.

Pradel J., *Procédure pénale*, 16^{ème} éd., Cujas, 2011.

Rassat M.-L., *Traité de procédure pénale*, PUF, 2002.

Trébutien E., *Cours élémentaire de droit criminel*, T. II, *Instruction criminelle*, 2^{ème} éd., par Laisné-Deshayes et Guillouard, Lahure, 1884.

II. Ouvrages spécialisés, thèses et monographies

Ambroise-Castérot C., *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, th. Bordeaux IV, 2000.

Arrighi J.-P., *Apparence et réalité en droit privé*, th. Nice, 1974.

Aubert J.-L., *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970, préf. J. Flour.

Auger D., *Droit de propriété et droit pénal*, PUAM, 2005, préf. S. Cimamonti.

Avanzini I., *Les obligations du dépositaire. Contribution à l'étude du contrat de dépôt*, Litec. Bibliothèque du droit de l'entreprise, 2007, préf. Ch. Jubault.

Bastian D., *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, th. Paris, 1929

Battifol H., *Les conflits de loi en matière de contrats*, Sirey, 1938.

Beaussonie G., *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal : contribution à la protection pénale de la propriété*, th. Toulouse-Capitole, 2009.

Bénéjat M., *La responsabilité pénale professionnelle*, th. Bordeaux IV, 2010.

Bergel J.-L., *Vices et vertus de la législation par référence*, PUAM, 1997.

Bertrand F., *L'opposabilité du contrat aux tiers*, th. Paris II, 1979.

Birh Ph., *Le droit pénal de la construction*, th. Nancy, 1969.

Bloch C., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz « NBT », 2008.

Boccara B., *Dol civil et dol criminel dans la conclusion des contrats*, th. Paris, 1952.

Bonassies P., *Le dol dans la conclusion des contrats*, th. Lille, 1955

Bonfils Ph., *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, préf. S. Cimamonti.

Botton A., *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, LGDJ, 2010, préf. B. de Lamy.

Boy L., *L'intérêt collectif en droit français, (réflexions sur la collectivisation du droit)*, th. Nice, 1979.

Broudiscou M.-C., *Etude critique des liens entre l'action publique et l'action civile*, PUG, 1981.

- Brun A.**, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, th. Lyon, 1931.
- Brun A.**, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Economica, 1989.
- Bruschi M.**, *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Economica, 1997.
- Brusetti M.**, *Le droit pénal et les problèmes posés par la qualification de certains contrats modernes*, th. Grenoble, 1977.
- Cadène J.**, *La preuve en droit pénal, essai d'une théorie générale*, th. Montpellier, 1963.
- Calais-Auloy J.**, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, LGDJ, 1959.
- Campana A.**, *La jurisprudence en droit pénal*, th. Aix-Marseille, 2009.
- Carval S.**, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, préf. G. Viney .
- Cerf-Hollender A.**, *Le déclin du principe de la légalité criminelle en droit pénal du travail*, th. Montpellier I, 1992.
- Chagny M.**, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz « NBT », 2004.
- Chassagnard-Pinet S. et Hiez D. (sous la direction de)**, *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007.
- Conte, Ph.** *L'apparence en matière pénale*, th. Grenoble, 1984.
- Corlay P.**, *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession*, LGDJ, 1978.
- Cumyn M.**, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles*, LGDJ, 2002, préf. J. Ghestin.
- Dadoun A.**, *La nullité du contrat et le droit pénal*, LGDJ, 2011, préf. Y.-M. Serinet.
- Dana A.-C.**, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, préf. A. Decocq.
- Danis-Fatôme A.**, *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004, préf. G. Viney.
- Deboissy F.**, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ, 1997, préf. M. Cozian.
- Déchenaud D.**, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2008, préf. P. Maistre du Chambon.
- Décima O.**, *L'identité des faits en matière pénale*, Dalloz « NBT », 2008, préf. Ph. Conte.
- Delebecque Ph.**, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. dact., Aix-Marseille III, 1981.

Delmas-Marty M., Teitegen-Colly C., *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992.

Di Pinto Ch.-D., *Le détournement en droit pénal*, th. Nice, 2002.

Dreyer E., *Responsabilités civile et pénale des médias : presse, télévision, Internet*, 2^{ème} éd., Litec, 2008.

Drogoul F., *Essai d'une théorie générale des nullités*, th. Aix 1902.

Duclos J., *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, LGDJ, 1984, préf. D. Martin.

Durand F., *L'apparence en droit fiscal*, LGDJ, 2009, préf. T. Schmitt, Avant-propos de F. Deboissy.

Durand P., *Les conventions d'irresponsabilité*, th. Paris, 1931.

Essaïd M.-J., *La présomption d'innocence*, th. Paris, 1969.

Faure-Abbad M., *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, LGDJ, 2003, préf. Ph. Rémy.

Foroufani D., *Le fardeau de la preuve en matière pénale*, Th. Paris, 1977.

Forray V., *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, LGDJ, 2007, préf. G. Pignarre.

Gassin R., *Problèmes actuels de science criminelle*, PUAM, 1991.

Génicon T., *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur.

Ghestin J., *La formation du contrat*, LGDJ, 1993.

Ghestin J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, 1963.

Ghozi A., *La modification de l'obligation*, LGDJ, 1980.

Gilli J.-P., *La cause juridique de la demande en justice. Essai de définition*, LGDJ, 1962.

Goldie-Génicon C., *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, préf. Y. Lequette.

Goutal J.-L., *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, LGDJ, 1987.

Grillet-Ponton D., *Essai sur le contrat innommé*, th. Lyon, 1982.

Griole G., *De l'autorité de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle*, A. Marescq aîné, 1868.

Guelfucci-Thibierge C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992, préf. J. Ghestin.

- Guenzoui Y.**, *La notion d'accord en droit privé*, LGDJ, 2009, préf. C. Hannoun.
- Guerriero M.-A.**, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, 1975, préf. J. Vidal.
- Haïk R.**, *Droit pénal des contrats*, Th. Paris XI, 2008.
- Haschke-Dournaux M.**, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, LGDJ, 2005, préf. P. Le Cannu, avant-propos G. Canivet.
- Hauser J.**, *Objectivisme et subjectivisme de l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, th. Paris, 1969.
- Huet J.**, *Observation sur la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, éd. Paris I, 2007.
- Huet J.**, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, th. Paris II, 1978.
- Huguency L.**, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, th. Dijon, 1904.
- Japiot R.**, *Des nullités en matière d'actes juridiques : essai d'une théorie nouvelle*, th. Dijon, 1909.
- Jault A.**, *La notion de peine privée*, LGDJ, 2005, préf. F. Chabas.
- Jobard-Bachelier M.-N.**, *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, LGDJ, 1984, préf. P. Lagarde.
- Joly-Sibuet E.**, *La restitution en droit pénal. De la dimension nouvelle d'un concept classique*, th. Lyon III, 1990.
- Lacaze M.**, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, 2010, préf. A. D'Hauteville.
- Lagarde X.**, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, 1994, Préf. J. Ghestin.
- Laithier Y.-M.**, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt.
- Lajus-Thizon E.**, *L'abus en droit pénal*, Dalloz « NBT », 2009, préf. Ph. Conte.
- de Lamy B.**, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, LGDJ, 2000, préf. G. Roujou de Boubée.
- Lascoumes P., Poncela P.**, *Réformer le Code pénal : où est passé l'architecte ?*, PUF, 1998.
- Le Tourneau Ph.**, *La règle nemo auditur...*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1970.
- Legros R.**, *L'élément moral dans les infractions*, th. Bruxelles, Sirey, 1952.
- Lemaire F.**, *Du détournement et de la dissipation frauduleux dans l'abus de confiance*, th. Paris, 1913.

Leroy J., *La constitution de partie civile à fins vindicatives (défense et illustration de l'article 2 du Code de procédure pénale)*, th. Paris XII, 1990.

Leveneux L., *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1990, préf. M. Gobert.

Lourd J., *Les modes de preuve de droit civil devant les juridictions répressives*, th. Montpellier, 1935.

Lucas de Leyssac M.-P., *Décision de justice civile et répression pénale*, th. Paris II, 1975.

Lucas-Puget A.-S., *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, 2005, préf. M. Fabre-Magnan.

Maistre du Chambon, P., *Les aspects modernes de l'obligation de faire. En droit pénal, civil et judiciaire*, th. Grenoble, 1980.

Malabat V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, th. Bordeaux IV, 1999.

Maréchal J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan 2003, préf. A. Prothais.

Mayaud Y., *Le mensonge en droit pénal*, L'Hermès, 1979.

Mazeaud D., *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, préf. J. Ghestin.

Mazeaud H., *La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit de l'article 1347 du Code civil*, th. Lyon, 1921.

Mekki M., *L'intérêt général et le contrat*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin.

Meyer N., *L'ordre public en droit du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, LGDJ, 2006, préf. J. Pélissier.

Muller M., *L'inexécution du contrat pénalement répréhensible*, th. Paris II, 1977.

Normand J., *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965, préf. R. Perrot.

Ollard R., *La protection pénale du patrimoine*, Dalloz « NBT », 2009.

Omar S., *Le résultat de l'infraction. Etude comparée, droit français, égyptien et musulman*, th. Paris 12, 1990.

Ottenhoff R., *Le droit pénal et la formation du contrat*, LGDJ, 1970, préf. H. Blaise.

Overstake J.-F., *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, préf., J. Brethe de la Gressaye.

- Pagnucco J.-C.**, *L'action sociale ut universi et ut singuli en droit des groupements*, LGDJ, 2006.
- Paillard B.**, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, 2007, préf. J.-H. Robert.
- Patarin J.**, *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*, th. Paris, 1951.
- Peglow K.**, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, LGDJ, 2003, préf. J.-B. Blaise
- Peltier V.**, *Le secret des correspondances*, PUAM, 1999.
- Pérochon F.**, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, Litec, 1988, avant-propos J.-Mousseron, préf. F. Derrida.
- Peterka N.**, *Les dons manuels*, LGDJ, 2001, préf. P. Catala.
- Piedelièvre J.**, *Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble*, th. Paris, 1911.
- Pin X.**, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, préf. P. Maistre du Chambon.
- Pinna A.**, *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, 2007, préf. P.-Y. Gautier.
- Pleniska C.**, *Analyse critique de la théorie des contrats réels*, th. Sirey, 1910.
- Quero G.**, *Contrats et abus de confiance*, Cujas, 1961.
- Quiévy J.-F.**, *Anthropologie juridique de la personne morale*, LGDJ, 2009, préf. D. Martin.
- Rias N.**, *Aspects actuels des liens entre les responsabilités civile et pénale*, th. Lyon III, 2006.
- Ripert G.**, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946.
- Ripert G.**, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1949.
- Ripert L.**, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, th. Paris, 1933.
- Rochfeld J.**, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin.
- Roland P.**, *Les contradictions du droit pénal et du droit civil : essai de solution du problème de l'autonomie du droit pénal*, th. Lyon, 1958 publiée par extraits in *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques*, Lyon II, 1972.
- Roubier P.**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, préf. D. Deroussin.
- Roubier P.**, *Le droit transitoire*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1960.
- Rouhette G.**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965
- Roujou de Boubée M.-E.**, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974.

Rousseau F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz « NBT », 2009, Préf., J.-C. Saint-Pau.

Roux J.-A., *Traité de la fraude dans la vente de marchandises*, Sirey, 1925.

Saenko L., *Le temps en droit pénal des affaires*, th. Paris I, 2008.

Saintourens B., *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, th. Bordeaux, 1986.

Saint-Pau J.-C., *L'anonymat et le droit*, th. Bordeaux IV, 1998.

Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, Mémoires du droit, 1914.

Sauphanor N., *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, 2000.

Savaux E., *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997, préf. J.-L. Aubert.

Starck B., *La responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947.

Sefton-Green R., *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, LGDJ, 2000, préf. J. Ghestin.

Serinet Y.-M., *Le régime comparé des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, th. Paris I, 1996.

Simler Ph., *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, 1969, préf. A. Weill.

Souleau I., *La prévisibilité du dommage contractuel*, th. Paris II, 1979.

Stéfani G. (sous la direction de), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Etudes de Droit criminel, Dalloz, 1956.

Stoffel-Munck Ph., *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, préf. R. Bout.

Stonestreet N., *La notion d'infraction pénale*, th. Bordeaux IV, 2009.

Tallon D., Harris D., *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987.

Terré, F. *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, préf. R. Le Balle.

Thellier de Poncheville B., *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010, préf. A. Varinard.

Tsarpalas A., *Le moment et la durée des infractions pénales*, LGDJ, 1967, préf. R. Vouin.

Tunc A., *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Economica, 1989.

Valoteau A., *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, PUAM, 2006, préf. P. Maistre du Chambon.

Viforeanu P., *Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé*, th. Paris, 1932.

Vouin R., *La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé*, th. Bordeaux, 1939.

Wester-Ouisse V., *Convention et juridiction pénale*, th. Paris I, 1999.

Wicker G., *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1996, préf. J. Amiel-Donat.

III. Articles et contributions

Adida-Canac H., *Actualité de l'inexistence des actes juridiques*, in Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, La documentation française 2005, p. 119.

Alt-Maës F., *L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain*, RSC 1987, p. 347.

Alt-Maes F., *Le PACS à l'épreuve du droit pénal*, JCP 2000. I. 275.

Ambroise-Castérot C., *Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité*, AJ. pén. 2005. 261.

Ambroise-Castérot C., *Le consentement en procédure pénale*, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : Mélanges offerts à J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 39.

Amrani-Mekki S., *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, LPA 12 et 13 août 2002, n° 160 et 161.

Ancel M., *Le problème de la victime dans le droit pénal positif et la politique criminelle*, *Revue int. crim. et pol. techn.* 1980, p. 133.

Ancel P., Fauvarque-Cosson B., *Droit comparé des contrats*, RDC 2004, p. 1087.

Ancel P., *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTDciv. 1999, p. 771.

Armand-Prévost M. et Richard D., *Le contrat déstabilisé - De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel*, JCP 1979. II. 2952.

Asencio S., *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, *Rev. sociétés* 2000, p. 683.

Atias Ch., *L'obligation de délivrance conforme*, D. 1991, p. 2.

Aubert J.-L., *Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité*, in *Le contrat au début du XXIe siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 19.

Aynès L., *La réforme du droit des sûretés par l'Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006*, D. 2006, p. 1289.

Azéma V., *Réflexions sur la distribution sélective*, in *Mélanges offerts à A. Chavanne : droit pénal, propriété industrielle*, Litec, 1990, p. 195.

Baron E., Claverie C. et Raymond M.-A., *Propositions pour un nouveau plan du Code pénal*, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 17.

Bastit M., *Suggestions sur les origines philosophiques de l'acte juridique*. Droits 1988. 11.

Beauchard J., *Remarques sur le Code de la consommation*, in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 12.

Bénabent A., *L'hybridation dans les contrats*, in *Prospectives du droit économique : dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27.

Bénéjat M., *La cessation de l'illicite*, RPDP 2011, à paraître.

Bienvenu J.-J., *De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française*, Droits, n° 28, 1999, p. 3.

Blanc G., *La médiation pénale (Commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale)*, JCP 1994. I. 3760.

Bonfils Ph., *L'autonomie du juge pénal*, in *Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 47.

Boré J., *Le contrôle de la Cour de cassation de la dénaturation des actes*, RTDciv. 1972, p. 249.

Boy L., *Les « utilités » du contrat*, LPA 10 sept. 1997, n° 109, p. 3 et s

Bouillane de Lacoste O., *L'application des règles du droit civil en cas de relaxe du prévenu*, Gaz. Pal., 1987, 1^{ère} sem. Doc. 397.

Boulan F., *Le double visage de l'action civile*, JCP 1973. II. 2563.

Bouloc B., *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, RJcom. 1995, p. 301.

Bouloc B., *La liberté et le droit pénal*, Rev. sociétés 1989, p. 377.

Bouloc B., *Mariage et droit pénal*, *Séance de section du 30 novembre 1963*, RPDP 1964, p. 285.

Bouloc B., *La perte du droit aux intérêts*, in *Etudes de droit de la consommation : Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 81.

Boulouis J., *L'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français*, in Travaux de l'Association H. Capitant, T. XIV, Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques, Dalloz, 1965, p. 771.

Brun Ph., Leborgne F., *Le principe de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, in Droit de la responsabilité, par D. Mazeaud et alii, Lamy Droit de la responsabilité, 2006.

Bruschi M., *La législation par référence dans le Code de la consommation : le puzzle et l'échiquier*, RRJ 1997-4, p. 1247.

Cabrillac R., *L'indépendance du droit pénal à l'égard de quelques règles de droit commercial*, in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, Etudes de Droit criminel, Dalloz, 1956, p. 293.

Calais-Auloy J., *Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité*, RTDciv. 2005, p. 701.

Camerlynck G.-H., *L'autonomie du droit du travail (La prescription abrégée de la créance de salaires)*, D. 1956, p. 23.

Carbonnier J., *L'influence du paiement du prix sur le transfert de propriété dans la vente*, in Travaux et Conférences, Facultés de droit de l'Université libre de Bruxelles. T. VIII, 1960, p. 131.

Carbonnier J., *Du sens de la répression applicable au complice selon l'art. 59 du Code pénal*, JCP 1952. I. 1034.

Catala P., *Interprétation et qualification dans l'avant-projet de réforme des obligations*, in Mélanges en l'honneur de G. Viney, LGDJ, 2008, p. 243.

Cedras J., *La célérité du procès pénal dans le droit de la common law*, RIDP 1995 n°66, p. 695

Chauveau P., *Prescription pénale et courtes prescriptions civiles*, RSC 1963, p. 35.

Chazal J.-P., Vincente S., *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil*, RTDciv. 2000, p. 477.

Cimamonti S., *Législation par référence et nouveau Code pénal*, RRJ 1997-4, p. 1253.

Coeuret A., Fortis E., *La place du droit pénal dans le droit du travail*, RSC 2000, p. 25.

Cohendy G., *Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public*, RTDciv. 1914, p. 33.

Combescure, *Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ?*, Rev. crit. 1903. 477.

Conte Ph., *1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur*, Dr. pén. 2006, Etude n° 4.

Conte Ph., *Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal*, in *Droit et actualité : études offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, p. 141.

Conte Ph., *Un revirement de jurisprudence peut-il en cacher un autre ?*, RCA 1996, p. 4.

Conte Ph., *Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives.* –(Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008), Dr. pén. 2008, Etude n° 3.

Conte Ph., *L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur*, JCP 1988. I. 3343.

