



HAL
open science

La faute lucrative

Nathalie Fournier de Crouy

► **To cite this version:**

Nathalie Fournier de Crouy. La faute lucrative. Ed. ECONOMICA, 2018, Recherches juridiques, Nicolas Molfessis, 9782717870053. hal-03814166

HAL Id: hal-03814166

<https://hal.univ-lorraine.fr/hal-03814166>

Submitted on 13 Oct 2022

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

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

La faute lucrative

RECHERCHES JURIDIQUES
collection dirigée par Nicolas MOLFESSIS

Nathalie FOURNIER DE CROUY

La faute lucrative

Préface de Martine BEHAR-TOUCHAIS

⊕ECONOMICA

49 rue Héricart, 75015 Paris

REMERCIEMENTS

À Mme le Professeur Martine Behar-Touchais pour avoir dirigé ces recherches avec la disponibilité, l'exigence et le respect des idées qui la caractérisent. Qu'elle veuille bien trouver ici l'expression de ma plus profonde reconnaissance de m'avoir ainsi formée à la recherche en Droit.

Aux magistrats du parquet de Meaux qui ont cru en mon projet et m'ont accueillie pour mener à bien ma mission d'expertise sur « le rôle du parquet dans le contentieux civil économique ».

Aux associés du cabinet Grall & Associés qui m'ont accueillie et donné l'opportunité de réfléchir notamment sur les limites de la sanction optimale en droit des pratiques anticoncurrentielles (secteur agricole), dans le cadre d'une seconde mission d'expertise.

À Mme le Professeur Anne Laude, pour m'avoir soutenue et accompagnée dans la mise en place de mission d'expertise, mission complémentaire du contrat doctoral.

À mes relecteurs, pour le temps qu'ils ont consacré à me lire et leurs observations constructives.

Et enfin,

À mon mari pour son soutien sans faille,

À mes filles pour leur joie de vivre.



PRÉFACE

Il est toujours très agréable de rédiger la préface d'une thèse de conviction, comme celle de Mme Nathalie Fournier-de Crouy, sur « la faute lucrative ».

Une vraie thèse peut consister à explorer un sujet nouveau, ou à développer des idées renouvelées sur un sujet déjà traité.

Le sujet de la thèse de Mme Fournier-de Crouy n'était pas une terre vierge à défricher, mais l'auteur a contribué par son travail à un renouvellement considérable de la matière.

Mme Fournier-de Crouy est bien sûr partie d'une recension des fautes lucratives qui existent dans notre droit (contrefaçon, produits défectueux, entente, abus de position dominante, concurrence déloyale, pratiques commerciales déloyales, etc.).

Sans prétendre à l'utopie d'un travail totalement exhaustif, tant les fautes lucratives sont nombreuses, elle a exploré de très nombreux domaines faisant de sa thèse un travail transversal, révélateur de sa culture juridique. Un tel travail n'avait jamais été mené dans toute cette diversité.

Ceci a permis à l'auteur de dégager tout d'abord une définition de la faute lucrative (« une faute commise délibérément en vue d'un enrichissement illicite et au préjudice d'autrui ») et de faire le constat de ce que le droit positif était insuffisamment armé contre ce fléau. Un stage au Parquet lui a permis de conforter l'idée que, même s'il existe des fautes lucratives depuis longtemps, le sujet reste d'une grande actualité du fait de sa trop grande impunité.

Mais l'originalité de la démarche de Mme Fournier-de Crouy a été ensuite de ne pas proposer un remède miracle, la solution de laquelle il faudrait tout attendre.

Au contraire, non sans maturité, Mme Fournier-de Crouy a compris qu'une telle solution miracle n'existait pas véritablement, et qu'il fallait plutôt diversifier les solutions pour tendre à plus d'effectivité, ce qu'elle a fait avec audace et mesure.

La thèse s'ouvre ainsi sur de véritables propositions de thèse innovantes, ainsi que des propositions de textes et d'attendus rédigés.

Notamment, l'auteur a proposé que soit créée en droit répressif une nouvelle circonstance aggravante, en l'occurrence le dol lucratif, qui consisterait « dans le fait de commettre une infraction à raison d'une perspective de gain illicite en connaissant le risque pour autrui ». Devant le juge pénal, serait attachée à ce dol lucratif une sanction plus dissuasive, puisque l'auteur a proposé que l'amende

soit « portée jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé par la personne physique ou à 10 % du chiffre d'affaires mondial d'une personne morale, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit ». Mme Fournier-de Crouy a proposé également une communication plus systématique entre le juge pénal et l'Autorité de la concurrence, et un renforcement de la sanction pénale des personnes physiques en droit de la concurrence.

En droit de la responsabilité civile, avant que l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile ne soit rendu public, Mme Fournier-de Crouy a préconisé la consécration d'une amende civile, que le Ministère public pourrait demander, et qui ne pourrait pas dépasser trois fois le profit illicite ou 5 % du chiffre d'affaires.

Il est aisé de constater que les auteurs de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile l'ont d'ores et déjà suivie puisque l'article 1266 du Code civil, tel qu'il est issu de cet avant-projet propose d'instaurer cette amende civile.

Cette confiscation du profit illicite pourrait au demeurant, selon l'auteur, être aussi demandée lors d'une action de groupe, qu'il faudrait créer pour lutter contre les fautes lucratives.

Ce ne sont que quelques-unes des nombreuses propositions de Mme Fournier-de Crouy pour renforcer l'arsenal législatif de la lutte contre les fautes lucratives.

Une des grandes qualités de la thèse, outre sa transversalité, est d'avoir su dépasser les frontières du droit privé, pour étudier l'analyse économique de la sanction. Mme Fournier-de Crouy a su tirer profit des analyses concurrentialistes de la sanction dissuasive, pour les transposer à d'autres fautes lucratives. Les notions de profit, de surplus des consommateurs, de perte sèche des consommateurs et de perte sèche subie par les entreprises, sont certes familières aux économistes, mais moins connues des civilistes. Or, il faut que ces notions leur deviennent familières pour mieux appréhender la confiscation du profit illicite.

L'évolution est d'ailleurs déjà en marche avec l'Ordonnance du 9 mars 2017 sur la réparation des dommages concurrentiels, qui va accroître les actions en réparation des dommages liés aux fautes lucratives commises lors d'ententes ou d'abus de position dominante.

D'ailleurs, fin 2017, la Cour d'appel de Paris a développé des fiches méthodologiques sur la réparation du préjudice économique, destinées à améliorer la compréhension du dommage concurrentiel.

Bien avant, Mme Fournier-de Crouy avait utilisé cette analyse économique de la sanction, pour bâtir ses propositions tendant à rendre plus efficace la lutte contre les fautes lucratives, quelles qu'elles soient. Plus qu'ailleurs, le renforcement des sanctions en matière de faute lucrative peut avoir un effet préventif : lorsque les entreprises comparent le profit escompté de l'activité illicite, avec les risques encourus, il faut qu'elles en concluent qu'il y a trop de risques que la faute ne soit pas lucrative.

Tout en faisant preuve d'un grand réalisme, le travail de Mme Fournier-de Crouy a beaucoup de force de proposition. Il traduit bien la personnalité de son auteur, passionnée et convaincue tout au long de sa recherche.

L'ouvrage de Mme Fournier-de Crouy est ainsi incontournable pour ceux qui s'intéressent à la lutte contre les fautes lucratives.

La qualité du travail de Mme Fournier-de Crouy a ainsi déjà été récompensée puisqu'elle devenue Maître de conférences. Nous lui souhaitons de poursuivre sa carrière jusqu'où elle souhaiterait la mener.

Martine Behar-Touchais

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I)