Cornu G., *Rapport de synthèse présenté au X^e colloque des IEJ*, in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, 1974, PUF, p. 121.

Cosnard H.-D., *La compétence territoriale en matière contractuelle*, in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Université des sciences sociales, 1981, p. 207.

Coste-Fleuret A., *Des restitutions ordonnées par les juridictions répressives*, RSC 1937, p. 195.

Cottin J.-B. et Garcia P., *Infraction du salarié et rupture du contrat de travail*, LPA 2006, n°130, p. 6.

Couturier G., *Les techniques civilistes et le droit du travail. Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues*, D. 1975, p. 151.

Cozian M., *Propos désobligeants sur une « tarte à la crème » : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal*, in *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec 1999, 4^{ème} éd., p. 3.

Cros M.-L., *Les contrats à exécution échelonnée*, D. 1989, p. 49.

Dalsace A., *La protection des minorités et le projet de loi sur les sociétés*, in *Etudes sur le projet de réforme des sociétés commerciales*, Sirey, 1965, p. 34.

Danti-Juan M., *Le consentement et la sanction*, in *Mélanges offerts à P. Couvrat : la sanction du droit*, PUF, 2001, p. 367.

Dargentas E., *La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de protection pénale*, RPDP 1977, p. 411.

Deboissy F., *Le droit des sociétés : l'expérimentation de la panoplie des sanctions*, in *Dépénalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires*, sous la direction de B. Saintourens, Litec, coll. *Colloques et débats*, 2009.

De Bresson J.-J., *Inflation des lois pénales et législations ou réglementations « techniques »*, RSC 1985, p. 241.

Déchenaud D., *Nouvelles menaces pour le droit pénal des affaires. Libres propos sur l'avant-projet du futur Code de procédure pénale*, Dr. pén. 2010, Etude n° 13.

De Gaudemar M., *Théorie de l'apparence et sociétés*, Rev. sociétés 1991, p. 465.

De Lamy B., *Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ?*, D. 2001, p. 1423.

De Lamy B., *La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé – Efficacité et diversification de la réponse pénale)*, D. 2004, p. 1910.

De Lamy B., *Procédures et procédés (propos critique sur la contractualisation de la procédure pénale)*, in *Approche critique de la contractualisation*, ouvrage collectif sous la direction de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, LGDJ, 2007.

Dekeuwer A., *La classification des concours de qualifications*, RSC 1974, p. 511.

De Matos A.-M., *Déchéance du droit aux intérêts : sanction automatique du non-respect du formalisme de l'offre de crédit*, RED consom. 2001. 363.

Demogue R., *Valeur et base de la notion de rétroactivité*, in *Studi filosofico giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929)*, vol. 1, Modène 1930, p. 163.

Demogue R., *L'obligation du vendeur à raison des inconvénients de la chose et de la responsabilité délictuelle entre contractants (A propos d'un arrêt de la Cour suprême du Canada)*, RTDciv. 1923, p. 657

Deprez J., *Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, T. XVII, Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles, Dalloz, 1968, p. 28.

Despax M., *L'évolution du rapport de subordination*, D. soc. 1982, p. 11.

Détraz S., Ollard R., Saint-Pau J.-C., *Contre l'incrimination du vol d'information*, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Dalloz, p. 97.

Djoudi J., *Les nullités dans les relations individuelles de travail*, D. 1995, p. 192.

Dobkine M., *La transaction en matière pénale*, D. 1994, p. 137.

Doucet J.-P., *La condition préalable à l'infraction*, GP 1972, p. 727.

Doucet J.-P., *Le contrat d'assassinat*, GP 1982, p. 502.

Dreyer E., *L'imputation des infractions en droit pénal du travail*, RSC 2004, p. 813.

Dupeyron, *L'action collective*, D. 1952, p. 153.

Durand P., *Aux frontières du contrat et de l'institution. La relation de travail*, JCP 1944. I. 387.

Eloi M., de Jacobet de Nombel C., Rayssac M., Sourd J., *La faute de la victime dans la responsabilité civile extra-contractuelle*, in *Etudes à la mémoire de C. Lapoyade-Deschamps*, PUB, 2003, p. 47.

Fabre-Magnan M., *Le contrat de travail défini par son objet*, in *Le travail en perspectives*, LGDJ, 1998, p. 101.

Faure-Abbad M.-A., *La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala*, D. 2007, p. 165.

Favario T., *Regards civilistes sur le contrat de société*, Rev. sociétés 2008, p. 53.

Ferrier N., *Les incertitudes du régime de l'usure liées à sa codification. Contribution à l'analyse critique de la « codification-compilation »*, RTDcom. 2005, p. 219.

Fieschi-Vivet V. P., *Les éléments constitutifs du contrat de travail*, RJS 7/1991, p. 414.

Flour J., *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, in *Le droit privé français au milieu de 20^{ème} siècle : Etudes offertes à G. Ripert*. T. I. Etudes générales, droit de la famille, LGDJ, 1950, p. 93.

Fortis E., *Janus et la responsabilité, variations sur la sanction-réparation*, in *Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 450.

Fournier S., *De la publicité fausse aux pratiques commerciales trompeuses*, Dr. pénal. 2008, Etude n° 4.

Fournier S., *Quel domaine pour l'abus de confiance ?*, in *Réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 113.

Freyria C., *Libres propos sur la responsabilité de la gestion d'une entreprise*, in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, Presse de l'Université de Toulouse, 1996, p. 179.

Freyria C., *Nullité du contrat de travail et relation de travail*, Dr. soc. 1960, p. 619.

Frison-Roche M.-A., *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, RTDciv. 1995, p. 573.

Frison-Roche M.-A., *Contrat, concurrence, régulation*, RTDciv. 2004, p. 451.

Garçon E., *De la soustraction dans le vol et du détournement dans l'abus de confiance*, Journal des Parquets 1909, p. 4.

Gassin R., *Remarques sur l'interprétation jurisprudentielle de l'article 470-1 du Code de procédure pénale*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur J. Larguier : droit pénal, procédure pénale*, PUG, 1993, p. 149.

Gaudu F., *L'ordre public en droit du travail*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 363.

Gautier P.-Y., *Emile Garçon et le droit civil*, Une certaine idée du droit : Mélanges A. Decocq, Litec, 2004, p. 267.

Gény F., *Le particularisme du droit fiscal*, RTDciv. 1931, p. 797.

Ghestin J., *L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive*, Mélanges offerts à P. Raynaud, Dalloz, 1985, p. 203.

Ghestin J., *La notion de contrat*, D. 1990, p. 147.

Ghestin J., *Le juste et l'utile dans les contrats*, D. 1992, p. 1.

Ghestin J., *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, D. 1981, p. 1.

Ghozi, A., Lequette Y., *La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie*, D. 2008, p. 2609.

Giacopelli M., *Libres-propos sur la sanction-réparation*, D. 2007, p. 1551.

Giudicelli-Delage G., *Droit à la protection de la santé et droit pénal en France*, RSC 1996, p. 13.

Gobert M., *Evocation de J. Flour*, Defrénois 2000, art. 37208.

Godon L., *Abus de confiance et abus de biens sociaux*, Rev. sociétés 1997, p. 289.

Gonthier F., *Réflexion sur la notion d'écrit*, JCP N. 1999. 1781.

Goutal J.-L., *L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose*, RSC 1980, p. 911.

Gridel J.-P., Laithier Y.-M., *Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux*, JCP 2008. I. 143.

Grillet-Ponton D., *Nouveaux regards sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle*, D. 2000, p. 331.

Grimaldi C., *Les clauses portant sur une obligation essentielle*, RDC 2008, p. 1095.

Grua F., *Les divisions du droit*, RTDciv. 1993, p. 59.

Guenzoui Y., *Entente et contrat, le trouble notionnel*, RTDcom. 2006, p. 273.

Hage-Chahine F., *Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques*, in *Le monde du droit : écrits rédigés en l'honneur de J. Foyer*, Economica, 2007, p. 529.

Hamel J., *Le gage sans dépossession*, D. 1945, p. 37.

Hamel J., Préface à l'ouvrage collectif : *Le droit pénal des sociétés anonymes : études de droit commercial*, Dalloz, 1955, p. 12.

Hébraud P., *Le rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, in *Mélanges offerts à J. Maury*. T. I. Droit international privé et public, Dalloz, 1960, p. 419.

Hémard J., *Les sociétés de fait en droit français*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, T. XI, Les Situations de fait, les sociétés de fait, le gouvernement de fait, Dalloz, 1960, p. 131.

Hocquet-Berg S., *Remarques sur la prétendue convention d'assistance*, GP 1996, doc. p. 32.

Horion P., *L'évolution des sanctions pénales en droit social belge*, in *Revue du travail*, 1963, p. 1149.

Houin R., *Rapport* in *Travaux de l'Association H. Capitant*, T. III, *Le problème des fictions en droit civil*, Dalloz 1948, p. 242.

Houin R., *Les situations de fait. Rapport général*, Travaux de l'Association H. Capitant, T. XI, Les Situations de fait, les sociétés de fait, le gouvernement de fait, Dalloz, 1960, p. 322.

Houcieff D., *Les sanctions de la formation du contrat*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, p. 115, 2003.

Huguency L., *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du 20^{ème} siècle*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : Etudes offertes à G. Ripert* T. II. La propriété, contrats et obligations, la vie économique, LGDJ, 1950, p. 249.

Ivainer Th., *La lettre et l'esprit de la loi des parties*, JCP 1981. I. 3023.

Jacquemont A., *L'acte contenant ou opérant obligation, disposition ou décharge : contribution à l'étude du droit des preuves en droit pénal*, RSC 1978, p. 33.

Jambu-Merlin R., *Essai sur la rétroactivité des actes juridiques*, RTDciv. 1948, p. 271.

Javillier J.-C., *Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal : quelques réflexions en guise d'introduction*, Dr. soc. 1975, p. 375.

Jeandidier W., *L'élément moral des infractions d'affaire ou l'art de la métamorphose*, in *Une certaine idée du droit : Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p. 369.

Jestaz Ph., *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale*, in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 273.

Jobard-Bachelier M.-N., *Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ?*, RTDciv. 1985, p. 1.

Jourdain P., *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1997, p. 65.

Jouve E., *Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français*, RDP 1968, n° 2, p. 283.

Klein J., *Le traitement jurisprudentiel de la nullité pour trouble mental*, Defrénois 2006, 1.

Kotz H., *La protection en justice des intérêts collectifs*, in *Accès à la justice et Etat-Providence*, Economica, 1984.

Lacombe J., *La responsabilité de l'exploitant d'un magasin à l'égard de ses clients*, RTDciv. 1963, p. 242.

Lagarde X., *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, JCP 1999. I. 170.

Lambert-Faivre Y., *L'abus de fonction*, D. 1986, p. 143.

Lambert-Faivre Y., *Les effets de la responsabilité [Les articles 1367 à 1383 nouveaux du code civil]*, in *L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité*, Actes du colloque organisé par l'Université Panthéon-Sorbonne [Paris I] le 12 mai 2006, RDC 2007, p. 163.

- Lanthiez M.-L.**, *Du préjudice dans quelques infractions contre les biens*, D. 2005, p. 464.
- Larguier J., Larguier A.-M.**, *Le rejet de l'analyse rétroactive en matière pénale*, RSC 1972, p. 759.
- Larroumet Ch.**, *Pour la responsabilité contractuelle*, in *Le droit français à la fin du XXe siècle. Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 543.
- Larroumet Ch.**, *La loi du 19 février sur la fiducie. Propos critiques*, D. 2007, p. 1350.
- Larroumet Ch.**, *Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité*, D. 1997, p. 175.
- Lazerges Ch.**, *De la fonction déclarative de la loi pénale*, RSC 2004, p. 194.
- Lazerges Ch.**, *Processus de socialisation et apprentissage de la règle de droit*, RSC 1993, p. 593.
- Le Gac-Pech S.**, *La figure contractuelle en droit du travail*, D. 2005, p. 2250.
- Le Ninivin D.**, *Les discordances de la qualification par décret*, JCP 1980. I. 2982.
- Le Tourneau Ph.**, *Existe-t-il une morale des affaires ?*, in *La morale en droit des affaires*, colloque Toulouse, Montchrestien, 1996, p. 7.
- Leauté J.**, *Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence*, RTDciv. 1947, p. 288.
- Leauté J.**, *Le rôle de la théorie civiliste de la possession dans la jurisprudence relative au vol, à l'escroquerie et à l'abus de confiance*, La chambre criminelle et sa jurisprudence : recueil d'études en hommage à la mémoire de M. Patin, Cujas, 1965, p. 228.
- Leauté J.**, *Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial*, in *Hommage à L. Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 243.
- Leblois-Happe J., Pin X., Walther J.**, *Chronique de droit pénal allemand*, Rev. internationale de droit pénal 2009, p. 277.
- Legros R.**, *L'influence des lois particulières sur le droit pénal général*, RSC 1968, p. 233.
- Lelieur J.**, *L'impact de la réforme de la prescription civile sur l'action des victimes d'infractions pénales*, LPA 2 avr. 2009, p. 50.
- Lemaître P.**, *La sanction de l'offre irrégulière de crédit*, LPA 27 juill. 1999, p. 11.
- Lepage A.**, *L'article 9 du Code civil peut-il constituer durablement la « matrice » des droits de la personnalité ?*, GP 2007, p. 43.
- Lepage A.**, *Les paradoxes du formalisme informatif*, in *Etudes de droit de la consommation : Liber amoricum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597.
- Leturmy L.**, *La responsabilité délictuelle du contractant*, RTDciv. 1998, p. 839.
- Lévy E.**, *Responsabilité et contrat*, Rev. crit. 1899, p. 361.
- Lichbaber R.**, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 29 février 2007*, Defrénois 2007, art. 38631.

Limpens J., *De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers*, Mélanges en l'honneur de P. Roubier. T. II., Droit privé, propriété littéraire et artistique, Dalloz, 1961, p. 89.

Lucas de Leyssac M.-P., *L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons*, RSC 1990, p. 507.

Lucas de Leyssac M.-P., *Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?*, D. 1985, p. 43.

Lyon-Caen G., *Défense et illustration du contrat de travail*, Archives de philosophie du droit, 1968, p. 14.

Lyon-Caen G., *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail (première approche)*, RTDciv. 1974, p. 231.

Maillard J., *Scolie sur le rapport de subordination*, Dr. soc. 1982, p. 20.

Maistre du Chambon P., *Réflexions sur le secret professionnel des médecins au regard des obligations de révéler et de déposer*, Médecine et Droit 1995, n° 10, p. 2.

Maistre du Chambon P., *La responsabilité civile sous les fourches caudines du juge pénal*, in Colloque *La responsabilité à l'aube du 21^{ème} siècle, bilan prospectif*, RCA Hors-série juin 2001.

Malabat V., Saint-Pau J.-C., *Le droit pénal malade du sang contaminé*, Dr. pén., 2003, chron. n° 2.

Malinvaud Ph., *Le « contenu certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le « stoemp » bruxellois aux légumes*, D. 2008 p. 2551.

Malinvaud Ph., *L'impossibilité de la preuve écrite*, JCP 1972. I. 2468.

Mallet-Bricout B., *Le fiduciaire propriétaire ?*, JCP E. 2010. 1191.

Martin R., *A la recherche de la cause en procédure civile*, D. 1988, p. 312.

Matsopoulou H., *Un premier regard sur la « dépenalisation de la vie des affaires »*, D. 2008, p. 864.

Matthieu B., *La sécurité juridique : un produit d'importation d'origine made in France*, D. 2000. Point de vue. VII.

Mayaud Y., *La résistance du droit pénal au préjudice*, in *Les droits et le Droit : mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 807.

Mayaud Y., *Ratio legis et incrimination*, RSC 1983, p. 597.

Mazeaud D., *La matière du contrat*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 81.

Mazeaud D., *Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ?*, D. 2010, p. 1832

Mazeaud H., *La maxime error communis facit jus*, RTDciv. 1924, p. 929

- Mekki M.**, *Le discours du contrat : quand dire ce n'est pas toujours faire*, RDC 2006, p. 297.
- Mestre J.**, *Le renforcement des noyaux durs des contrats*, RTDciv. 1999, p. 622.
- Mestre J.**, *Contrat et infractions pénales*, RTDciv. 1988, p. 129.
- Meulders-Klein T.**, *L'évolution du mariage et le sens de l'histoire : de l'institution au contrat et au-delà*, in *La personne, la famille, le droit*, Bruylant-LGDJ, 1999.
- Miellet D.**, *Le statut des dirigeants*, GP 1998. II. p. 1272.
- Mimin P.**, *L'intention et le mobile, La chambre criminelle et sa jurisprudence*, in *La chambre criminelle et sa jurisprudence : recueil d'études en hommage à la mémoire de M. Patin*, Cujas, 1965, p. 113.
- Molfessis N.**, *Le renvoi d'un texte à un autre*, RRJ 1997-4, p. 1193.
- Monereau J.-F.**, *Infractions liées à l'hygiène et à la sécurité*, AJ. pén. 2005, 16.
- Moracchini-Zeindenberg S.**, *Existe-t-il une théorie générale du contrat de travail ?*, RRJ 1999, p. 1985.
- Morançais-Demeester M.-L.**, *La responsabilité des personnes obligées à restitution*, RTDciv. 1993, p. 757.
- Morvan P.**, *Le droit pénal des institutions représentatives du personnel*, Dr. soc., 2000, p. 987.
- Motulsky H.**, *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*, D. 1964, p. 235.
- Mousseron J.-M.**, Préface de la thèse de B. Teysié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975.
- Muir-Watt H.**, *Reliance et définition du contrat*, in *Prospectives du droit économique : dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 57.
- Muller Y.**, *La dérive jurisprudentielle du délit d'abus de confiance : la sanction pénale au service de la faute civile*, D. 2010, p. 809.
- Muller Y.**, *La protection pénale de la relation de confiance. Observations sur le délit d'abus de confiance*, RSC 2006, p. 809.
- Ollard R.**, *La fiducie : aspects de droit pénal*, RSC 2009, p. 545
- Ophele C.**, *La responsabilité contractuelle dans la jurisprudence de la Chambre criminelle*, in *Mélanges en l'honneur de J. Stoufflet*, LGDJ, 2001, p. 263.
- Ophele Rosetto C.**, *Clause de réserve de propriété et droit pénal des biens*, RTDcom 1995, p. 87.
- Oppetit B.**, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, p. 107.

Oppetit B., *Le consentement sans l'échange : le concours de consentements. Le concours implicite*, Colloque de Deauville, RJCom. Nov. 1995, n° spécial, p. 69.