SOMMAIRE

Introduction	1
Partie I	
UNE NOTION UNITAIRE	
Titre I - <i>ÉLÉMENT LÉGAL DE LA FAUTE LUCRATIVE</i>	
Chapitre I : <i>L'ordre public de marché, origine de la diversité des fautes lucratives</i>	23
Chapitre II : <i>Le dualisme de l'ordre public de marché, fondement d'une classification des fautes lucratives</i>	51
Titre II - <i>ÉLÉMENT MATÉRIEL DE LA FAUTE LUCRATIVE</i>	
Chapitre I : <i>Le résultat économique</i>	87
Chapitre II : <i>Le résultat dommageable</i>	121
Titre III - <i>ÉLÉMENT MORAL DE LA FAUTE LUCRATIVE</i>	
Chapitre I : <i>L'intention lucrative en droit répressif</i>	155
Chapitre II : <i>L'intention lucrative en droit civil</i>	191
Partie II	
UN RÉGIME DISSUASIF	
Titre I - <i>LES SANCTIONS DE LA FAUTE LUCRATIVE</i>	
Chapitre I : <i>Nature des sanctions de la faute lucrative</i>	225
Chapitre II : <i>Régime des sanctions de la faute lucrative</i>	309
Titre II - <i>LAMISEENCEUVREDESSANCTIONSDELAFAUTELUCRATIVE</i>	
Chapitre I : <i>Les conditions d'effectivité propres à chaque action confiscatoire</i>	353
Chapitre II : <i>Les conditions d'effectivité communes aux deux actions confiscatoires</i>	403
Conclusion générale	459



PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

act.	: actualité
AJDA	: <i>Actualité juridique de droit administratif</i>
AJ pénal	: <i>Revue Actualité juridique Pénal</i>
al.	: alinéa
art.	: article
Ass. nat.	: Assemblée Nationale
Ass. plén.	: Assemblée plénière de la Cour de cassation
Aut. conc.	: Autorité de la concurrence
BOCCRF	: <i>Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et la répression des fraudes</i>
Bull. civ.	: <i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles, commerciale et sociale)</i>
Bull. crim.	: <i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)</i>
C. ass.	: Code des assurances
CA	: Cour d'appel
Cah. dr. entr.	: <i>Cahiers de droit de l'entreprise</i>
Cass.	: Cour de cassation
CCC	: <i>Contrats, concurrence, consommation</i>
C. civ.	: Code civil
C. com.	: Code de commerce
C. conso.	: Code de la consommation
CE	: Communauté européenne
CEDH	: Cour européenne des droits de l'Homme
CEE	: Communauté économique européenne
C. env.	: Code de l'environnement
ch.	: Chambre
ch. réunies	: Chambres réunies de la Cour de cassation
chron.	: chronique
Civ. 1 ^{re}	: première Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2 ^e	: deuxième Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3 ^e	: troisième Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	: Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	: Cour de justice de l'Union européenne
Com.	: Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	: commentaire
Comm. CE	: Commission de Communautés européennes
Comm. eur.	: Commission européenne
Cons. conc.	: Conseil de la concurrence
Cons. constit.	: Conseil constitutionnel
Crim.	: Chambre criminelle de la Cour de cassation
Conv. EDH	: Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
C.M.F.	: Code monétaire et financier
C. P.	: Code pénal
C.P.I.	: Code de la propriété intellectuelle
C.P.C.	: Code de procédure civile
C.P.P.	: Code de procédure pénale
csdt.	: Considérant
CSP	: Code de santé publique
D.	: <i>Dalloz</i> (recueil)
déc.	: décision
DGCCRF	: Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