Pagnon C., *L'apparence face à la réalité économique et sociale*, D. 1992, p. 285.

Pain-Masbrenier M.-T., *Réflexions sur la notion de contrat de prêt et son incidence sur la qualification de l'ouverture de crédit*, CCC. 2006, chron. 3.

Palazzo F., *La responsabilité pénale dans l'entreprise : vers un espace judiciaire européen unifié ? La responsabilité dans l'entreprise en Italie*, RSC 1997, p. 309.

Patarin J., *Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Etudes de Droit criminel sous la direction de G. Stefani, Dalloz 1956, p. 8.

Pédamon M., *La réglementation des ventes avec primes : entre droit de la consommation et droit de la concurrence*, Mél. J. Calais-Auloy, Dalloz 2004, p. 823.

Peltier V., *Contribution à la notion d'inexistence en droit privé*, RRJ 2000/3, p. 937.

Perelman Ch., *La preuve en droit, essai d'une synthèse*, in ouv. coll. *La preuve en droit*, Travaux du centre national de recherches logiques, E. Bruyant, 1981, p. 357.

Perreau E.-H., *Clauses manuscrites et clauses imprimées*, RTDciv. 1927, p. 303.

Perrot R., *Les nullités de procédure en matière civile en droit français*, in Travaux de l'Association H. Capitant, T. XIV, Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques, Dalloz, 1965, p. 740.

Piedelièvre A., *Quelques réflexions sur la maxime « quod nullum est, nullum producit effectum »*, Mélanges offerts à P. Voirin, LGDJ, 1966, p. 638.

Pin X., *La privatisation du procès pénal*, RSC 2002, p. 245.

Pin X., *La théorie du consentement en droit pénal allemand. Eléments pour une comparaison*, RSC 2003, p. 259.

Planiol M., *Dol civil et dol criminel*, Rev. crit. 1893, p. 545.

Planiol M., *Classification synthétique des contrats*, Rev. crit. 1904, p. 470.

Poisson-Drocourt E., *Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat*, D. 1983, p. 85.

Ponsard A., *Vérité et justice (la vérité et le procès)*, in Travaux de l'Association H. Capitant, T. XXXVIII, La vérité et le droit, Dalloz, 1989, p. 673.

Ponseille A., *L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du Code pénal issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004*, Dr. pén. 2004, étude 10.

Pradel J., *Le consensualisme en droit pénal comparé*, Mélanges E. Correia, Boletim da facultade de direito de Coimbra, 1988.

- Puech M.**, *La vente multi-niveaux au regard du droit pénal*, D. 1995, p. 118.
- Pujolar O.**, *Interprétation des contrats : la lettre, la volonté ou l'esprit ?*, RRJ 2005-4/1, p. 1869.
- Radé C.**, *La figure du contrat dans la relation de travail*, Dr. soc. 2001, p. 802.
- Raymond G.**, *Credit-Formalisme-Sanctions en droit de la consommation*, in *La sanction du droit*, in Mélanges offerts à P. Couvrat : la sanction du droit, PUF, 2001, p. 439.
- Raymond G.**, *Droit pénal de la consommation. Les abus de faiblesse*, GP 2002, chron. p. 399.
- Raymond G.**, *Vente directe*, GP 1995, numéro spécial, p. 94.
- Raymond G.**, *Vente multi-niveaux ou par réseaux. Loi n°95-96 du 1er février 1995*, CCC. 1995, comm. 62.
- Rebut D.**, *Incompatibilité absolue de l'abus de confiance et de la remise de la propriété*, D. 2008, p. 958.
- Rémy Ph.**, *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept*, RTDciv. 1997, p. 323.
- Rémy Ph.**, *Observations sur le cumul de la résolution et des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat*, in Mélanges offerts à P. Couvrat : la sanction du droit, PUF, 2001, p. 122.
- Renard C., Vieujean E.**, *La nullité, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge*, in Travaux de l'Association H. Capitant, T. XIV, Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques, D. 1965, p. 523.
- Rias N.**, *La sanction de l'erreur-obstacle : pour un remplacement de la nullité par l'inexistence*, RRJ 2009, p. 1251.
- Rivière P.-L.**, *Le projet de code franco-italien des obligations et des contrats*, Bull. trim. de la sté de législation comparée, 1934, n°7, p. 441.
- Robert J.-H.**, *L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, Procédures 2007, étude 19.
- Roca C.**, *De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives*, D. 1991, p. 85.
- Rochfeld J.**, *Fiducie. Loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*, RTDciv. 2007, p. 412.
- Rodière R.**, *Etude sur la dualité des régimes de responsabilité*, JCP 1950. I. 861.
- Roksis D.**, *Les limites des méthodes traditionnelles de qualification contractuelle : le parrainage publicitaire*, D. 1999, p. 443.
- Sabathier S.**, *Les espoirs suscités par la remise en cause du caractère réel du contrat de prêt*, RTDcom. 2005, p. 29.

Saint-Pau J.-C., *L'article 9 du Code civil : matrice des droits de la personnalité*, D. 1999, p. 541.

Saint-Pau J.-C., *Droit au respect de la vie privée et droit pénal*, Dr. pén. 2011, étude 20.

Salvage Ph., *Le consentement en droit pénal*, RSC 1991, p. 699.

Salvage-Gerest P., Salvage P., *Droit pénal et sûretés*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur J. Larguier : droit pénal, procédure pénale*, PUG, 1993, p. 281.

Savatier R., *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui*, in *Le droit privé français au milieu de 20^{ème} siècle : Etudes offertes à G. Ripert. T. I. Etudes générales, droit de la famille*, LGDJ, 1950, p. 75.

Savatier R., *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, RTDciv. 1958, p. 331.

Savatier R., *La science et le droit de la preuve. Rapport général*, Travaux de l'Association H. Capitant, T. VII, 8^{ème} séance d'étude : *Le progrès de la science et le droit de la preuve*, Dalloz, 1952, p. 607.

Savaux E., *La fin de la responsabilité contractuelle ?*, RTDciv. 1999, p. 1.

Savaux E., *Brèves observations sur la responsabilité contractuelle dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité*, RDC 2007, p. 45.

Schaeffer E., *La faute de la victime et la réparation*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Etudes de droit criminel sous la direction de G. Stefani, Dalloz, 1956, p. 378.

Sealy L.-S., *The Rise and Decline of the doctrine of Fundamental Breach in the English Law of Contract*, Cambridge-Tilbury Law Lectures 1981, p. 43.

Segonds M., *Prise illégale d'intérêts par un agent public*, D. 2004, p. 314.

Segonds M., *Les frontières du droit pénal du travail*, RPD 2011, p. 339.

Serinet Y.-M., *Ventes ou prestations de service avec prime. D'une prohibition à l'autre*, D. 2002, p. 3252.

Serlooten P., *Vers une responsabilité professionnelle*, in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Université des sciences sociales, 1981, p. 305.

Simon O., *La nullité des actes juridiques pour trouble mental*, RTDciv. 1974, p. 707.

Souweine C., *Le domaine de l'abus de confiance dans le nouveau Code pénal*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur J. Larguier : droit pénal, procédure pénale*, PUG, 1993, p. 302.

Steinmetz F., *Le droit de la consommation... peut mieux faire*, in *Etudes de droit de la consommation : Liber Amirocum*, J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 1049.

Storck M., *L'exception de nullité en droit privé*, D. 1987, p. 67.

Supiot A., *Les nouveaux visages de la subordination*, Dr. soc. 2000, p. 131.

Supiot A., *La contractualisation de la société, intervention à l'Université de tous les savoirs*, in *Qu'est-ce que l'humain ?*, Odile Jacob, 2000 vol. 2.

- Tallon D.**, *L'inexécution du contrat, pour une autre présentation*, RTDciv. 1994, p. 223.
- Talon D.**, *Pourquoi parler de faute contractuelle ?*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 429.
- Tandler R.**, *Le don manuel : une institution anachronique ?*, D. 1989, p. 245.
- Terré F.**, *Sociologie du contrat*, Arch. philo. droit, 1968, T. XIII, p. 73.
- Terré F.**, *Le contrat à la fin du XXème siècle*, Rev. de sciences morales et politiques 1995, p. 302.
- Teyssié B.**, *Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat*, D. 1976, p. 281.
- Thibierge C.**, *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir*, D. 2004, p. 577.
- Thibierge C.**, *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. Vers un élargissement des fonctions de la responsabilité civile ?*, RTDciv. 1999, p. 561.
- Touffait A., Herzog J.-B.**, *La répression des infractions en matière de construction*, JCP 1958. I. 1452.
- Tournafond O.**, *La nouvelle « garantie de conformité » des consommateurs. Commentaire de l'ordonnance n°2005-136 du 17 février 2005 transposant en droit français la directive du 25 mai 1999*, D. 2005, p. 1557.
- Tulkens F., Van de Kerchove M.**, *La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?*, RD. pén. crim., 1996, p. 445.
- Valabregue E.**, *De la maxime error communis facit jus*, Rev. crit. 1890, p. 30.
- Valette-Ercole V.**, *Droit pénal de la consommation*, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 143.
- Van de Kerchove M.**, *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle*, in *La contribution à la production normative, sous la direction de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez*, Dalloz 2008, p. 187.
- Vasseur M.**, *Considérations sur le régime juridique des contrats et accords traduisant dans les faits l'économie contractuelle*, RTDciv. 1964, p. 6.
- Vasseur M.**, *Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après d'autres disciplines*, RSC 1951, p. 1.
- Veaux D.**, *Vol et transfert de propriété*, in *Mélanges en l'honneur du Doyen P. Bouzat*, éd. Pedone, 1980, p. 351.
- Vergès E.**, *Procès civil, procès pénal : différents et pourtant si semblables*, D. 2007, p. 1441.
- Véron M.**, *L'abus de confiance. Son extension dans l'espace et dans le temps*, in *Les droits et le Droit : mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1155.

Viandier A., *La crise de la technique législative*, Droits n° 4, p. 75.

Vincent L.-A., *La théorie de l'apparence*, Mélanges R. Mart, Université libre de Bruxelles, Ed. Larcier, 1957, p. 156.

Viney G., *La responsabilité contractuelle en question*, in *Le contrat au début du XXIe siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 920.

Vitu A., *Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile*, Mélanges offerts à P. Voirin, LGDJ, 1966, p. 812.

Vouin R., *De la recevabilité de « l'action syndicale »*, JCP 1955. I. 1207.

Vouin R., *La participation volontaire de la victime à l'infraction pénale*, RSC 1952, p. 346.

Vouin R., *Justice criminelle et autonomie du droit pénal*, D. 1947, p. 81.

Weil P., *Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif*, D. 1958, p. 49.

Wicker G., *La légitimité de l'intérêt à agir*, in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux : mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 455.

Wicker G., Gaubil P., *L'efficacité du gage automobile non inscrit (à propos d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 20 septembre 1995)*, D. 1997, p. 1.

Witz C., *La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit*, Etudes offertes à Ph. Simler, Dalloz, 2006, p. 729.

IV. Notes, observations, conclusions, rapports

Actualité de l'inexistence des actes juridiques, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2004, n°97, p. 13.

Lando O., Beale H., *Principles of European contract law, part. I and II*, Kluwer law International 2000.

Bigot-Prémameneu, *Exposé des motifs du Titre III du Livre III*, séance du 6 pluviôse an XII, Loqué, t. 12, p. 330, n°43.

Bouloc B., note sous Cass. crim., 18 nov 1969, D. 1970, p. 437.

Bouzat P., obs. sous Cass. crim., 10 mai 1990, RSC 1991, p. 767.

Carbonnier J., note sous Cass. crim., 3 juil. 1947, JCP 1948. II. 4474.

Chavanne A., note sous Cass. crim., 30 mai 1958, JCP 1958. II. 10810.

Collet L., note sous Cass. civ. 1, 5 mars 1991, D. 1993, p. 509.

Commission de révision du Code pénal, Avant-projet définitif du Code pénal, livre 1 dispositions générales, La documentation française, 1978, p. 29.

Coulon J.-M., *Groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires, Rapport remis à Madame le garde des Sceaux, Ministre de la justice*, La documentation française, Collection des rapports officiels, 2008.

De Lamy B., note sous CA Toulouse, 27 juin 2002, Dr. fam. 2003, comm. 6.

De Lestang R., note sous CA Paris, 18 mai 1953, JCP 1953. II. 7776.

Dessens Ch., note sous CA Rouen, 3 juillet 1970, D. 1971, p. 465.

Détraz S., *Vol du contenu informationnel de fichiers informatiques*, comm. sous Cass. crim., 4 mars 2008, D. 2008, p. 2213.

Durry G., note sous Cass. ch. mixte, 28 janv. 1972, RTDciv. 1972, p. 406, n°12.

Etude du Conseil d'Etat, Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, Documentation française, 1995.

Fournier S., note sous Cass. crim., 9 mars 2005, RPDP. 2005, p. 978.

Houtcieff D., note sous Cass. com., 5 juin 2007, JCP 2007. II. 10145

Josserand, note sous Cass. req., 14 déc. 1926, DP. 1927. 1. 105.

Jourdain P., note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1993, RTDciv. 1993, p. 584.

Julien-Laferrière F., note sous Cass. crim., 26 oct. 1994, D. 1995, somm. p. 187.

Légal, obs. sous Cass. crim., 22 avr. 1966, RSC 1967, p. 171.

Lemercier P., note sous Cass. com., 14 juin 1948, S. 1948. 1. 152.

Loussouarn Y., note sous Cass. civ. 1, 29 avr. 1969, RTDciv. 1969, p. 767.

Magnol J., note sous CA. Montpellier, 7 févr. 1951, JCP 1951. II. 6347.

Malabat V., note sous Cass. crim., 19 mai 2004, RPDP 2005, p. 239.

Malaurie P. sous Cass. soc., 8 avr. 1957, D. 1958, p. 221.

Maréchal J.-Y., note sous Cass. crim., 12 janv. 2000, D. 2001, p. 813.

Maron A., *La chambre correctionnelle n'est quand même pas la chambre des contrats*, comm. sous Cass. crim., 3 avr. 2001, Dr. pén. 2002, n°23.

Messinne J., *La nature juridique de la transaction en matière répressive*, note sous Bruxelles, 22 janv. 1970, in Rev. crit. de jurisprudence belge 1972, p. 68.

Mestre J., obs. sous Cass. com., 22 mai 1984, RTDciv. 1985, p. 732.

Mestre J., obs. sous CA Paris, 30 juin 1995, RTDciv. 1996 p. 892.

MR MP, note sous Cass. crim., 30 mai 1958, D. 1958, p. 513.

Pageaud P.-A., note sous Trib. corr. Seine, 12 oct. 1955, D. 1956, p. 260.

Péano M.-A., note sous Cass. crim., 11 oct. 1990, D. 1991, p. 234.

Planiol M., note sous CA Paris, 17 janv. 1905, D. 1907, 2, p. 97.

Puech J.-M., obs. sous Cass. crim., 23 mars 1977, S. 1977. IR. 239.

Radé Ch., *Les limites du « tout contractuel »*, comm. sous Cass. soc., 27 juin 2000, Dr. soc., 2000, p. 828.

Rebut D., *Abus de biens sociaux : usage à des fins illicites et intérêt personnel*, chron. sous Cass. crim., 14 mai 2003, RSC 2003, p. 797.

Roujas M., *Rapport au nom de la commission des affaires sociales*, Sénat 1980-1981, n° 380, p. 26.

Roux J.-A., note sous Cass. crim., 4 juin 1915, 1918-1919. 1. 225.

Roux J.-A., note sous Cass. crim., 22 juil. 1910, S. 1914. 1. 49.

Saint-Pau J.-C., *Chronique de droit pénal spécial*, sous Cass. crim., 27 oc. 2007, RPDP 2005, p. 429.

Saint-Pau J.-C., *Chronique de droit pénal spécial*, sous Cass. crim., 24 mai 2005, RPDP 2006, p. 143.

Savatier R., note sous Cass. civ. 2, 13 mai 1955, D. 1956, p. 53.

Segonds M., *Prise illégale d'intérêts par un agent public*, note sous Cass. crim., 14 mai 2003, D. 2004, somm. p. 319.

Segonds M., note sous Cass. crim., 10 sept. 2003, D. 2004, somm. p. 2458.

Souvet L., Rapport Sénat , n°157, 1996, p. 30.

Véron M., Note sous Cass. crim., 10 mars 1992, JCP 1993. I. 3641, n°8.

Véron M., Note sous Cass. crim., 18 oct. 2000, Dr. pén., 2001, comm. 28.

Véron M., Note sous Cass. crim., 19 mai 2004, Dr. pén., 2004, comm. 129

Véron M., Note sous Cass. crim., 20 févr. 2008, Dr. pén., 2008, comm. 66.

Véron M., Note sous Cass. crim., 9 févr. 2011, Dr. pén., 2011, comm. 59.

Véron M., Note sous Cass. crim., 16 juin 2011 et 20 juillet 2011, Dr. pén., 2011, comm. 116.

Viney G., note sous Cass. ass. plén., 15 nov. 1985, JCP 1986. II. 20568.

Voirin P., note sous CA Bordeaux 10 déc. 1928, DP. 1929. 2. 81.

V. Juris-Classeurs et Encyclopédies Dalloz

Ambroise-Castérot C., *Action civile*, Rép. pén. Dalloz, 2002, mise à jour 2011.

Ambroise-Castérot C., *Consommation*, Rép. pén. Dalloz, 2009.

Aubert-Montpeyssen T., Emeras M., *Travail illégal*, Rép. pén. Dalloz, 2010.

Aubrée Y., *Contrat de travail (existence et formation)*, Rép. trav. Dalloz, 2005.

Auzero G., *Travail. Santé et sécurité au travail*, J.-Cl. Lois pénales spéciales, fasc. 50, 2008.

Auzero G., *Travail. Santé et sécurité au travail*, J.-Cl. Pén. Aff., fasc 20, 2007.

Bonfils Ph., *Bigamie*, Rép. pén. Dalloz, 2002.

Boré L., *Tribunal correctionnel. Solidarité*, J.-Cl. Proc. Pén., art. 478 à 484, fasc. 20, 1999.

Borricand J., *Détournement de gage ou d'objet saisi*, J.-Cl. Pén., art. 314-5 et 314-6, 2004.

Boudot M., *Apparence*, Rép. civ. Dalloz, 2003, mise à jour 2011.

Boyer L., *Contrats et conventions*, Rép. civ. Dalloz, 1993, mise à jour 2010.

Brenner C., *Acte*, Rép. civ. Dalloz, 2006, n°27.