XIV / LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

dir.	: sous la direction de
disp.	: disponible
doct.	: doctrine
<i>Dr. pén.</i>	: <i>Revue de droit pénal</i>
éd.	: édition
fasc.	: fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	: <i>Gazette du Palais</i>
<i>ibid.</i>	: <i>ibidem</i>
<i>infra</i>	: ci-dessous
JCl.	: <i>Juris-classeur</i>
JCPE	: <i>Jurisqueuseur périodique (Semaine juridique)</i> édition entreprise
JCPG	: <i>Jurisqueuseur périodique (Semaine juridique)</i> édition générale
JO	: <i>Journal officiel de la République française</i>
JOAN	: <i>Journal officiel de l'Assemblée nationale</i>
L.	: Loi
LGDJ	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	: <i>Les Petites affiches</i>
<i>Loc. cit.</i>	: <i>loco citato</i>
Min.	: Ministre
n°	: numéro
obs.	: observations
<i>op. cit.</i>	: <i>opere citato</i> , cité précédemment
Ord.	: Ordonnanc
préc.	: précité
p.	: page/pages
PUAM	: Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	: Presses universitaires de France
rap.	: rapport
RDC	: <i>Revue des contrats</i>
<i>Rép.civ.Dalloz</i>	: <i>Répertoire de droit civil</i>
<i>Rép.pén.Dalloz</i>	: <i>Répertoire de droit pénal et de procédure pénale</i>
<i>Resp. civ.et assur.</i>	: <i>Responsabilité civile et assurance</i>
<i>Rev.arb.</i>	: <i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rev. conc. consom.</i>	: <i>Revue de la concurrence et de la consommation</i>
<i>Rev.crit. DIP</i>	: <i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev.env.</i>	: <i>Revue environnement</i>
RFDA	: <i>Revue française de droit administratif</i>
RGDA	: <i>Revue générale du droit des assurances</i>
RIDE	: <i>Revue internationale de droit économique</i>
RJDA	: <i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
RLC	: <i>Revue Lamy droit de la concurrence</i>
RLDA	: <i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>Rev. sc. crim.</i>	: <i>Revue des sciences criminelles</i>
<i>Rev. soc.</i>	: <i>Revue des sociétés</i>
RTD civ.	: <i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD com.	: <i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
Soc.	: Chambre sociale de la Cour de cassation
s.	: suivants
S.	: Sirey
spéc.	: spécialement
<i>supra</i>	: ci-dessus
T.	: tome
T. com.	: tribunal de commerce
T.corr.	: tribunal correctionnel
TA	: tribunal administratif
TFUE	: <i>Traité sur le fonctionnement de l'Union européennes</i>
TGI	: Tribunal de grande instance
TPI CE	: Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib. UE	: Tribunal de l'Union européenne
vol.	: volume
V°	: <i>verbo</i> (mot).

INTRODUCTION

1. **La faute lucrative, de la diversité à l'unité conceptuelle.** La faute lucrative n'est pas une notion nouvelle. Notre système juridique la connaît depuis le début du XX^e siècle, celle-ci ayant fait sa première apparition dans un contentieux contractuel, sous le visage du *dol contractuel*. Sous le contrôle des juges du droit, les juges du fond qualifièrent le fait de charger la marchandise sur le tillac du navire et non en pontée comme prévue au contrat, de *dol* entraînant la déchéance de la clause limitative de responsabilité dont l'armateur se prévalait¹. L'une des premières définitions doctrinales de la faute lucrative consistait à « ne pas exécuter une obligation pour tirer profit de son inexécution »². En quelques décennies, le phénomène de faute lucrative s'est généralisé, de sorte que toutes les disciplines du droit, privé ou public ont eu à la connaître. Prenons un échantillon d'exemples.

Lorsqu'un usager des transports publics ne paie pas un ticket de métro pour réaliser une économie de dépense, il commet une fraude incriminée par un texte réglementaire³. Lorsque des concurrents sur un marché oligopolistique s'entendent sur les prix pour bénéficier d'une rente anticoncurrentielle, ils participent à un accord contrevenant au principe de libre concurrence⁴. Par ailleurs, lorsque des enseignes du bricolage ouvrent le dimanche des magasins, pour augmenter leurs ventes, elles violent la législation applicable à laquelle se soumettent ses concurrents, pour augmenter leur chiffre d'affaires⁵. Lorsqu'un

1. Cass. req. 5 juin 1920, Sirey 1921.1.293, cité in Méadel (J.), « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *LPA* 17 avril 2007, n° 77, p. 6 et s., spéc. n° 2 : un dommage est causé à une marchandise transportée par voie maritime dans de mauvaises conditions. Pour limiter sa responsabilité, l'armateur oppose une clause de non responsabilité que la Cour écarte en raison de la faute lucrative commise par ce dernier. Le fait de charger la marchandise sur le tillac du navire et non en pontée, comme prévu par le contrat, est à l'origine de la dégradation de la marchandise. Or, cette méthode de chargement, moins coûteuse permettait de réaliser un gain financier.

2. Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil, Obligations, contrats, sûretés réelles*, 1947, LGDJ, T. 2, n° 790, p. 269, « On a appelé faute lucrative celle qui consiste à ne pas exécuter une obligation pour tirer profit de son inexécution ».