Buisson J., *Preuve*, Rép. pén. Dalloz, 2003.

Cerf-Hollender A., *Droit pénal du travail*, Rep. trav. Dalloz, 2010.

Chauvel P., *Consentement*, Rép. civ. Dalloz, 2007.

Colomer A., *Don manuel*, Rép. civ. Dalloz, 1996.

Conte Ph., *Responsabilité du fait personnel*, Rép. civ. Dalloz, 2002, mise à jour 2011.

Culioli M., Gianni P., *Empoisonnement*, Rép. pén. Dalloz, 2005.

Daury-Fauveau M., *Détournement de gage ou d'objet saisi*, J.-Cl. Pén., art. 314-5 et 314-6, fasc. 20, année 2009.

De Lamy B., *Filouterie*, J.-Cl. Pén., art. 313-5, fasc. unique, 2001.

Decheix P., *Bigamie*, J.-Cl. Pén., art. 433-20, fasc. 20, 1997.

Delebecque Ph., *Les clauses d'allègement d'obligations*, J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 110, 1998.

- Derrida F., Hannoun C.,** *Rétention, Rép. civ. Dalloz*, 2000, mise à jour 2011.
- Dondero B.,** *Société créée de fait, Rép. des soc. Dalloz*, 2009.
- Douchy-Oudot M.,** *Compétence, Rép. proc. civ. Dalloz*, 2010.
- Duquesne F., Sachs-Durand C.,** *Syndicats professionnels. III- Prérogatives et actions, Rép. trav. Dalloz*, 2006.
- Duteil G., Amenc-Bougi P.,** *Usure, Rép. pén. Dalloz*, 2008.
- Grimonprez B.,** *Mise en demeure, Rép. civ. Dalloz*, 2009.
- Grynbaum L.,** *Preuve, Rép. com. Dalloz*, 2002.
- Hauser J., Lemouland J.-J.,** *Ordre public et bonnes mœurs, Rép. civ. Dalloz*, 2004, mise à jour 2011.
- Hontebeyrie A.,** *Prescription extinctive, Rép. civ. Dalloz*, 2011.
- Jeandidier W.,** *Sociétés. Abus de biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix, J.-Cl. Pén. Aff.*, fasc. 50, 2007.
- Jeandidier W.,** *Abus de confiance, J.-Cl. Pén.*, art. 314-1, fasc. unique, 2004.
- Joly-Sibuet E.,** *Restitution, Rép. pén. Dalloz*, 1998, mise à jour 2011.
- Lacroix C.,** *Filouterie, Rép. pén. Dalloz*, 2010.
- Le Gunehc F.,** *Elément moral de l'infraction, J.-Cl. Pén.*, art. 121-3, fasc. 20, 2002.
- Le Tourneau Ph.,** *Contrats et obligations. Classification des obligations. Principe de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, J.-Cl. Civ.*, art. 1136 à 1145, fasc. 20, 2008.
- Le Tourneau Ph.,** *Contrats et obligations. Exception d'indignité. Règles Nemo auditur et In pari causa, J.-Cl. Civ.*, art. 1131 à 1133, fasc. unique, 2007.
- Maistre du Chambon P.,** *Action publique et action civile, J.-Cl. Public Contentieux pénal*, fasc. 3, 2005.
- Malabat V.,** *Faux, Rép. pén. Dalloz*, 2004.
- Mascala C.,** *Abus de confiance, Rép. pén. Dalloz*, 2003, mise à jour 2010.
- Mazeaud A.,** *Contrat de travail (Exécution), Rép. trav.*, Dalloz 1993.
- Mercadal B.,** *Contrat de transport, Rép. com. Dalloz*, 1995, mise à jour 2011.
- Paschoud A.-C.,** *Détournement de gage ou d'objet saisi, Rép. pén. Dalloz*, 2000.

Pelletier H., *Tribunal correctionnel. Admission de la preuve. Principes généraux. Modes de preuve. Aveux. Procès-verbaux et rapports. Preuve par écrit. Expertises. Transports*, *J.-Cl. Proc. Pén.*, art. 427 à 457, fasc 20, 2004.

Petit B., *Contrats et obligations. Définition et classification des contrats*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1101 à 1108-2, fasc unique, 2004.

Pin X., *Fermeture d'établissement*, *J.-Cl. Pén.*, art. 131-33, fasc. 20, 2008.

Radé Ch., *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Dommage*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 1155, fasc. 10, 1999.

Rebut D., *Abus de biens sociaux*, *Rép. pén. Dalloz*, 2002.

Revel J., *Régimes matrimoniaux*, *Rép. civ. Dalloz*, 2009.

Rodière R., Delebecque Ph., *Dépôt*, *Rép. civ. Dalloz*, 1994.

Saint-Pau J.-C., *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Obligations*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 1155, fasc. 11-10, 2003.

Saint-Pau J.-C., *Droit à réparation. Conditions de la responsabilité contractuelle. Fait générateur. Inexécution imputable au débiteur*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 115, fasc. 11-20, 2004.

Saint-Pau J.-C., *Droit à réparation. Rapports entre les responsabilités délictuelle et contractuelle. Différences*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1146 à 1155, fasc. 15, 2007.

Salvage Ph., *Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse*, *J.-Cl. Pén.*, art. 223-15-2 à 223-15-4, fasc. 20, 2006.

Sana-Chaillé de Néré S., *Contrats et obligations. Nullité ou rescision des conventions. Généralités : inexistance et rescision*, *J.-Cl. Civ.*, art. 1304 à 1314, fasc. 20, 2006.

Segonds M., *Prise illégale d'intérêts*, *Rép. pén. Dalloz*, 2006.

Valette-Ercole V., *Crédit. Crédit aux particuliers*, *J.-Cl. Pén. Aff.*, fasc. 10, 2009.

Viriot-Barrial D., *Dignité de la personne humaine*, *Rép. pén. Dalloz*, 2004, mise à jour 2011.

Vitu A., Jeandidier W., *J.-Cl. Pén.*, art. 408, fasc. 1 à 4.

Wicker G., *Personnes morales*, *Rép. civ. Dalloz*, 1998.

INDEX DE JURISPRUDENCE

Introduction

Conseil constitutionnel

Cons. const. 28 juil. 1989, Rec. 71, RJC. I. 365, Pouvoirs 1990, n° 52, p. 189, chron. P. Avril et J. Gicquel, RFDA. 1989, n° 4, p. 671, note B. Genevois

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 22 juil. 1910, S. 1914. 1. 49

Cass. crim., 24 juil. 1963, Bull. crim., n° 263

Cass. crim., 27 juin 1972, GP 1973. 1. 249

Cass. crim., 15 janv. 1985, IV, p. 121 ; 18 oct. 1988, D. 1988, IR. p. 273

Cass. crim., 9 juil. 1857, DP. 1857. 1. 379

Cass. crim., 25 janv. 1950, Bull. crim., n° 27

1^{ère} partie : La notion de contrat en droit pénal

Titre I : La nécessité pénale des conditions d'identification du contrat

Chapitre I : L'identification générale d'une opération contractuelle

Section 1 : L'insuffisance de l'apparence de contrat

Cour de cassation – Assemblée plénière

Cass. ass. plén., 13 déc. 1962, D. 1963. 277, note J. Calais-Auloy, JCP 1963. II. 13105, note P. Esmein, RTDciv. 1963, p. 372, obs. G. Cornu, GAJC, t. 2, n° 281, p. 778

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 9 juil. 1857, DP. 1857. 1. 379

Cass. crim., 7 avr. 1859, D. 1863. 5. 168

Cass. crim., 12 nov. 1909, Bull. crim., n° 519

Cass. crim., 12 nov. 1909, S. 1913.1.285

Cass. crim., 25 juil. 1912, S. 1914, 1 p. 116

Cass. crim., 25 juil. 1927, S. 1929.1.153
Cass. crim., 18 févr. 1937, DP. 1937. 1. 56, RSC 1937, p. 492, obs. H. Donnedieu de Vabres
Cass. crim., 25 janv. 1950, Bull. crim., n° 27
Cass. crim., 30 avr. 1958, GP 1958. 2. 35
Cass. crim., 3 mars 1960, Bull. crim., n° 138, RSC 1961, p. 105, obs. A. Légal
Cass. crim., 24 juil. 1963, Bull. crim., n° 263
Cass. crim., 26 févr. 1970, Bull.crim. n° 79, D. 1970, somm. 124, JCP. 1970. II. 16446
Cass. crim., 10 mars 1976, Bull. crim., n° 89, GP 1976. 2. 460
Cass. crim., 23 mars 1977, S. 1977. IR. p. 239
Cass. crim., 12 janv. 2000, Bull. crim., n° 15, D. 2001, p. 813, note J.-Y. Maréchal, Dr. pén.
2000, comm. 69, note M. Véron, RSC 2000, p. 614, obs. R. Ottenhof

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. civ. 1, 29 avr. 1969, RTDciv. 1969, p. 767, obs. Y. Lousouarn
Cass. civ. 1, 29 avr. 1969, JCP 1969. II. 15792, RTDciv. 1969, p. 804, obs. G. Cornu

Juridictions du fond

CA Bordeaux 10 déc. 1928, DP. 1929. 2. 81
CA Orléans, 8 nov. 1957, JCP. 1958. I. 10383
CA Douai, 6 janv. 1989, D. 1991. Somm. 64, obs. G. Azibert
CA Bordeaux, 10 oct. 2000, BICC. 2001. 323
T. corr. Seine, 5 juil. 1934, DH. 1934. 567

Section 2 : La nécessité de l'existence du contrat

Cour de cassation – Chambre des requêtes

Cass. req. 15 mars 1911, DP 1911. 1. 382.
Cass. req. 9 déc. 1913, GP 1914. 1. 229. 18.
Cass. req., 6 mai 1878, DP. 1880.1.12, S. 1880. 1. 125

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 8 juil. 1832, Bull. crim., n° 175, DH. 1832. 558
Cass. crim., 9 juil. 1857, DP. 1857. 1. 379
Cass. crim., 12 nov. 1864, DP 1865. 5. 158

Cass. crim., 5 juin 1890, DP 1891. 1. 42
 Cass. crim., 17 mars 1899, Bull. crim., n° 58, S. 1900. 1. 249
 Cass. crim., 29 nov. 1902, S. 1904.1.301
 Cass. crim., 4 juin 1915, DP. 1921. 1. 57, note M. Nast.
 Cass. crim., 8 juin 1939, Bull. crim., n° 126
 Cass. crim. 20 nov. 1947, S. 1948. 1. 176, RSC 1949, p. 347, obs. P. Bouzat
 Cass. crim., 15 juil. 1948, JCP 1948. II. 4488
 Cass. crim. 3 août 1950, D. 1950, p. 667
 Cass. crim., 25 juin 1956, JCP 1956. II. 9413
 Cass. crim., 22 nov. 1956, Bull. crim., n° 775
 Cass. crim., 30 mai 1958, D. 1958, p. 513
 Cass. crim., 7 oct. 1959, Bull. crim., n° 414, D. 1960. 9
 Cass. crim., 1er avr. 1963, Bull. crim., n° 140
 Cass. crim., 24 juil. 1963 : Bull. crim., n° 263
 Cass. crim., 12 mai 1964, Bull. crim., n° 161
 Cass. crim., 25 oct. 1967, Bull. crim., n° 269
 Cass. crim., 9 juil. 1969, Bull. crim., n° 22.
 Cass. crim., 26 févr. 1970 Bull. crim., n° 79, D. 1970. somm. 124, JCP 1970. II. 16446
 Cass. crim., 23 mars 1977, Bull. crim. n° 108
 Cass. crim., 6 oct. 1977, Bull. crim., n°293
 Cass. crim. 20 juin 1984, Bull. crim., n° 233
 Cass. crim. 5 nov. 1985, Bull. crim., n° 340
 Cass. crim., 10 mai 1990, Bull. crim., n° 179, GP 1990. 2. Somm. 634.
 Cass. crim. 26 oct. 1995, Bull. crim. n° 326.
 Cass. crim., 23 janv. 1997, Bull. crim., n° 34
 Cass. crim., 19 janv. 2000, n° 98-87690
 Cass. crim., 18 oct. 2000, Dr. pén., 2001, p. 384, note R. Ottenhof
 Cass. crim., 22 oct. 2002, Bull. crim. n° 192, JCP E. 2004. 330, note C. Pomart
 Cass. crim., 4 mars 2003, Bull. crim., n° 58, D. 2004, somm. 181, obs. Aubert-Monpeyssen,
 JCP 2003. IV. 1804, RSC 2003, p. 561, obs. Y. Mayaud, Dr. pénal 2003, comm. 83, note M.
 Véron
 Cass. crim., 21 oct. 2009, n° 09-81.007

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. civ. 15 janv. 1872, S. 1872. 1. 9

Cass. civ., 26 oct. 1915, D. 1921.1.39

Cass. civ. 1, 2 nov. 1954, GP 1955. 1. 74

Cass. civ. 1, 17 oct. 1955, Bull. civ. I, n° 342, JCP 1956. II. 9226, note J.-C. Laurent

Cass. civ. 1, 23 nov. 1976, Bull. civ. I, n° 361

Cass. civ. 1, 23 mai 1977, Bull. civ. I, n° 244

Cass. civ. 1, 8 nov. 1977, Bull. civ. I, n° 406 p. 524

Cass. civ. 1, 20 oct. 1981, Bull. civ. I, n° 301, D. 1983, p. 73, RTDciv. 1983, p. 171

Cass. civ. 1, 10 juin 1986, Bull. civ. I, n° 159, D. 1988. somm. 14, obs. A. Robert, RTDciv. 1987, p. 535, obs. J. Mestre

Cass. civ. 1, 5 mars 1991, D. 1993, p. 509

Cass. civ. 1, 20 mars 1994, Bull. civ. I, n° 127

Cass. civ. 1, 1^{er} févr. 1995 : Bull. civ. III, n° 36

Cass. civ. 1, 10 oct. 1995, CCC. 1996, n° 1, obs. L. Leveneur

Cass. civ. 1, 16 juillet 1997, D. 1998. 566, note F. Arhab, RTDciv. 1997, p. 944, obs. P. Jourdain

Cass. civ. 1, 13 janv. 1998, D. 1998. 580 note Viala, JCP 1998.I.144, n° 6, obs. G. Viney

Cass. civ. 1, 7 avr. 1998, Defrénois 1998. 1050, obs. Ph. Delebecque

Cass. civ. 1, 24 nov. 1998, Bull. civ. I, n° 159

Cass. civ. 2, 18 mars 1992, JCP 1992. IV. 1525

Cass. civ. 2., 26 janv. 1994, RTDciv. 1994, p. 864, obs. P. Jourdain

Cass. civ. 2, 10 juin 1998, JCP 1999. II. 11042, note Y. Mandin

Cass. civ. 3, 15 avr. 1980, Bull. civ., III, n° 73, D. 1981, IR 314, obs. J. Ghestin, Defrénois, 1981, art. 32682, n° 50, obs. J.-L. Aubert

Cass. civ. 3, 21 mai 2008, JCP E. 2008. 2098

Cass. com., 4 janv. 1971, Bull. civ. IV, n° 2.

Cass. com. 27 nov. 1972, Bull. civ. IV, n° 308, GP 1973. 1. 259, note Delaisi.

Cass. com., 8 janv. 2002, RTDciv. 2002, p. 323, note P.-Y. Gautier

Juridictions du fond

CA Paris, 21 nov. 1874, D. 1877. 5. 471

CA Rouen, 7 mars 1890, S. 1892. 2. 57

CA Paris, 8 juil. 1966, GP 1967. 1. 33

CA Paris, 30 juin 1995, RTDciv. 1996, p. 892, note J. Mestre, JCP E. 1996. II. 795, note J.-J.

Daigre

CA Orléans, 1er juillet 2002, JCP 2003. IV.2542

CA Bourges, 14 oct. 2002, JCP 2003. IV. 2543

CA Orléans, 13 mai 2004, JCP E. 2005. 963

CA Pau, 6 juin 2005, JCP E. 2005. 1636.

T. Corr. Bordeaux, 10 oct. 2000, BICC. 2001. 323.

Trib. civ. Thonon-les-bains, 10 fév. 1933, DP. 1934.2.116

Juridictions administratives

CE 2 Juin 2010, Commune de Loos, n° 309446.

Chapitre II : L'identification spéciale de l'opération contractuelle

Section 1 : L'opération de qualification du contrat

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 7 avr. 1857, Bull. crim., n° 144

Cass. crim., 12 nov. 1864, D. 1865, 5, p. 158

Cass. crim., 13 mars 1909, DP. 1911.1.59

Cass. crim., 12 août 1910, Bull. crim., n° 455

Cass. crim. 25 juil. 1912, DP 1913.1.123

Cass. crim. 18 janv. 1913, Bull. crim., n° 37

Cass crim. 7 avril 1932, GP 1932.2.195.

Cass. crim. 2 févr. 1935, Bull. crim., n° 19

Cass. crim. 18 janv. 1950, Bull. crim. n° 17, JCP 1950.II.5422, note L. Gruffy, S. 1950.1.193, note A. Légal, GP 1950.1.116

Cass. crim. 3 août 1950, D. 1950, p. 667

Cass. crim. 20 oct. 1954, Bull. crim., n° 301, D. 1954, p. 765, JCP 1954.II.8398, GP 1955.1.76

Cass. crim., 23 déc. 1959, Bull. crim., n° 570

Cass.crim., 26 oct. 1960, Bull. Crim., n° 479, JCP 1960. IV.166

Cass. crim., 1^{er} avril 1963, Bull. crim., n° 140

Cass. crim. 25 oct. 1967, Bull. crim., n° 269

Cass. crim., 14 fév. 1979, Bull. crim., n° 68, D. 1979, IR. p. 177, obs. G. Roujou de Boubée et p. 215, obs. M. Puech

Cass. crim. 9 févr. 1983, Bull. crim., n° 49, RTDcom. 1984, p. 337, n° 17

Cass. crim. 5 juin 1984, Bull. crim., n° 212

Cass. crim., 15 juin 1984, Bull. crim., n° 229

Cass. crim. 26 févr. 1990, Bull. crim., n° 94

Cass. crim. 8 mars 1990, Bull. crim., n° 286, JCP 1990.II.21542, note J.-H. Robert, Dr. pén. 1990, comm. 227, note J.-H. Robert, D. 1994, somm. p. 158, obs. G. Roujou de Boubée

Cass. crim., 10 juin 1991, Bull. crim., n° 247

Cass. crim., 19 janv. 1993, Bull. crim., n° 25

Cass. crim., 15 juin 1992, Bull. crim., n° 235

Cass. crim., 27 mars 1995, Bull. crim., n° 124

Cass. crim., 28 mars 1996, Dr. pén. 1996, comm. 183, note M. Véron

Cass. crim., 30 avril 1996, Bull. crim., n° 175, RSC 1997, p. 110, obs. R. Ottenhof, Dr. pén. 1996, comm. n° 217, note M. Véron.