3. Art. 74, 1° du décret du 22 mars 1942 portant règlement d'administration publique sur la police, la sûreté et l'exploitation des voies ferrées d'intérêt général et d'intérêt social, modifié par art. 16 du décret n° 92-478 du 29 mai 1992, « il est interdit à toute personne de voyager dans une voiture sans être munie d'un titre de transport valable [...] ».

4. Art. L. 420-1 C. com.

5. T. com. de Bobigny, 26 septembre 2013, n° RG 2013/00400, à propos de l'ouverture le dimanche de plusieurs enseignes de bricolage, en dépit de l'interdiction antérieure sur ce point. Action en concurrence déloyale formée par l'un de leurs concurrents qui respectait la législation. Le juge des référés condamna les sociétés à fermer leurs magasins, sous astreinte, et précisa que « l'astreinte devait être fixée à un niveau qui rende la poursuite des infractions économiquement non rentable [...] ». Sejean (M.), « La restitution du profit illicite », *RIDC* 2014-2, p. 346, spéc. p. 347 : « Le dimanche suivant elles ouvrirent leurs magasins puisque le chiffre d'affaires réalisé chaque dimanche était supérieur au montant de l'astreinte ».

constructeur automobile falsifie des tests antipollution et commercialise des voitures en recourant à une publicité mensongère pour doper ses ventes¹, la faute lucrative revêt différentes qualifications pénales, tromperie, escroquerie, pratique commerciale trompeuse. Il en est de même la commercialisation de produits alimentaires² ou destinés à l'implantation dans le corps humain³, dont l'une des qualités substantielles est mensongère.

En s'affranchissant d'une législation applicable, certains opérateurs cherchent à augmenter la rentabilité de leur activité économique. La diversité des affaires précitées montre qu'une telle stratégie mercantile n'est pas isolée et se rencontre même dans des domaines qui peuvent avoir un retentissement sur le Vivant. Chaque fois qu'un agent économique transgresse la loi après avoir mis en balance le coût du respect de la loi au gain supplémentaire généré par son affranchissement, il commet une faute lucrative. Le calcul coût avantage scelle donc l'unité conceptuelle d'un comportement protéiforme.

2. ***Le calcul coût-avantage, manifestation moderne de la cupidité.*** La cupidité n'est pas un mal propre à notre siècle, l'appât du gain est intrinsèque à l'homme marchand⁴. L'avènement du capitalisme a sans nul doute épanché cette soif de richesse, ce goût du risque à haut rendement⁵.

À la différence qu'aujourd'hui on s'inquiète des conséquences de tels agissements, subies par la collectivité. Si l'ampleur d'un « accident collectif »⁶, telle une crise boursière ou une marée noire, est aussi en partie imputable à un système juridique permissif, à des choix politiques tièdes, la prise de risque, le calcul coût-avantage est le fait d'un homme, d'une intelligence, d'une décision prise de sang-froid. De ce calcul coût-avantage, il doit naître une responsabilité individuelle ferme et dissuasive pour les autres décideurs.

Cette étude tentera de montrer que le droit peut offrir une réponse ajustée à un comportement marchand autorisé par un système économique libéral, mais de plus en plus controversé d'un point de vue moral et éthique.

I. NOTION

A. Éléments de définition

3. ***Conceptions objective et subjective de la faute lucrative.*** Si plusieurs définitions de la faute lucrative existent aujourd'hui en doctrine, seule la première confortera notre analyse.

1. *Aff. Volkswagen*, 2015.

2. *Aff. Viande chevaline*, 2013, plats surgelés composés à base de viande chevaline au lieu de viande bovine comme l'indiquait l'étiquette.

3. *Aff. PIP*, 2010, défectuosité des prothèses mammaires PIP due à la présence d'un gel industriel, non conforme, en lieu et place du gel silicone agréé destiné à l'implantation dans le corps humain.

4. Attali (J.), *Une brève histoire de l'avenir*, Fayard, nouvelle édition, 2015 : l'auteur explique comment l'ordre marchand s'est substitué aux ordres anciens (religieux ou militaire) et s'est déployé.

5. Zola (E.), *L'argent*, éd. Flammarion, Paris, 2009.

6. Expression empruntée à Prevost (J.-B.), « Politique du drame collectif », *Gaz. Pal.* 27 oct. 2015, n° 300, p. 30.

Apparue dans un contentieux de transport maritime¹, la faute lucrative fut définie ainsi : « on a appelé faute lucrative celle qui consiste à ne pas exécuter une obligation pour tirer profit de son inexécution »². On retrouve ici l'essence de la faute lucrative « pour tirer profit de », c'est en effet l'intention lucrative qui caractérise la faute lucrative. Une faute est lucrative lorsqu'elle est exclusivement commise pour retirer un profit d'un comportement illicite, quel qu'il soit. C'est probablement ce qui distingue et distance l'intention de l'auteur d'une faute lucrative de celle du receleur successoral. L'héritier qui entend « rompre à son profit l'égalité du partage »³ cherche indubitablement à s'enrichir aux dépens d'autrui de manière illégitime. L'intention du receleur successoral trahit incontestablement une mauvaise foi, une fraude de celui-ci. Mais jusqu'où la comparaison peut-elle être menée ? Il n'y a pas de calcul coût avantage, rationnel, froid, utilitariste de sa part. La dissimulation d'objets ou d'héritier révèle certes une cupidité du receleur, mais qui n'est pas exclusive d'un autre sentiment ou ressentiment à l'égard d'un cohéritier. L'auteur du recel cherche à nuire autant qu'à s'enrichir puisque l'appauvrissement de l'autre lui profite. À l'inverse, l'intention de l'auteur d'une faute lucrative est exclusivement tournée vers la quête de profit. Cette conception « subjective » de la faute lucrative est également partagée par Madame Sichel, pour laquelle la composante psychologique constitue l'élément déterminant d'une faute lucrative. Selon cet auteur, c'est la « stratégie mise en œuvre en vue de la réalisation d'un gain ou d'une économie »⁴ qui authentifie la faute lucrative, « l'idée fondamentale de la notion de faute lucrative ne réside pas tant dans les effets qu'elle produit, mais dans les motivations qui y président »⁵. Elle en déduit qu'une telle faute fait partie des fautes intentionnelles, dolosives, car la stratégie s'accommode mal de l'imprudence, la négligence.

Une autre conception, dite « objective » de la faute lucrative est également défendue en doctrine selon laquelle la faute lucrative serait une « faute génératrice d'un gain ou d'une économie pour son auteur, complémentairement ou indépendamment du préjudice qu'elle provoque »⁶. Une faute serait lucrative lorsqu'il existe un lien de causalité entre une faute et un gain illicite. Cette conception autoriserait théoriquement qu'une faute d'imprudence soit lucrative⁷.

1. Cass. req. 5 juin 1920, précité in Méadel (J.), « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *LPA* 17 avril 2007, n° 77, p. 6 et s., spéc. n° 2.

2. Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil, Obligations, contrats, sûretés réelles*, T. 2, LGDJ, 1947, n° 790, p. 269.

3. Grimaldi (M.) (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz-action, 6^e éd. 2018-2019, spéc. n° 242-81.

4. Sichel (L.), *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, thèse Paris I, 2012, n° 551, p. 741.

5. *Loc. cit.*

6. Séjean (M.), « La restitution du profit illicite », *op. cit.*, spéc. p. 357.

7. Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Ed. Précis, 11^e éd. 2013, n° 689, p. 744 : « Il n'est aucunement exclu qu'une faute non intentionnelle puisse être lucrative, car le résultat avantageux peut ne pas avoir été recherché par le "fautif". Et l'on voit bien alors que le rétablissement d'un équilibre relève moins d'une moralisation que de l'existence sous-jacente d'une justice commutative ».

Selon nous, les enjeux juridiques soulevés par la faute lucrative sont identiques, quelle que soit la conception de la faute lucrative retenue. Toutefois, ces enjeux sont accusés par la conception subjective de la faute lucrative, car au-delà de la confiscation du profit illicite généré par une faute non intentionnelle, il faut encore désactiver la stratégie de la faute lucrative lorsque celle-ci est commise avec une intention lucrative. Et désactiver la stratégie de faute lucrative suppose nécessairement que le profit escompté soit confisqué par le droit. Aussi les enjeux soulevés par la conception subjective de la faute lucrative englobent et dépassent ceux de la conception objective. L'intérêt de notre étude ne peut raisonnablement se limiter à la seconde. Les questions suscitées par la première étant nettement plus audacieuses et intéressantes pour la science juridique. C'est donc la conception subjective de la faute lucrative que nous choisissons de traiter, à travers laquelle la conception objective sera abordée marginalement.