Cass. crim., 23 janv. 1997, Bull. crim., n° 34

Cass. crim., 24 févr. 1998, n° 97-80236

Cass. crim., 16 févr. 1999, Juris-Data n° 002834

Cass. crim., 12 janv. 2000, Bull. crim., n° 15, D. 2001, p. 813, note J.-Y. Maréchal, Dr. pén. 2000, comm. n° 69, note M. Véron, RSC 2000, p. 614, obs. R. Ottenhof

Cass. crim., 1^{er} févr. 2000, Bull. crim., n° 52, Dr. pén. 2000, comm. n° 59, note J.-H. Robert, D. 2000, AJ., p. 198, obs. C. Rondey.

Cass. crim., 14 nov. 2000, Bull. crim., n° 338, Dr. pén., 2001, comm. n° 28, note M. Véron, RSC 2001, p. 385, obs. R. Ottenhof, D. 2001, p. 1423, note B. de Lamy

Cass. crim., 17 janv. 2001, Bull. crim., n° 16

Cass. crim., 17 juin 2003, JCP E. 2004. 72, note J.-H. Robert

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. civ. 6 juil. 1931, DP. 1931. 1. 121, note P. Pic

Cass. civ., 21 mars 1938, DH. 1938, 257

Cass. civ. 1, 12 oct. 1967, Bull. civ. I, n° 292, D. 1968, somm. p. 29

Cass. civ. 1, 6 janv. 1994, Bull. civ. I, n° 4, JCP 1994. I. 3765, n° 18.

Cass. com., 12 nov. 1958, Bull. civ. III, n° 387 (3^{ème} espèce)

Cass. soc., 13 nov. 1996, Dr. soc. 1996. 1067, note J.-L. Dupeyroux, RJS. 12/96, n° 1316, D. 1996, IR. p. 268

Cass. soc., 10 déc. 2002, RJS. 2/03, n° 144

Cass. soc., 8 juil. 2003, Bull. civ. V, n° 217, RJS. 10/2003, n° 1111.

Juridictions du fond

CA Orléans, 8 nov. 1957, JCP 1958. 10383

CA Paris, 16 janvier 1960, JCP 1960. II. 11473

CA Paris, 10 juillet 1989, Dr. pén. 1990, comm. 92, note M. Véron

CA Paris, 23 février 1990, Dr. pén. 1990, comm. 323, note M. Véron

CA Orléans, 1^{er} juin 1992, CCC. 1993, comm. 225, obs. G. Raymond.

CA Paris, 6 oct. 1998, Juris-Data n° 1998-022540

Trib. corr. de Niort, 19 juin 1952, JCP 1953. II. 7389

Juridictions étrangères

Belge - Cass. 10 janv. 1927, Pas., 1927.I.122

Section 2 : Les outils de l'opération de qualification du contrat

Cour de cassation – Chambres réunies

Cass. ch. réun., 2 févr. 1808, S. chron., Grands arrêts n° 159

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 27 déc. 1934, DH. 1935, p. 53

Cass. crim., 18 oct. 1934, GP 1934. 2. 675

Cass. crim., 16 nov. 1934, Bull. crim., n° 195

Cass. crim., 4 déc. 1936, GP 1937. 1. 136.

Cass. crim., 6 mars 1937, DP. 1938. 1. 92, note M. Nast, GP 1937. 1. 814.

Cass. crim. 30 nov. 1945, Bull. crim., n° 127

Cass. crim. 17 déc. 1953, Bull. crim., n° 349

Cass. crim., 4 janv. 1958, Bull. crim., n° 8

Cass. crim. 13 oct. 1960, Bull. crim. n° 447, JCP 1960. II. 11836 (1^{ère} esp.)

Cass. crim. 19 déc. 1961, Bull. crim. n° 532

Cass. crim., 30 janv. 1963, Bull. crim., n° 60

Cass. crim., 24 mars 1969, Bull. crim., n° 127.
Cass. crim., 8 mai 1969, Bull. crim., n° 162.
Cass. crim., 27 janvier 1971, JCP 1971. II. 16869
Cass. crim. 21 déc. 1971, Bull. crim. n° 363
Cass. crim., 12 déc. 1972, Bull. crim., n° 385
Cass. crim., 14 fév. 1973, GP 1973. 1. 474
Cass. crim., 19 oct. 1977, Bull. crim., n° 309
Cass. crim., 29 oct. 1985, Bull. crim., n° 335
Cass. crim., 11 octobre 1990, RSC 1991, p. 765, obs. P. Bouzat
Cass. crim., 3 nov. 1994, Bull. crim., n° 345
Cass. crim., 5 janv. 1995, JCP E. 1996. I. 549
Cass. crim., 27 fév. 1997, n° 96-81.787
Cass. crim., 6 mai 1997, Bull. crim., n° 178
Cass. crim., 24 sept. 1997, Bull. crim., n° 309
Cass. crim., 31 mars 1998, DO. 1998. 441, note M. Richevaux
Cass. crim., 10 sept. 2003, D. 2004, somm. p. 2458
Cass. crim., 8 avr. 2009, Dr. pén. 2009, comm. n° 108, note M. Véron.

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. com., 14 mai 1985, Bull. civ. IV, n° 153
Cass. com., 21 déc. 1987, Bull. civ. IV, n° 281
Cass. soc., 2 déc. 1997, D. 1998, IR. p. 12

Juridictions du fond

CA Montpellier, 6 févr. 1951, D. 1951, somm. p. 76
CA Paris, 18 mai 1953, JCP 1953. II. 7776
CA Paris, 19 déc. 1988, GP 1989.1. 467
CA Versailles, 24 janvier 1991, D. 1991, somm., p. 273, obs. G. Azibert
Trib. corr. Paris, 27 mars 1972, JCP 1972. II. 17218
T. corr. Seine, 12 mai 1933, DH. 1933, p. 566
TGI Angers, 6 juin 1978, D. 1979. p. 641, note G. Parléani

Titre II : L'inutilité pénale des conditions d'efficacité du contrat

Chapitre I : L'indifférence pénale aux conditions de régularité du contrat

CA Toulouse, 27 juin 2002, Dr. fam. 2003, comm. 6, note B. de Lamy

Section 1 : La régularité du contrat à l'épreuve de la composante contractuelle

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 16 janv. 1826, Bull. crim., n° 10, S. 1825-1827. 1. 260

Cass. crim., 13 nov. 1857, S. 1858.1.169

Cass. crim., 13 avr. 1867, DP. 1867. 1. 353, S. 1867. 1. 341.

Cass. crim., 25 juil. 1912, DP. 1913. 1, p. 123, S. 1914. 1, p. 116

Cass. crim., 6 nov. 1930, DH. 1930.573

Cass. crim., 2 févr. 1935, Bull. crim., n° 19

Cass. crim., 18 févr. 1942, Bull. crim., n° 11, D. 1942, p. 83.

Cass. crim., 2 août 1951, Bull. crim., n° 244

Cass. crim., 18 mai 1960, Bull. crim., n° 272

Cass. crim., 5 févr. 1963, Bull. crim., n° 65

Cass. crim., 26 mars 1963 : Bull. crim., n° 130

Cass. crim., 10 mars 1976, Bull. crim., n° 89, GP 1976. 2. 460

Cass. crim., 1^{er} mars 2000, Bull. crim., n° 97, RSC 2000, p. 831, obs. R. Ottenhof

Cass. crim., 3 déc. 2003, Bull. crim., n° 232

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. civ. 1, 20 juil. 1981, Bull. civ. I, n° 267

Cass. civ. 1, 25 mai 1992, Bull. civ. I, n° 154

Cass. civ. 1, 6 mars 1996, Bull. civ. I, n° 118, Defrénois 1996, p. 1025, obs. Ph. Delebecque

Cass. civ. 1, 3 juil. 1996, Bull. civ. I, n° 298

Cass. civ. 1, 10 juil. 1996, Bull. civ. I, n° 312

Cass. civ. 1, 27 janv. 1998, Bull. civ. I, n° 29

Cass. civ. 1, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 105, D. 2000, p. 482, note S. Piédelièvre, JCP 2000. II. 10296, concl. Sainte-Rose, D. 2001, somm. p. 1615, obs. M.-N. Jobard-Bachellier

Cass. civ. 1, 15 mai 2001, Bull. civ. I, n° 133

Cass. civ. 1, 27 nov. 2001, Bull. civ., n° 297, Defrénois, 2002. 259, obs. R. Libchaber

Cass. civ. 3, 28 janv. 1975, Bull. civ. III, n° 33
Cass. civ. 3, 2 oct. 2002, CCC. 2002, n° 23, obs. L. Leveneur, RTDciv. 2003, p. 284, obs. B. Fages et J. Mestre
Cass. civ. 3, 29 janv. 2003, JCP 2003. II. 10116, note Y.-M. Serinet.
Cass. com., 17 nov. 1982, D. 1983, p. 527, note M. Contamine-Raynaud, Defrénois 1984, art. 33 251, n° 25, obs. J.-L. Aubert.
Cass. com., 28 janv. 1992, Bull. civ. IV, n° 34
Cass. com., 21 janv. 2004, Bull. civ. IV, n° 13, D. 2004, p. 1149, note Ch. Jamin, JCP 2004. I. 10062, note S. Piédelièvre, JCP E. 2004. 649, note O. Salati, LPA 9 févr. 2004
Cass. com., 11 juil. 2006, JCP E. 2007. 1049, obs. J.-L. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker
Cass. soc., 8 avr. 1957, D. 1958, p. 221, note Ph. Malaurie
Cass. soc., 1^{er} mars 1961, Dr. soc. 1961. 483, note J. Savatier
Cass. soc., 9 févr. 1966, Dr. soc. 1966. 426, note J. Savatier
Cass. soc., 22 nov. 1979, Bull. civ. V, n° 885
Cass. soc. 3 oct. 1980, Bull. civ. V, n° 704, D. 1982, p. 68, note E. Agostini
Cass. soc., 7 nov. 1995, Bull. civ. V, n° 292, RJS 12/95, n° 1303

Juridictions du fond

CA Caen, 19 mai 1870, D. 1871, 2, p. 228
CA Rennes, 23 janv. 1879, S. 1881. 2. 129, DP. 1880. 2. 189
CA Rennes, 27 Août 1879, D. 1880, 2, p. 189.
CA Montpellier, 7 févr. 1951, JCP 1951. II. 6347, note Magnol, D. 1951, somm. p. 76
CA Colmar 25 mars 1958, D. 1959, p. 196, note A. Chavanne
CA Toulouse, 27 juin 2002, Dr. fam. 2003, comm. 6, note B. de Lamy
T. corr. Seine, 20 déc. 1962, JCP 1964. II. 13480, note G. de Lestang

Section 2 : La régularité du contrat à l'épreuve de la composante préjudicielle

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 12 nov. 1864, D. 1865, 5, p. 158
Cass. crim., 6 avr. 1882, Bull. crim., n° 92.
Cass. crim., 7 mars 1936, DH. 1936, p. 196
Cass. crim., 18 mars 1936, GP 1936.1.880, RSC 1936, p. 562, obs. H. Donnedieu de Vabres
Cass. crim., 30 oct. 1936, DH. 1936, p. 590

Cass. crim., 15 déc. 1943, D. 1945, p. 131
 Cass. crim., 6 janv 1953, D. 1953, p. 152
 Cass. crim., 6 mars 1957, D. 1957, p. 468
 Cass. crim., 3 juillet 1997, Bull. crim., n° 265, Dr. pén. 1998, comm. 15, note M. Véron
 Cass. crim., 27 oct. 1967, Bull. crim., n° 269
 Cass. crim., 18 nov. 1969, D. 1970, p. 437, obs. B. Bouloc
 Cass. crim., 5 mars 1980, Bull. crim., n° 81, D. 1980, IR. p. 335
 Cass. crim., 16 avril 1980, Bull. crim., n° 107
 Cass. crim., 20 juin 1983, Bull. crim., n° 189
 Cass. crim., 3 avr. 1991, Bull. crim., n° 155, D. 1992, p. 400, D. 1991, somm. p. 276
 Cass. crim., 15 juin 1992, Bull. crim., n° 234, D. 1993, somm. p. 15, RSC 1993, p. 783, obs. P. Bouzat
 Cass. crim. 26 mars 1994, Bull. crim., n° 340, RSC 1995, p. 582, obs. R. Ottenhof
 Cass. crim., 26 oct. 1994, Bull. crim., n° 341, D. 1995, somm. p. 187, RSC 1995, p. 583, obs. R. Ottenhof
 Cass. crim., 12 janv. 2000, Bull. crim., n° 15, D. 2001, p. 813, note J.-Y. Maréchal.
 Cass. crim., 3 déc. 2003, Bull. crim., n° 232, JCP 2004. IV. 1109
 Cass. crim., 19 mai 2004, Bull. crim., n° 126, Dr. pén. 2004, comm. 129, note M. Véron, RPDP 2005, p. 239, obs. V. Malabat

Chapitre II : L'indifférence pénale aux règles de preuve du contrat

Section 1 : L'analyse classique de la preuve de l'élément contractuel

Cour de cassation – Assemblée plénière

Cass. ass. plén., 29 mars 1991, Bull. civ., n° 1, D. 1991, p. 324, note C. Larroumet, *ibid.*, somm. 324, obs. J.-L. Aubert, JCP 1991.II.21673, note J. Ghestin, RTDciv. 1991, p. 541, obs. P. Jourdain, RCA. 1991, chron. n° 9, par H. Groutel 1991, p. 541

Cour de cassation – Chambre des requêtes

Cass. req., 13 déc. 1935, DH. 1936. 66.

Cour de cassation – Chambres réunies

Cass. Ch. réunies, DP. 1930. 1. 57, note G. Ripert, S. 1930, 1, p. 21, note P. Esmein, GAJC.
n° 199, obs. F. Terré et Y. Lequette

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 18 août 1904, Bull. crim., n° 403, S. 1906. 1. 57
Cass. crim., 1^{er} avr. 1922, D. 1922, 1, p. 218
Cass. crim., 6 août 1932, Bull. crim., n° 202
Cass. crim., 31 juil. 1936, GP 1936.1.695
Cass. crim., 8 janv. 1937, GP 1937.1.545
Cass. crim., 30 avr. 1937, GP 1937.2. 256
Cass. crim., 3 mai 1939, JCP 1939. 1295, RSC 1940, p. 46
Cass. crim., 9 oct. 1940, JCP 1941. II. 1647, S. 1942. I. 149
Cass. crim., 27 mai 1952, Bull. crim., n° 133, RSC 1953, p. 110
Cass. crim., 15 juillet 1964, D. 1964, p. 593, JCP 1964. II. 13817
Cass. crim., 22 avr. 1966, RSC 1967, p. 171, obs. A. Légal
Cass. crim., 3 mai 1967, Bull. crim., n° 145
Cass. crim., 19 oct. 1971, Bull. crim., n° 267
Cass. crim., 30 mai 1972, Bull. crim., n° 180
Cass. crim., 9 avr. 1973, Bull. crim., n° 180
Cass. crim. 26 févr. 1974, Bull. crim., n° 78, JCP. 1974. IV. 131
Cass. crim., 21 janv. 1975, Bull. crim., n° 22
Cass. crim., 12 févr. 1979, Bull. crim., n° 60, D. 1979, IR. p. 177
Cass. crim., 5 nov. 1980, Bull. crim., n° 289
Cass. crim., 12 déc. 1983, Bull. crim., n° 335
Cass. crim., 1^{er} juillet 1992, Dr. pén., 1992, comm. n° 283, note M. Véron
Cass. crim., 29 avr. 1996, Bull. crim., n° 169, Dr. pén. 1996, comm. 187, note M. Véron
Cass. crim., 22 janv. 1997, Bull. crim., n° 31, Dr. pén. 1997, comm. 78, note M. Véron
Cass. crim., 28 févr. 2001, Dr. pén. 2001, comm. 85, note M. Véron
Cass. crim., 26 juin 2002, Dr. pén. 2002, comm. 136, note M. Véron
Cass. crim., 30 oct. 2006, Bull. crim., n° 261, D. 2006, IR. p. 3014, AJ pén. 2007. 32, Dr. pén.
2007, comm. 7, note M. Véron, RSC 2007, p. 83, obs. Y. Mayaud, AJDI. 2007. 315

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. civ., 16 juin 1896, DP. 1897. 1. 433, note R. Saleilles, S. 1897, I, p. 17, note A. Esmein

Cass. civ., 2 juil. 1941, DA. 1941, 291.
Cass. 1^{re} civ. 23 mai 1977, Bull. civ. I, n° 246
Cass. civ. 1, 21 avr. 1982, Bull. civ. I, n° 143
Cass. com., 23 mai 1970, Bull. civ. IV, n° 168
Cass. com., 21 juin 1994, Bull. civ. IV, n° 232, D. 1994, IR. p. 216

Section 2 : L'analyse renouvelée de la preuve de l'élément contractuel

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 6 déc. 1988, Barbera, Messegue et Jabardo contre Espagne, Req. n° 10590/83

Cour de cassation – Chambre des requêtes

Cass. req., 8 mars 1898, DP. 1898.1.104
Cass. req., 18 juill. 1906, DP. 1907.1.111
Cass. req., 1^{er} août 1906, DP. 1909.1.398

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 24 juil. 1963, Bull. crim., n° 263
Cass. crim., 9 juillet 1969, Bull. crim., 221, RSC 1969, p. 883, obs. P. Bouzat
Cass. crim., 26 févr. 1970, Bull. crim. n° 79, D. 1970, somm. p. 124, JCP 1970. II. 16446
Cass. crim., 29 mai 1980, Bull. crim., n° 164
Cass. crim., 22 févr. 1993, Bull. crim., n° 84

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. civ., 13 juill. 1874, DP. 1875.1.173
Cass. civ., 24 déc. 1919, DP. 1920. 1. 12
Cass. civ., 20 janv. 1953, Bull. civ. I, n° 239
Cass. civ. 1, 27 avr. 1977, Bull. civ. I, n° 192, D. 1977, p. 413, note C. Gaury
Cass. civ. 1, 1^{er} juill. 2001, Bull. civ. I, n° 213
Cass. civ. 3, 21 mars 1972, Bull. civ. III, n° 193
Cass. com., 22 oct. 1991, Bull. civ. IV, n° 302, JCP 1992. I. 3570, Defrénois 1992. 321, RTDciv. 1992, p. 90, D. 1993, p. 181