Or, ce qui distingue la faute lucrative subjective de la faute lucrative objective, c'est l'intention de l'auteur, trahie notamment par le calcul coût-avantage, préalablement effectué par l'auteur. La faute lucrative serait donc une faute intentionnelle.

4. **Le calcul coût-avantage.** Selon une étude menée par des économistes britanniques, avant de « braquer une banque », les protagonistes s'adonnent à un calcul coût avantage mettant en équation « le butin, la probabilité de l'obtenir et celle d'être arrêté, ainsi que la sanction judiciaire possible »¹. Ce calcul est en effet bien connu de la doctrine économique puisqu'il a donné lieu à un modèle économique de la dissuasion, élaboré à partir de ces mêmes paramètres de calcul. On en déduit que trois données sont prises en compte dans le calcul : le montant de l'amende, le gain escompté et la probabilité de la sanction. Par conséquent, une faute est lucrative si le gain espéré (G) est supérieur à la peine (P). C'est le cas de la contrefaçon de médicaments qui, selon des sources officielles, génère un chiffre d'affaires de 45 milliards d'euros par an² alors que la peine d'amende encourue pour une personne physique est plafonnée à 300 000 €³.

Par ailleurs, une faute est également lucrative lorsque le gain espéré (G) est égal ou supérieur au montant de la peine, dès lors que la probabilité de détection est faible. C'est le cas de la fraude dans les transports en commun d'Île de France dans la mesure où la probabilité de contrôle est rare et le montant d'amende contraventionnelle est peu dissuasif bien qu'il soit nettement supérieur au prix du billet⁴. En revanche, en ce qui concerne la fraude à la SNCF, si la probabilité de contrôle est plus forte, les *quanta* d'amende, bien que rehaussés, demeurent encore très insuffisants^{4 bis}.

1. *Le Figaro*, « Pourquoi braquer une banque n'est pas rentable », 21 juin 2012, en ligne [http://www.lefigaro.fr].

2. Pfizer, *Les chiffres clés de la contrefaçon de médicaments*, 7 juin 2013, en ligne [http://www.pfizer.fr/responsabilite/contrefacon-de-medicaments/].

3. Art. L. 615-14 C. P. I.

4. Sur la fraude à la RATP, l'absence de titre de l'usager l'expose à une amende de 45 € (auquel s'ajoute 10 € de frais de dossier s'il s'acquitte de son amende dans les 7 jours). Le surcoût est plus élevé par rapport au prix du billet (1,80 €), mais le montant reste peu dissuasif. La fraude devient lucrative après 25 voyages sans contrôle.

Trois paramètres sont donc pris en compte dans un calcul coût-avantage, préalable à la commission d'une faute lucrative : le profit escompté, le montant de la sanction et la probabilité qu'elle soit prononcée. C'est ainsi que raisonne un agent économique, doué de *rationalité économique*, c'est-à-dire un agent qui cherche à maximiser ses intérêts individuels¹, avant de commettre une faute lucrative.

Dans une économie de marché, tout citoyen est un agent économique, en ce qu'il est consommateur. Par conséquent, tous nous livrons à ce type de calcul coût-avantage. Toutefois, seuls les calculs opérés sur un acte illicite préparent des fautes lucratives.

5. **L'« avantage » d'une faute lucrative.** Il ne suffit pas qu'une faute soit commise dans un but d'enrichissement pour être lucrative. Encore faut-il qu'elle procure, effectivement, un gain illicite à son auteur et que ce gain subsiste à la sanction.

Une faute est donc lucrative chaque fois qu'il existe un espoir de gain supérieur au coût de la faute. Car pour que cet espoir de gain détermine l'auteur à commettre la faute, il faut qu'il ait été plus grand que la sanction. En d'autres termes et selon la formule devenue célèbre de monsieur Jourdain, « une faute est lucrative lorsqu'elle rapporte plus qu'elle ne coûte »².