Cass. com., 13 mars 1984, n° 82-11.866, Bull. civ. IV, n° 99, Rev. sociétés 1984. 753, note C.-H. Gallet, 1^{re} esp., D. 1985, p. 244, note Y. Reinhard

2nde partie : L'inexécution du contrat en droit pénal

Cass. civ., 21 nov. 1911, DP. 1913. 1. 249, note L. Sarrut, S. 1912. 1. 73, note C. Lyon-Caen

Titre I : Le particularisme de la constitution de l'inexécution pénale

Chapitre I : La violation particulière d'une obligation contractuelle ordinaire

Section 1 : Le particularisme classique du fait délictueux

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 18 nov. 1837, S. 1838. 1. 366

Cass. crim., 30 août 1849, DP. 1849. 5. 2

Cass. crim., 29 déc 1866, DP. 1867. 1. 188

Cass. crim., 4 avr. 1924, DH. 1924. 371

Cass. crim., 20 juin 1931, Bull. crim., n° 183

Cass. crim., 23 avr. 1932, Bull. crim., n° 114

Cass. crim., 20 janv. 1939, DH. 1939. 151

Cass. crim., 15 juin 1939, Bull. crim., n° 128, DP. 1940. 1. 60

Cass. crim., 1^{er} mai 1940, DH. 1940. 169

Cass. crim., 18 janv. 1950, S. 1950. 1. 193, note A. Légal, JCP 1950. II. 5422, note L. Gruffy

Cass. crim., 7 mars 1956, D. 1956, p. 308

Cass. crim., 20 nov. 1957, Bull. crim., n° 751

Cass. crim., 10 avr. 1959, Bull. crim., n° 209

Cass. crim., 12 mai 1959, Bull. crim., n° 254

Cass. crim., 24 juil. 1963, Bull. crim., n° 263

Cass. crim., 17 déc. 1963 (1^{ère} espèce), Bull. crim., n° 99, JCP 1971. II. 16869, note G. de Lestang

Cass. crim., 12 mai 1964, Bull. crim., n° 161

Cass. crim., 23 juin 1965, D. 1965, p. 778, GP 1965. 2. 220

Cass. crim., 9 juil. 1969, GP 1969. 2. 194
Cass. crim., 29 janv. 1970, D. 1972, p. 244, note J.- Costa
Cass. crim., 13 févr. 1973, Bull. crim., n° 74
Cass. crim., 22 nov. 1973, Bull. crim., n° 432
Cass. crim., 18 juil. 1974, D. 1974, somm. p. 123
Cass. crim., 10 mai 1976, Bull. crim., n° 149
Cass. crim., 17 mai 1976, Bull. crim., n° 159
Cass. crim., 7 déc. 1977, Bull. crim., n° 387
Cass. crim., 17 oct. 1978, Bull. crim., n° 273
Cass. crim., 11 juin 1980, Bull. crim., n° 188, D. 1981, IR. p. 154, obs. M. Puech
Cass. crim., 3 déc. 1981, Bull. crim., n° 322, RSC 1982, p. 621, obs. P. Bouzat
Cass. crim., 22 mai 1989, Bull. crim., n° 93
Cass. crim., 26 fév. 1990, Dr. pén. 1990, comm. 192, note M. Véron.
Cass. crim., 25 juil. 1991, Bull. crim., n° 35
Cass. crim., 12 déc. 1990, Bull. crim., n° 430
Cass. crim., 12 déc. 1990, D. 1991, p. 364, note S. Mirabail
Cass. crim., 11 mars 1991, Dr. pén. 1991, comm. 257, note M. Véron
Cass. crim., 2 mars 1992, JCP 1992. IV. 2245, RTDcom. 1993, p. 388, obs. P. Bouzat
Cass. crim., 10 mai 1993, Bull. crim., n° 170, Dr. pén. 1993, comm 188, note J.-H. Robert,
CCC. 1993, comm. 204, G. Raymond, RTDcom. 1993, p. 94, obs. B. Bouloc
Cass. crim., 4 nov. 1993, RJDA. 1/1994, n° 103
Cass. crim., 30 mars 1994, Bull. crim., n° 130, Dr. pén. 1994, comm. 164, note J.-H. Robert
Cass. crim., 25 mai 1994, Bull. crim., n° 203, RSC 1995, p. 97, obs. B. Bouloc
Cass. crim., 27 févr. 1995, Dr. pén. 1995, comm. 147, note J.-H. Robert
Cass. crim., 3 juil. 1997, Bull. crim., n° 265, RSC 1998, p. 552, obs. R. Ottenhof
Cass. crim., 23 févr. 2000, Bull. crim., n° 85, RSC 2000, p. 611, obs. Y. Mayaud, p. 639, obs.
J. Francillon, p. 815, obs. B. Bouloc
Cass. crim., 1^{er} mars 2000, Bull. crim., n° 97, RSC 2000, p. 831, obs. R. Ottenhof, D. 2001, p.
2352, note M. Segonds.
Cass. crim., 14 nov. 2000, Bull. crim., n° 338
Cass. crim., 18 oct. 2000, Dr. pén. 2001, comm. 28, note M. Véron, RSC 2001, p. 384, obs. R.
Ottenhof
Cass. crim., 4 mars 2003, Dr. pén. 2003, comm. 75, note J.-H. Robert
Cass. crim., 3 déc. 2003, Bull. crim., n° 232, JCP 2004. IV. 1109

Cass. crim., 22 sept. 2004, Bull. crim., n° 218, JCP 2004.IV.3184, D. 2005, p. 411, note B. de Lamy, AJ. pén. 2005. 22, obs. J. Leblois-Happe, Dr. pén. 2004, comm. 179, note M. Véron, JCP 2005. II. 1034, note A. Mendoza-Caminade, RSC 2005, p. 852, obs. R. Ottenhof.

Cass. crim., 9 mars 2005, Dr. pén. 2005, comm. 107, note M. Véron, RPDP 2005, p. 977, note S. Fournier

Cass. crim., 29 nov. 2005, Bull. crim., n° 310, D. 2006, pan. p. 1656, obs. S. Mirabail, AJ. pén. 2006. 85, AJDI 2006. 132, Dr. pén. 2006, comm. 35, note M. Véron, JCP 2005. IV. 3799.

Cass. crim., 14 févr. 2007, Bull. crim., n° 47, D. 2007, AJ, p. 1080, *ibid.*, 2007. pan. p. 2640, obs. S. Mirabail, AJ. pén. 2007. 275, note Y. Muller, RDI. 2007. 281, obs. G. Roujou de Boubée, Dr. pén. 2007, comm. 84, note M. Véron

Cass. crim., 19 sept. 2007, D. 2008, p. 958, note D. Rebut, *ibid.*, 2008, pan. p. 1577, note C. Mascala, *ibid.*, 2009, pan. p. 132, obs. S. Mirabail

Cass. crim., 4 mars 2008, D. 2008, p. 2213

Cass. crim., 4 nov. 2008, Bull. crim., n° 223, RSC 2009, p. 102, obs. C. Ambroise-Castérot, AJ. pén. 2009. 74, obs. J.-R. Demarchi, Dr. pén. 2009, comm. 14, note J.-H. Robert, CCC. 2009, comm. 90, obs. G. Raymond

Cass. crim., 1^{er} déc. 2009, n° 09-82140, Juris-Data n° 2009-050985.

Cass. crim., 16 juin 2011, n° 10.83758, Dr. pén. 2011, comm. 116, note M. Véron

Cass. crim., 20 juil. 2011, n° 10-81726, Dr. pén. 2011, comm. 116, note M. Véron

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. civ. 1, 21 oct. 1997, JCP 1998. II. 10103, note V. Varet, JCP E. 1998. 376, note B. Petit, D. 1998, p. 271, note Ph. Brun

Cass. com., 1^{er} déc. 1992, CCC. 1993, comm. 44, obs. L. Leveneur.

Cass. com., 8 janv. 2002, RTDciv. 2002, p. 323, note P.-Y. Gautier

Cass. com., 22 janv. 2002, RCA 2002, comm. 175

Juridictions du fond

CA Dijon, 9 juil. 1930, S. 1931, 2, p. 132

CA Montpellier, 7 févr. 1951, JCP 1951. II. 6347, note J. Magnol

CA Orléans, 8 nov. 1957, JCP 1958. II. 10383, note E. Becqué

CA Versailles, 14 janv. 1980, D. 1980, p. 422, note R. Brunois

CA Paris, 26 mars 1987, D. 1987, IR. p. 115

CA Douai, 6 janv. 1989, D. 1991, somm. p. 64, obs. G. Azibert

CA Paris, 1^{er} déc. 1989, D. 1990, IR. p. 19

Juridictions étrangères

Belge - Cass. 29 mars 1994, Pas., 1994, I, p. 322, n° 153

Cass. 6 sept. 1995, Pas., 1995, I, p. 777, n° 367

Cass. 8 sept. 1998, Pas., 1998, p. 931

Cass. 13 janv. 1999, Pas., 1999, p. 38, n° 16, R.W., 1999-2000, p. 917

Section 2 : Le particularisme renouvelé du fait délictueux

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH 17 mars 2009, Ould Dah c/ France, D. 2009, p. 1573

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 29 déc. 1866, DP. 1867. 1. 188

Cass. crim., 8 mai 1919, D. 1920, p. 76

Cass. crim., 1^{er} mai 1940, DH. 1940. 169

Cass. crim., 18 janv. 1950, S. 1950. 1. 193, note A. Légal, JCP. 1951. II. 5422, note L. Gruffy

Cass. crim., 11 juin 1960, Bull. crim. n° 314

Cass. crim., 17 janv. 1968, Bull. crim., n° 12, GP 1968. 1. 106

Cass. crim., 24 janv. 1968, Bull. crim., n° 24

Cass. crim., 15 mars 1968, Bull. crim. 1968, n° 155

Cass. crim. 8 déc. 1971, Bull. crim., 341

Cass. crim. 20 févr. 1973, GP 1973. 1. 285

Cass. crim., 21 juil. 1977, D. 1978, IR. p. 111, obs. M. Puech

Cass. crim., 11 juin 1980, Bull. crim., 1980, n° 188, D. 1981, IR. p. 154, obs. M. Puech, RSC 1980, p. 991, obs. P. Bouzat

Cass. crim., 16 janv. 1984, Bull. crim. n° 18

Cass. crim., 13 févr. 1984, Bull. crim., n° 49

Cass. crim., 19 févr. 1990, Bull. crim., n° 80

Cass. crim., 6 janv. 1992, Dr. pén. 1992. comm. 177, note M. Véron

Cass. crim., 17 févr. 1992, Bull. crim., n° 72

Cass. crim., 14 févr. 1994, Dr. pén. 1994, comm. 233, note M. Véron.

Cass. crim., 2 mars 1994, Dr. pén. 1994, comm. 159, note M. Véron, RSC 1994, p. 765, obs. R. Ottenhof

Cass. crim., 30 mai 1996, Bull. crim., n° 224, RSC 1997, p. 129, obs. J. Riffault-Treca

Cass. crim., 6 sept. 2000, Dr. pén. 2001, comm. 14, note M. Véron

Cass. crim. 22 janv. 2003, Dr. pén. 2003, comm. 69, note M. Véron, RSC 2003, p. 791, obs. R. Ottenhof, D. 2004, somm. p. 308, obs. G. Roujou de Boubée

Cass. crim., 14 mai 2003, RSC 2003, p. 797, chron. D. Rebut

Cass. crim., 26 janv. 2005, Bull. crim., n° 29, Dr. pén. 2006, comm. 60, note M. Véron, LPA 8 août 2005, chron. Dr. pén. spécial, p. 11, obs. R. Ollard

Cass. crim., 14 févr. 2007, Bull. crim., n° 47, D. 2007, AJ. p. 1080, *ibid.*, 2007. pan. p. 2640, obs. S. Mirabail, AJ. pén. 2007. 275, note Y. Muller, RDI 2007. 281, obs. G. Roujou de Boubée, Dr. pén. 2007, comm. 84, note M. Véron

Cass. crim., 5 sept 2007, Bull. crim., n° 194, JCP 2007.II.10186, note S. Détraz, Dr. pén. 2007, comm. 157, note M. Véron, AJ. pén. 2007, p. 481, obs. Y. Muller

Cass. crim. 19 sept. 2007, D. 2008, p. 958, note D. Rebut, *ibid.*, 2008, pan. p. 1577, note C. Mascala, *ibid.*, 2009, pan. p. 132, obs. S. Mirabail

Cass. crim., 9 janv. 2008, D. 2008, pan. p. 1577, note C. Mascala, *ibid.*, 2009, pan. p. 132, obs. S. Mirabail, RSC 2008, p. 595, obs. C. Mascala, Dr. pén. 2008. comm. 50, note M. Véron

Cass. crim., 13 janv. 2010, Bull. crim., n° 6, Dr. pén. 2010, comm. 61, note M. Véron, RSC 2010, p. 621, chron. H. Matsopoulou, JCP 2010. 936, note J. Lasserre Capdeville

Cass. crim., 30 juin 2010, D. 2010, p. 2820, note J. Lasserre Capdeville

Cass. crim., 9 févr. 2011, n° 10-80801, Dr. pén. 2011, comm. 59, note M. Véron.

Cass. crim., 5 oct. 2011, n° 10-88722

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. civ. 1, 11 oct. 1972, D. 1972, p. 747

Cass. civ. 1, 2 oct. 1980, Bull. civ. I, n° 240

Cass. civ. 1, 18 janv. 1984, Bull. civ. I, n° 27, p. 21, RTDciv. 1984, p. 727, obs. J. Huet

Cass. civ. 1, 15 nov. 1988, D. 1989, p. 349, RTDciv. 1990, p. 666, obs. P. Jourdain

Cass. civ. 1, 16 juin 1993, D. 1994, p. 546, note T. Clay

Cass. civ. 1, 6 avr. 1994, JCP 1994. I. 3781, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan

Cass. civ. 1, 4 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 14, Defrénois 1995, art. 36210, p. 1408, obs. D. Mazeaud

Cass. civ. 1, 2 déc. 1997, Defrénois 1998, p. 342, obs. D. Mazeaud, JCP 1998. I. 144, n° 10, obs. G. Viney
Cass. civ. 1, 29 janv. 2002, RCA 2002, comm. n° 174
Cass. civ. 1, 15 mars 2005, CCC. 2005. 129, note L. Leveneur
Cass. civ. 3, 20 déc. 1971, Bull. civ. III, n°63
Cass. com., 9 mai 1990, Bull. civ. IV, n° 142, p. 95, RTDciv. 1990, p. 666, obs. P. Jourdain
Cass. com., 2 juil. 1996, Bull. civ. IV, n° 98
Cass. com., 22 oct. 1996, D. 1997, p. 121, note A. Sériaux, JCP 1997. II. 22881, note D. Cohen, Defrénois 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud
Cass. com., 5 juin 2007, JCP 2007. II. 10145, note D. Houtcieff
Cass. com., 29 juin 2010, Bull. civ. IV, n° 115, JCP 2010. 787, note D. Houtcieff, RTDciv. 2010, p. 555, obs. B. Fages, RDC 2009, p. 1220, obs. Laithier
Cass. soc., 10 juil. 1996, Bull. civ. V, n° 278, Dr. soc. 1996. 976, obs. H. Blaise, Dr. ouvr. 1996, 457, note P. Moussy, JCP 1997. II. 22768, note Y. Saint-Jours
Cass. soc., 21 janv. 1988, Bull. civ. V, n° 58

Juridictions du fond

CA Dijon, 9 juil. 1930, S. 1931, 2, p. 132
CA Toulouse 2 mars 2000, Juris-Data n° 2000-119919
CA Rennes, 3 mai 2000, Dr. pén. 2000, comm. 125, note M. Véron
CA Saint-Denis de la Réunion, 26 avril 2007 (cassé par l'arrêt Cass. crim., 9 janv. 2008, D. 2008, pan. p. 1577, note C. Mascala, *ibid.*, 2009, pan. p. 132, obs. S. Mirabail, RSC 2008, p. 595, obs. C. Mascala, Dr. pén. 2008. comm. 50, note M. Véron
T. corr. Le Mans, 16 févr. 1998, JCP 1999. II. 10011, note J. Frayssinet
TGI Verdun, 19 nov. 1965, JCP 1966. II. 14735, note R. Meurisse

Chapitre II : La violation ordinaire d'une obligation contractuelle particulière

Section 1 : L'identité potentielle des faits générateurs

Conseil constitutionnel

Cons. Const. n° 80-127, 19-20 janv. 1981, D. 1982, p. 441, note A. Dekeuwer.
Cons. Const. n° 98-401, 10 juin 1998, D. 2000, somm. p. 60, obs. L. Favoreu

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH 2 août 1984, Malone c/ RU, Req 8691/79

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 4 mars 1986, Bull. crim., n° 87

Cass. crim., 17 oct. 1995, Dr. ouvrier 1997, p. 36

Cass. crim., 3 sept. 1996, Juris-Data n° 1996-004165, Dr. ouvrier 1998, p. 85

Cass. crim., 10 fév. 1998, Juris-Data n° 005198

Cass. crim., 12 févr. 2005, Juris-Data n° 2000-028309.

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. soc., 21 mars 1973, Bull. civ., n° 175

Cass. soc., 2 avr. 1997, Dr. soc., 1997. 528

Cass. soc., 15 mars 2000, RJS 6/00, n° 626

Cass. soc., 10 mai 2001, D. 2002, p. 1167, note I. Desbarats

Cass. soc., 10 juil. 2002, Dr. soc., 2002. 1010, obs. J. Savatier

Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-10.208 .D.

Cass. soc., 26 avr. 2006, Bull. civ. V, n° 146

Cass. soc., 23 oct. 2007, Dr. soc., 2008. 126, obs. J. Savatier, RTDciv. 2008, p. 33, obs. A.

Fabre, D. 2008, pan. p. 442, obs. J. Porta, SSL 24 déc. 2007, n° 1334, p. 10, note M.-C.

Amauger-Lattes

Cass. soc., 12 mars 2008, D. 2008, AJ. p. 994.

Juridictions du fond

CA Paris, 29 nov. 1999, Juris-Data, n° 103704, JCP E. 2000. 1131, obs. E. Fortis

Section 2 : L'identité légitime des faits générateurs

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. civ., 14 fév. 1866, DP. 1866. 1. 84

Cass. civ. 1, 20 nov. 1990, Bull. civ. I, n° 258

Cass. civ. 1, 2 avril 1996, Bull. civ. I, n° 166

Cass. civ. 1, 18 juil. 2000, Bull. civ. I, n° 224, D. 2000, p. 853, note Y. Chartier

Cass. civ. 1, 15 mai 2001, n° 99-20597

Cass. soc., 16 juin 1945, Dr. soc. 1946.427, note P. Durand

Cass. soc., 15 févr. 1978, Bull. civ. V, n° 107, p. 78, D. 1978, IR. p. 387, obs. J. Péliissier, D. 1979, IR. p. 312, obs. F. Alaphilippe et J.-P. Karaquillo, D. 1980, p. 30, note G. Lyon-Caen, RCDIP. 1979. 79, note M. Simon-Depitre.

Cass. soc., 15 févr. 1978, n° 76-41142.

Cass. soc., 26 janv. 1983, n° 80-41676.

Cass. soc., 12 déc. 1989, n° 87-40.117

Cass. soc., 19 déc. 2000, Dr. soc. 2001. 227, note A. Jeammaud

Titre II : Le particularisme de la réparation de l'inexécution pénale

Chapitre I : Le sens du particularisme de la réparation

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 13 févr. 1995, Bull. crim., n° 63

Cass. crim., 27 oct. 1953, Bull. crim., n° 271

Section 1 : Le constat de l'élimination des règles contractuelles

Cour de cassation – Chambres réunies

Cass. ch. Réunies, 5 avr. 1913, D. 1914, 1, p. 65

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 15 juin 1923, DP. 1924. 1. 135

Cass. crim., 21 mars 1930, GP 1930. 1. 902

Cass. crim., 12 déc. 1946, JCP 1947. II. 3621, note R. Rodière, D. 1947, p. 94, GP 1997. 1.
57

Cass. crim., 19 févr. 1948, Bull. crim., n° 54

Cass. crim., 29 nov. 1955, D. 1956, p. 177

Cass. crim., 10 mars 1958, Bull. crim., n° 254, RGAE., 1966. 345 obs. M. du Pontavice

Cass. crim., 27 mai 1963, Bull. crim., n° 187

Cass. crim., 5 déc. 1963, Bull. crim., n° 352

Cass. crim., 22 janv. 1970, D. 1970, p. 166, note J.-P. Costa, JCP 1970. II. 16326, note M. Guérin, RTDcom. 1970, p. 464, obs. J. Hémar
Cass. crim., 9 juil. 1970, D. 1970, p. 776
Cass. crim., 27 juin 1972, GP 1973. 1. 249
Cass. crim., 10 juil. 1979, Bull. crim., n° 244
Cass. crim., 5 nov. 1979, D. 1980, IR. p. 296
Cass. crim., 23 juil. 1980, Bull. crim., n° 232
Cass. crim., 9 juil. 1982, Bull. crim., n° 184
Cass. crim., 18 oct. 1988, Bull. crim., n° 353, RTDcom. 1989, p. 288, obs. B. Bouloc, GP 1989. 2. 279, note J.-P. Doucet
Cass. crim., 26 mars 1991, Bull. crim., n° 141
Cass. crim., 10 mars 1992, JCP 1993. I. 3641, n° 8, note M. Véron, Dr. pén. 1992, comm. 229, note M. Véron.
Cass. crim., 25 juin 1996, JCP 1996. IV. 2478
Cass. crim., 29 oct. 1996, Bull. crim., n° 375, D. 1997, IR. p. 20
Cass. crim., 9 déc. 1993, Bull. crim., n° 382
Cass. crim., 6 févr. 2001, Bull. crim., n° 32

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. civ. 3, 28 nov. 1972, Bull. civ. III, n° 637

Juridictions du fond

T. corr. Seine, 27 nov. 1924, GP 1925. 1. 120

Section 2 : L'appréciation de l'élimination des règles contractuelles

Cour de cassation – Chambre des requêtes

Cass. req., 5 juin 1882, D. 1883, 1, p. 291, S. 1884. 1. 71

Cass. req., 12 mai 1896, S. 1898., 1, p. 135

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 7 mars 1855, D. 1855, 1, p. 81

Cass. crim., 16 mars 1959, Bull. crim., n° 181.

Cass. crim., 20 oct. 1986, Bull. crim., n° 291

Cass. crim., 26 mars 1991, Bull. crim., n° 142
Cass. crim., 3 mars 1993, Bull. crim., n° 96
Cass. crim., 22 févr. 1996, Bull. crim., n° 88, Dr. pén. 1996, comm. 133, note J.-H. Robert
Cass. crim. 20 mars 1996, Bull. crim., n° 119, JCP 1996. I. 3985, obs. G. Viney, n° 22
Cass. crim., 3 avr. 2001, Dr. pén. 2002, comm. 23, note A. Maron

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. civ., 21 juil. 1890, DP. 1891. 1. 380.
Cass. civ., 13 mars 1950, D. 1950, p. 414
Cass. civ., 23 mars 1953, D. 1953, p. 363, JCP 1953. II. 7637, note R. Savatier
Cass. civ. 1, 25 oct. 1965, GP 1966. 257
Cass. civ. 1, 30 avr. 1968, Bull. civ. I, n° 128, p. 100
Cass. civ., 22 mai 1968, GP 1968. 2. 290.
Cass. civ. 1, 11 mai 1982, Bull. civ. I, n° 170, GP 1982. 2. 612, note F. Chabas, RTDciv. 1983, p. 145, obs. G. Durry
Cass. civ. 1, 11 janv. 1989, JCP 1989. II. 21326, note Ch. Larroumet
Cass. civ. 2, 18 oct. 1989, Bull. civ., n° 183
Cass. civ. 1, 4 nov. 1992, Bull. civ. I, n° 276
Cass. civ. 2, 26 mai 1992, Bull. civ. II, n° 154
Cass. civ. 2, 14 déc. 1992, Dr. pén., 1993, comm. 94, note A. Maron
Cass. civ. 3, 7 juin 1990, Bull. civ. III, n° 140
Cass. civ. 3, 30 janv. 2002, Bull. civ. III, n° 17, D. 2003, p. 458, note D. Mazeaud
Cass. civ. 3, 3 déc. 2003, Bull. civ. III, n° 221, JCP 2004. I. 163, n° 2, obs. G. Viney, D. 2005, pan. p. 185, obs. D. Mazeaud, CCC. 2004, n° 38, obs. L. Leveneur
Cass. civ. 3, 10 mai 2007, RDC 2007, p. 1229, Y.-M. Serinet
Cass. com. 10 juin 1960, Bull. civ. IV, n° 224
Cass. com., 11 mars 1964, GP 1964. 1. 439
Cass. com., 25 mai 1966, Bull. civ. IV, n° 276
Cass. com., 14 juin 1972, Bull. civ. IV, n° 193
Cass. com., 30 mars 1978, Bull. civ. IV, n° 95
Cass. com., 10 janv. 2006, n° 04-19941
Cass. soc., 9 juil. 1980, JCP 1980. IV. 361
Cass. soc., 9 avr. 2008, n° 07-40880
Cass. soc., 21 mai 2008, JCP 2008. II. 10135, note S. Detraz

Cass. civ. 1, 2 déc. 1997, n° 95-21907.

Chapitre II : La portée du particularisme de la réparation

Section 1 : La présence de particularités étrangères à l'élimination de la responsabilité délictuelle

Cour de cassation – Chambre des requêtes

Cass. req., 28 févr. 1938, GP 1938. 1. 871

Cour de cassation – Chambre mixte

Cass. ch. mixte, 28 janv. 1972, JCP 1972. II. 17050, concl. R. Lindon, D. 1972, somm., p. 75, RTDciv. 1972, p. 406, n° 12, obs. G. Durry

Cass. ch. mixte, 6 juil. 2007, n° 06-13.823

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 13 févr. 1885, DP. 1885. 1. 480

Cass. crim., 7 févr. 1896, DP. 1897. 1. 501

Cass. crim. 20 mars 1954, DP. 1954. J. 494

Cass. crim., 26 juin 1956, JCP 1956. II. 9413

Cass. crim., 18 nov. 1965, Bull. crim., n° 241

Cass. crim., 9 juillet 1970, D. 1970, p. 776

Cass. crim., 14 mars 1973, Bull. crim., n° 126

Cass. crim., 9 janv. 1975, D. 1976, p. 116, note P. Chauveau

Cass. crim., 8 nov. 1982, Bull. crim., n° 243

Cass. crim., 17 févr. 1986, Bull. crim., n° 62

Cass. crim., 21 novembre 1989, Bull. crim., n° 425

Cass. crim., 5 déc. 1989, Bull. crim., n° 462

Cass. crim., 4 oct. 1990, Bull. crim., n° 331

Cass. crim., 25 janv. 1993, RJDA 1993, n° 370

Cass. crim., 26 oct. 1994, Bull. crim., n° 340

Cass. crim., 22 févr. 1996, Bull. crim., n° 88, Dr. pén., 1996, comm. 133, note J.-H. Robert

Cass. crim. 29 janv. 1998, n° 96-83.149, Bull. crim., n° 35

Cass. crim., 3 avr. 2001, Dr. pén. 2002, comm. 23, note A. Maron

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. civ., 14 avr. 1891, Grands arrêts n° 176, p. 180.

Cass. civ. 1, 31 janv. 1973, Bull. civ. I, n° 41, D. 1973, p. 149, note Schmelck, RTDciv. 1973, p. 576, obs. G. Durry

Cass. civ. 1, 2 mars 1983, Bull. civ. I, n° 85

Cass. civ. 1, 17 nov. 1993, Bull. civ. I, n° 326, RTDciv. 1994, p. 115, obs. P. Jourdain

Cass. civ. 1, 22 juin 2004, Bull. civ. I, n° 182, RTDciv. 2004, p. 503, n° 3, obs. J. Mestre et B. Fages.

Cass. civ. 3, 5 févr. 1971, Bull. civ. III, n° 90

Cass. civ. 3, 20 nov. 1984, D. 1985, IR. p. 399, obs. A. Robert

Juridictions du fond

TGI Paris 16 avril 1996, D. 1997, somm. p. 72, obs. J.-Y. Dupeux.

Section 2 : L'absence de particularité imputable à l'élimination de la responsabilité contractuelle

Cour de cassation – Assemblée plénière

Cass. ass. plén., 30 juin 1998, JCP. 1998. II. 10146, note Ph. Delebecque, CCC. 1998, n° 143, obs. L. Leveneur, RTDciv. 1999, p. 119, obs. P. Jourdain

Cour de cassation – Chambre des requêtes

Cass. req., 14 déc. 1926, DP. 1927. 1. 105

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim., 3 juil. 1947, JCP 1948. II. 4474

Cour de cassation – Chambres civiles

Cass. civ., 29 juin 1932, DP. 1933. 1. 49, note L. Josserand

Cass. civ., 29 juin 1948, JCP 1949. II. 4660, obs. R. Rodière

Cass. civ., 25 juin 1959, D. 1960, p. 97, note R. Rodière

Cass. civ. 1, 31 mars 1981, Bull. civ. I, n° 112, p. 95, RTDciv. 1981, p. 859, obs. G. Durry

Cass. civ. 1, 22 oct. 1975, D. 1976, p. 151, note J. Mazeaud

Cass. civ. 1, 22 nov. 1978, JCP. 1979. II. 19139, obs. G. Viney
Cass. civ. 1, 11 mai 1982, Bull. civ. I, n° 170, GP 1982. 2. 612, note F. Chabas, RTDciv. 1983, p. 145, obs. G. Durry
Cass. civ. 2, 28 oct. 1954, Bull. civ. II, n° 328, JCP 1955. II. 8765, note R. Savatier.
Cass. civ. 2, 17 févr. 1955, D. 1956, p. 17, note P. Eismein, JCP 1955. II. 8951, obs. R. Rodière
Cass. civ. 2, 13 mai 1955, D. 1956, p. 53
Cass. com., 15 juin 1959, D. 1960, p. 97, note R. Rodière
Cass. com., 22 avr. 1975, D. 1975, somm. p. 92
Cass. com. 25 juin 1980, JCP 1980. IV. 338, RTDciv. 1981, p. 165, obs. G. Durry
Cass. com., 22 oct. 1996, D. 1997, p. 121, note A. Sériaux, JCP 1997. II. 22881, note D. Cohen, Defrénois 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud
Cass. com., 3 avr. 2001, Bull. civ. IV, n° 70, JCP 2001. I. 354, n° 11, obs. F. Labarthe
Cass. soc., 15 juil. 1949, JCP 1949. II. 5181, 2^{ème} espèce, note G. B

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Abus de biens sociaux : 239, 333, 423.

Abus de faiblesse :

-du Code pénal : 13

--confiance : 267

--patrimoine : 265

--préjudice : 239, 242, 246 et s., 255 et s., 259.

--identification de l'élément contractuel : 80, 90, 111, 118.

-du Code de la consommation : 13.

--identification de l'élément contractuel : 80, 90, 122 et s.

Abus de confiance : 8.

-action civile :

--*electa una via* : 509.

--exclusion des règles contractuelles : 499, 571, 575.

-contrat :

--apparence : (*V. apparence*)

--clause de réserve de propriété : 164 et s., 418

--existence : 59, 62, 64 et s., 76, 81, 95 et s.

--interprétation : 145.

--nullité : 207, 215, 221 et s., 230.

--novation : 172 et s.

--qualification : 105, 110, 114, 120, 129, 137 et s.

--preuve : 227 et s., 301.

-détournement :

--atteinte à la confiance : 266, 388 et s., 411 et s.

--atteinte à la propriété : 373 et s., 384 et s.

--compensation : 365 et s.

--droit de rétention : 363 et s.

--élément moral : 356 et s., 413 et s.

--et soustraction : 345 et s.

--obligation accessoire : 398, 411 et s.

--obligation fondamentale : 398, 411 et s.

-droit comparé : 10.

-historique : 9.

-préjudice : 239 et s., 255, 260.

Accessoire (principe de l'--): 530 et s., 535 et s.

Action à fins civiles : 527, 563 et s.

Action civile :

-action civile collective : 489 et s., 511.

-et clause limitative ou exclusive de responsabilité : 499, 589 et s.

-et exécution forcée : 499, 500, 527, 562 et s.

-et résolution : 499, 506, 540, 562 et s.

-préjudice réparable : 580 et s.

-prescription : 552 et s.

Administrateur judiciaire : 333, 464.

Amendes civiles : 19.

Annulation du contrat : 213 et s., 470 et s.

(v. *aussi nullité*)

Antichrèse : 132.

Apparence :

-objective : 41 et s.

--rejet : 43 et s.

-trompeuse : 34 et s.

--rejet : 37 et s.

Autonomie :

-du droit pénal : 17 et s., 228, 302

-notion : 16.

(v. *aussi réalisme*)

Autorité de chose jugée : 538 et s.

B

Bigamie :

-exception préjudicielle : 194.

-validité des mariages : 196 et s.

C

Cause du contrat :

-définition de la – et existence du contrat : 99.

-licéité de la -- et existence du contrat : 94 et s.

-et obligation fondamentale : 402.

Cessation de l'illicite : 564, 567.

Chantage :

-identification de l'élément contractuel : 54, 62, 81, 117 et s.

-preuve de l'élément contractuel : 298 et s.

Clause de réserve de propriété :

-et élément contractuel : 159 et s.

-et détournement : 418.

-et vol : 86.

Clause pénale : 19.

Clause résolutoire : (v. *résolution*).

Compétence territoriale du juge pénal : 550 et s.

Condition préalable :

-et annulation du contrat : 194.

-et preuve du contrat : 280, 286 et s., 298 et s.

Confiance : 266 et s., 388 et s.

Consommateur :

-protection des -- : 379 et s., 383.

-action civile des associations de -- : 491.

Contractualisation :

-de la peine : 3.

-de la procédure pénale : 4 et s.

Contrat de travail :

-annulation : 226, 470 et s.

-et relation de travail : 478.

-et obligations légales : 434 et s.

-nullité : 467 et s.

Convention collective : 438.

D

Déchéance du droit aux intérêts : 19, 473.

Démarchage : 21.

Détournement :

-notion de : 398, 418, 422.

Détournement de biens gagés :

-contrat de gage :

--nullité : 64.

--qualification : 131 et s.

-détournement :

--atteinte à la confiance : 408.

--atteinte aux droits réels : 376, 385.

--obligation fondamentale : 409.

Dirigeant :

-de fait : 333, 464.

-mandat social : 333, 464.

Dol :

-et responsabilité contractuelle : 585 et s., 591 et s.

-et vices du consentement : 77, 81, 90.

-historique : 9.

Domicile : 7, 302.

Dommages et intérêts punitifs : 19.

E

Electa una via : 504 et s.

Erreur : (v. *Vices du consentement*)

Escroquerie :

-droit comparé : 10.

-existence du contrat : 62, 77, 81, 93, 97.

-historique : 9.

-préjudice : 239 et s., 248 et s.

-preuve du contrat : 298 et s.

-qualification du contrat : 117 et s.

Exception préjudicielle :

-et qualification du contrat : 106, 126 et s.

-et validité du contrat : 194.

Existence du contrat :

-conditions : 73 et s.

-et inexistence : 70.

-et obligation fondamentale : 402.

-notion : 67 et s.

Extorsion :

-identification de l'élément contractuel : 54, 62, 81, 117 et s.

-preuve de l'élément contractuel : 298 et s.

F

Faute lourde :

-assimilation au dol : 585.

-et clause de responsabilité : 592.

-et obligation fondamentale : 403.

-et préjudice réparable : 585.

-et sursis à statuer : 541.

Faux : 199.

Favoritisme : 448.

Fictions :

-définition générale : 162.
-et clause de réserve de propriété : 161 et s.
-et rétroactivité : 229 et s.
-fiction juridique : 162, 230.
-fiction-règle : 162, 230.

Fiducie : 416 et s.

Filouteries : 86, 386, 397, 407.

Formalisme du contrat : 209 et s.

Furtum : 9, 373.

I

Incapacité : 61, 80.

Incrimination par renvoi : 448 et s.

Instrumentum : 118, 148, 259.

Intime conviction : (v. *preuve*)

Interprétation du contrat :

-contrôle : 151 et s.

-méthode : 143 et s.

M

Mariage : (v. *bigamie*)

Mise en demeure : 557 et s.

N

Negotium : 118, 259, 267.

Nemo auditur propriam turpitudinem allegans : 572 et s.

Non-cumul : (v. *principe du non-cumul des responsabilités*).

Novation : 172 et s.

Nullité du contrat :

-annulation : 213 et s., 470 et s.

--restitutions : 220 et s.

--rétroactivité de l'annulation : 225 et s., 470 et s.

-et préjudice : 234 et s.

-incompétence du juge pénal : 194, 487.

-indifférence à la – : 189 et s.

O

Objet du contrat : 92.

Obligation accessoire :

-définition : 401.

-et obligation essentielle : 401, 404 et s.

Obligation de moyen : 360.

Obligation de résultat : 361.

Obligation fondamentale (ou essentielle)

:

-définition : 401.

-et obligation accessoire : 401, 404 et s.

-*fundamental breach* : 400.

Obligation légale : 434 et s.

Opposabilité du contrat : 209 et s.

Option procédurale : 505, 515.

P

PACS : 129, 199.

Peines privées : 19, 473.

Pouvoir disciplinaire de l'employeur :
476.

Pratiques commerciales agressives : 8,
381.

Pratiques commerciales trompeuses : 81,
121, 383.

Pratiques restrictives de concurrence :
473.

Préjudice :

-et nullité du contrat : 234 et s.

-préjudice collectif : 492 et s.

Prescription :

-de l'action civile : 552 et s.

-de l'action publique : 552 et s.

-solidarité des prescriptions : 554.

Prêt :

-annulation du contrat de -- : 226.

-et abus de confiance : 417, 426 et s.

-et obligation légale : 442.

Preuve du contrat :

-charge de la -- : 271.

-condition préalable :

--et élément constitutif : 277 et s.

-intime conviction : 324 et s.

-modes de preuve :

--et acte juridique : 280, 308.

--et fait juridique : 308 et s.

--et infraction : 321 et s.

-note Barris : 276 et s.

-principe de liberté de la preuve : 326.

-vérité formelle : 317.

-vérité matérielle : 317, 320, 322.

Principe de cristallisation des éléments constitutifs au moment des faits : 231 et s.

Principe de non-option (ou de non-cumul) des responsabilités :

-définition : 516 et s.

-fondements : 521 et s.

Prise illégale d'intérêts : 61, 80.

Professionnel :

-responsabilité du -- : 357.

Propriétaire : 375, 384.

Propriété :

-abus de confiance et -- : 384, 418, 427.

-clause de réserve de -- : (v. *cette expression*)

-valeur protégée classique : 263 et s., 373 et s.

-vente au comptant et transfert de -- : 86.

Proxénétisme : 8, 94, 137, 298.

Publicité trompeuse : (v. *pratiques commerciales trompeuses*)

Q

Qualification du contrat :

-clause de réserve de propriété : (v. *ce mot*)

-élément contractuel innommé : 106 et s.

-élément contractuel nommé : 125 et s.

-novation : (v. *ce mot*)

R

Réalisme du droit pénal :

- et apparence de contrat : 50.
- et clause de réserve de propriété : 162.
- et rétroactivité de l'annulation : 228 et s.

Refus de vente : 13.**Relation de travail :** 478.**Résolution du contrat :**

- et détournement : 416 et s.
- et élément contractuel : 229, 232.
- et réparation : (v. *Action civile*)
- obligation fondamentale : 400.

Responsabilité contractuelle :

- et action civile : 487 et s.
- et infraction : 331 et s.
- finalités : 19.
- négation : 526 et s.

S**Sanction-réparation :** 19.**Secret professionnel :**

- et inexécution contractuelle : 386.
- et obligation fondamentale : 397.

Situation de fait : 69.**Société :**

- annulation de la -- : 226.
- -- créée de fait : 148, 309.
- de fait : 69, 226, 309.
- nature contractuelle : 148.

Stupéfiants :

- trafic de -- : 298.
- vol de -- : 97.

Sursis à statuer : 539 et s.**Syndicats :** v. action civile collective**T****Trafic d'influence :** 94,**Tromperies :**

- élément moral : 356 et s.
- et obligation fondamentale : 405 et s.
- qualification de l'élément contractuel : 110, 121.

V**Vente :**

- vente à la boule de neige : 121.
- vente au comptant : (v. *vol*)
- vente ou prestations de services : 121 et s., 405 et s.

Vices du consentement :

- Coïncidence des infractions avec les -- : 15, 61.
- et existence du contrat : 79 et s.
- erreur-obstacle : 89.

Vol :

- et abus de confiance : 97, 345 et s.
- et résolution du contrat : 232.
- et vente au comptant : 86.

W**Warrant :**

-atteinte aux droits réels : 376.

-et confiance : 409.

-et obligation fondamentale : 409.

TABLE DES MATIERES

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	9
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION.....	13
1^{ère} PARTIE - LA NOTION DE CONTRAT EN DROIT PENAL.....	43
Titre I - La nécessité pénale des conditions d'identification du contrat	47
Chapitre I - L'identification générale d'une opération contractuelle	49
Section 1- L'insuffisance de l'apparence de contrat	50
§1- Le rejet de la théorie de l'apparence trompeuse	51
A- Les composantes de l'apparence trompeuse	52
B- Les limites de l'apparence trompeuse	54
§2- Le rejet de la théorie de l'apparence objective	58
A- Les carences de la définition du contrat objectivement apparent	60
B- Les insuffisances du rôle du contrat objectivement apparent.....	62
1) La condamnation du rôle palliatif de l'apparence objective	63
2) La condamnation du rôle facultatif de l'apparence objective	65
Section 2- La nécessité de l'existence du contrat.....	69
§1- Le choix de la notion d'existence	70
A- L'appel à la notion d'existence	71
1) L'appel législatif à l'existence du contrat	71
2) L'appel jurisprudentiel à l'existence du contrat.....	74
B- L'identification de la notion d'existence.....	77
1) La recherche de la notion d'existence.....	77
2) Le rôle de la notion d'existence	82
§2- La détermination des conditions d'existence	84
A- L'échange de consentements constitutif de l'élément contractuel.....	86
1) La nécessaire existence des consentements	86
a- L'exigence d'une pluralité de consentements.	87
b- L'indifférence aux caractères du consentement.....	88
2) La nécessaire rencontre des consentements	95
a- L'élément contractuel et l'absence d'acceptation	95
b- L'élément contractuel et l'acceptation non conforme à l'offre.....	100
B- L'objet de l'accord constitutif de l'élément contractuel	104
1) L'identification de l'engagement constitutif de l'élément contractuel	106
2) L'impact de l'engagement identifié sur l'élément contractuel	110
Conclusion du premier chapitre	117

Chapitre II - L'identification spéciale de l'opération contractuelle	119
Section 1 - L'opération de qualification du contrat.....	121
§1- La qualification de l'élément contractuel innommé	122
A- Les directives générales de l'opération de qualification	123
1) La largesse de l'opération de qualification	124
2) La souplesse de l'opération de qualification.....	128
B- Les directives spéciales de l'opération de qualification.....	130
1) Les infractions imposant une situation contractuelle générale	130
2) Les infractions imposant une opération contractuelle particulière	134
§2- La qualification de l'élément contractuel nommé	139
A- L'acteur de l'opération de qualification.....	140
B-L'objet de l'opération de qualification.....	142
1) Le rejet des définitions approximatives	142
a- La qualification du contrat de gage	143
b- La qualification du contrat de travail	146
2) Le rejet des qualifications approximatives.....	149
Section 2 - Les outils de l'opération de qualification du contrat	153
§1- L'utilisation des directives d'interprétation du contrat.....	154
A- La mise en œuvre de l'opération d'interprétation du contrat.....	154
1) La méthode d'interprétation du contrat.....	155
2) La portée de l'interprétation du contrat.....	157
B- Le contrôle de l'opération d'interprétation du contrat	160
1) Le principe de l'appréciation souveraine des juges du fond.....	160
2) Le contrôle exceptionnel de la Cour de cassation.....	161
§2 : La prise en compte des mécanismes contractuels	163
A-L'influence de la clause de réserve de propriété.....	164
1) La nécessaire recevabilité de principe du mécanisme	164
2) La mise à l'épreuve de la recevabilité du mécanisme.....	167
a- La clause de réserve de propriété dans l'abus de confiance.....	167
b- La clause de réserve de propriété dans le détournement de gage	169
B- L'influence de la novation.....	170
1) La recevabilité du mécanisme.....	171
2) La recevabilité conditionnée du mécanisme	172
Conclusion du second chapitre.....	175
Conclusion du premier titre.....	177

Titre II - L'inutilité pénale des conditions d'efficacité du contrat	179
Chapitre I - L'indifférence pénale aux conditions de régularité du contrat.....	181
Section 1 - La régularité du contrat à l'épreuve de la composante contractuelle.....	183
§1- L'irrégularité non constatée du contrat	184
A- La prise en compte raisonnable de l'irrégularité du contrat.....	185
1) Présentation du rôle de la nullité dans la bigamie.....	185
2) Explication du rôle de la nullité dans la bigamie	188
a- Les explications envisageables.....	188
b- Le dépassement nécessaire de la présentation traditionnelle	191
B- L'indifférence raisonnée à l'irrégularité du contrat	193
1) L'élément contractuel empêché par l'irrégularité du contrat.....	194
2) L'élément contractuel sauvegardé malgré l'irrégularité du contrat	198
§2- L'annulation effective du contrat	202
A- L'annulation antérieure à la consommation de l'infraction	202
1) L'absence de commencement d'exécution du contrat	203
2) Le constat d'un commencement d'exécution du contrat	204
B- L'annulation postérieure à la consommation de l'infraction.....	206
1) L'influence de l'annulation postérieure	206
2) L'impossible influence de l'annulation postérieure.....	209
a-Le rejet de la rétroactivité par la qualification de fiction	211
b- Le rejet de la rétroactivité par le principe d'appréciation au moment des faits	213
Section 2 : La régularité du contrat à l'épreuve de la composante préjudicielle.....	217
§1- Le dépassement de l'incompatibilité	217
A- La potentielle incompatibilité	218
1) L'identification du préjudice requis	218
2) Les manifestations de l'incompatibilité	220
B- La potentialité de la compatibilité	221
1) La modification de la nature du préjudice	222
2) La modification du rôle du préjudice	224
§2 : L'incompatibilité dépassée.....	227
A- L'adaptation de la composante préjudicielle au schéma infractionnel	227
1) L'adaptation à la physionomie de l'élément contractuel	228
2) L'adaptation à la physionomie du schéma infractionnel	230
B- L'adaptation de la physionomie infractionnelle.....	232
1) L'atteinte au patrimoine juridique.....	232
2) L'atteinte à la confiance	235
Conclusion du premier chapitre	239

Chapitre II - L'indifférence pénale aux règles de preuve du contrat.....	241
Section 1 : L'analyse classique de la preuve de l'élément contractuel	242
§1 : Présentation du système de preuve classique de l'élément contractuel	243
A- Le mécanisme prescrit	243
1) Les fondements du mécanisme	244
2) Les implications du mécanisme	245
B- L'application de la prescription.....	246
1) Une jurisprudence disciplinée.....	247
2) Une doctrine convaincue.....	249
§2- Appréciation du système de preuve classique de l'élément contractuel.....	250
A- Un système apparemment vertueux	251
1) La sauvegarde de l'équilibre législatif.....	251
2) La sauvegarde de l'harmonie judiciaire.....	253
B- Un système finalement douteux	254
1) Un mécanisme initialement insuffisant.....	255
2) Un mécanisme potentiellement insatisfaisant.....	258
Section 2 : L'analyse renouvelée de la preuve de l'élément contractuel	262
§1 : Les fondements du renouvellement	263
A-L'impossible adaptation de la réglementation civile	265
B-L'inutile adaptation de la réglementation civile.....	267
§2 : Les effets du renouvellement	269
A- L'objectif particulier du système probatoire pénal	270
1) La recherche de la vérité matérielle	270
2) La transposition à l'élément contractuel	271
B- Le régime adapté du système probatoire pénal	272
1) L'exclusion inévitable du système de preuve légale.....	273
2) Le choix logique de principes souples	274
Conclusion du second chapitre.....	277
Conclusion du second titre	279
 CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	 281

2^{nde} PARTIE - L'INEXECUTION DU CONTRAT EN DROIT PENAL 283

Titre I - Le particularisme de la constitution de l'inexécution pénale 289

Chapitre I - La violation particulière d'une obligation contractuelle ordinaire 291

Section 1 : Le particularisme classique du fait délictueux	292
Sous-section 1 : La mesure technique du particularisme	292
§1- L'absence d'identité de l'obligation violée.....	293
A- La portée du cadre contractuel spécial	294
B- La portée du cadre extra-contractuel	302
§2- L'absence d'identité du fait de violation.....	305
A- L'exigence généralisée d'un fait délictueux intentionnel	306
1) Le contenu spécial de l'élément moral	306
2) La portée de l'élément moral	309
B- L'indifférence circonstanciée aux justifications contractuelles	313
1) Le principe de la prise en compte des mécanismes contractuels	314
2) Le critère de prise en compte des mécanismes contractuels.....	315
Sous-section 2 : La mesure politique du particularisme.....	317
§1- L'exigence d'une atteinte à une valeur classique.....	318
A- La protection des droits réels	318
1) La protection de la propriété	319
2) La protection des droits réels accessoires	321
B- La protection des consommateurs	323
§2- L'insuffisance de l'atteinte à une valeur classique	325
A- Des valeurs classiques incomplètes	326
B- Des valeurs classiques inadaptées	328
Section 2 : Le particularisme renouvelé du fait délictueux	332
§1- Une légitimité renouvelée du fait délictueux	335
A- Le fondement du critère distinctif des faits générateurs	336
1) La source pénale de la légitimité.....	337
2) Le support civil de la légitimité	338
B- L'application du critère distinctif des faits générateurs	343
1) Le critère appliqué aux ventes et prestations de service	344
2) Le critère appliqué aux sûretés	347
§2- Une circonscription renouvelée du fait délictueux	350
A- La circonscription de l'obligation de restitution	351
1) L'actualisation du critère classique.....	351
2) L'aménagement d'un critère contemporain	353
B- La circonscription de l'obligation d'utilisation.....	359
1) L'actualisation du critère classique.....	361
2) L'adoption d'un critère contemporain	363
Conclusion du premier chapitre	371

Chapitre II - La violation ordinaire d'une obligation contractuelle particulière .. 373

Section 1- L'identité potentielle des faits générateurs	374
§1- L'identité conditionnée des faits générateurs.....	375
A- Le dépassement de la source de l'obligation	376
1) La nature discutée des obligations	376
2) La nature affirmée des obligations.....	378
B- La détermination temporelle de l'obligation	380
1) La violation d'un contrat formé	380
2) La violation d'un contrat non éteint.....	382
§2- L'identité avérée des faits générateurs.....	383
A- L'identité formelle des faits générateurs.....	384
1) Un procédé d'incrimination original.....	384
2) Un procédé d'incrimination condamnable.....	386
B- L'identité substantielle des faits générateurs	389
1) Un élément matériel commun.....	389
2) Un élément moral commun.....	392
Section 2- L'identité légitime des faits générateurs	395
§1- Les manifestations techniques de la légitimité	395
A- Le partage de l'indifférence au vice du contrat.....	397
1) L'indifférence partagée à la nullité du contrat	398
2) L'appréciation commune de l'annulation du contrat	400
B- Le partage du rôle punitif	401
§2- L'explication politique de la légitimité.....	403
A- La protection individuelle dépassée	404
B- La vision contractuelle menacée	408
Conclusion du second chapitre.....	413
Conclusion du premier titre.....	415

Titre II - Le particularisme de la réparation de l'inexécution pénale	417
Chapitre I - Le sens du particularisme de la réparation	419
Section 1- Le constat de l'élimination des règles contractuelles.....	420
§1 : La reconnaissance d'actions civiles collectives	421
A- Le processus de reconnaissance des actions civiles collectives.....	421
B- Le fondement de la reconnaissance des actions civiles collectives.....	423
§2 : Le choix de la responsabilité délictuelle	426
A- L'affirmation du juge pénal	426
1) Le principe de l'exclusion des règles contractuelles.....	427
2) L'encadrement de la réception des règles contractuelles.....	428
B- L'approbation du juge civil	432
1) L'application potentielle d' <i>electa una via</i>	432
2) L'exclusion formelle d' <i>electa una via</i>	433
Section 2- L'appréciation de l'élimination des règles contractuelles	436
§1 : La contestation de l'élimination des règles contractuelles.....	437
A- L'atteinte au principe du non-cumul des responsabilités.....	438
1) La règle de non-cumul des responsabilités	439
2) L'atteinte engendrée par l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible	440
B- L'atteinte aux fondements du principe de non-option des responsabilités ...	441
§2- L'explication de l'élimination des règles contractuelles.....	443
A- L'impossible explication par la spécificité de l'action civile.....	444
1) La portée de l'objet de l'action civile	444
2) La portée du caractère de l'action civile	449
B- La possible explication par le particularisme du fait délictueux	452
1) L'éclairage substantiel de l'exclusion du fondement contractuel.....	452
2) L'éclairage processuel de l'exclusion du fondement contractuel	456
Conclusion du premier chapitre	463

Chapitre II - La portée du particularisme de la réparation..... 467

Section 1 - La présence de particularités étrangères à l'élimination de la responsabilité contractuelle	468
§1- Les spécificités de l'action en responsabilité.....	469
A- L'originalité déduite de la compétence du juge pénal	470
1) Le particularisme de la compétence territoriale.....	470
2) Le particularisme de la prescription de l'action en réparation.....	472
B- L'originalité déduite de la décision du juge pénal	476
§2- Les spécificités des modalités de la réparation	480
A- Les spécificités de la nature de la réparation	481
1) La qualification d'actions à fins civiles	481
2) Le rejet de la qualification de restitution	484
B- Les spécificités de l'étendue de la réparation.....	488
1) L'exclusion des limitations contractuelles.....	489

2) L'exclusion de la répartition contractuelle	492
Section 2- L'absence de particularités imputables à l'élimination de la responsabilité contractuelle	496
§1- Le respect des directives législatives	497
A- Une divergence potentielle des régimes de responsabilité.....	497
B- Une divergence exclue en présence d'une inexécution contractuelle pénale	499
§2- La préservation de la force contractuelle	501
A- La liberté contractuelle potentiellement entravée	502
B- L'équilibre contractuel préservé par l'inexécution contractuelle pénalement répréhensible	503
Conclusion du second chapitre.....	507
Conclusion du second titre	509
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	511
 CONCLUSION GENERALE	 515
 BIBLIOGRAPHIE	 523
 INDEX DE JURISPRUDENCE.....	 559
 INDEX ALPHABETIQUE.....	 585
 TABLE DES MATIERES	 595