6. **Le « coût » d'une faute lucrative.** Le coût de la faute lucrative correspond en droit à la sanction de celle-ci. Or, en droit, cette sanction dépend naturellement de sa qualification.

Lorsque la faute constitue un délit civil, le coût de la sanction équivaut à la réparation du dommage illicite causé par celle-ci, ni plus ni moins. Il suffit que le profit illicite dépasse le montant du dommage pour que la faute civile soit lucrative.

Lorsque la faute constitue une infraction pénale, le coût de la sanction est à la fois civil et pénal. L'auteur encourt une amende pénale, plafonnée, dont le *quantum* dépend de la gravité de l'atteinte et non du profit réalisé, ainsi qu'une condamnation à des dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant de l'infraction. Si le *quantum* de ces sanctions est inférieur à celui du profit illicite escompté et réalisé, l'infraction est alors lucrative. Et quand bien même la peine complémentaire de confiscation, en valeur, permettrait de saisir le profit illicite d'une infraction, une telle sanction ne suffirait pas à dissuader le délinquant économique. Car si la probabilité de la sanction pénale est plus faible que la probabilité du gain illicite, alors l'agent rationnel prendra le risque de commettre une infraction pénale.

4 bis. Sur la fraude à la SNCF, si les nouveaux *quanta* d'amendes en vigueur depuis le 2 mars 2015 ont été réhaussés, on notera que le surcoût dû par un voyageur qui déclare spontanément son irrégularité ne s'élève qu'à la somme de 15 €. En ligne, [<http://www.sncf.fr>].

1. Guerrien (B.), « Comprendre l'économie, concepts et mécanismes, Qu'est ce qu'un comportement rationnel ? », *Les cahiers français*, n° 315 juillet-août 2003, la Documentation française, 2003, p. 3-8, E. Mackaay (E.), Rousseau (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008, spéc. n° 98 s.

2. Jourdain (P.), « Rapport introductif », in « Faut-il moraliser le droit français de réparation du dommage ? », colloque, Behar-Touchais (M.) (dir.), *LPA* 2002, n° 232, p. 4.

Enfin, si la faute lucrative consiste en une infraction administrative (en droit de la concurrence)¹, le coût de la sanction dépend pour l'heure principalement de la sanction pécuniaire publique, les actions privées en réparation des préjudices des victimes n'étant pas encore systématiques². Cependant, parce que la sanction pécuniaire est proportionnelle au chiffre d'affaires lié à l'infraction, elle présente l'intérêt de proportionner le coût de la sanction à l'enrichissement indu de l'auteur. Il semblerait néanmoins qu'un tel coût ne suffise pas à dissuader l'auteur de commettre une pratique anticoncurrentielle.

Ce rapide aperçu du coût d'une faute lucrative montre que deux critères sont pris en compte dans la spéculation du coût d'une faute, le *quantum* de la sanction et sa probabilité. Une sanction publique forte peut donc voir son coût affaibli par une faible probabilité de prononcé. À l'inverse une sanction privée à faible *quantum* peut voir son coût renforcé par une forte probabilité de prononcé.

B. Contexte spatio-temporel du sujet

7. L'actualité de la faute lucrative exacerbée dans un contexte d'économie de marché. Dans une économie de marché, la réalisation du prix d'équilibre suppose que chaque opérateur recherche l'efficacité économique pour lui-même. En d'autres termes, l'efficacité économique suppose que chaque opérateur maximise son bien-être. C'est dans cette quête individuelle de bien être que tout à chacun se livre à des calculs bénéfice-risque préalablement à toute décision relative à son activité économique.

S'inscrivant dans la « microéconomie »³, science des comportements de l'*homo economicus*, certains travaux proposent une « science du calcul individuel » selon l'expression de Bruno Oppetit⁴. Selon son principal axiome, la « rationalité économique » de l'*homo economicus*, tout agent économique cherche avant tout à satisfaire ses intérêts, conformément à un paradigme de maximisation des utilités individuelles (profit) à travers l'échange marchand⁵. En d'autres termes, la microéconomie étudie comment les individus réalisent leur objectif à travers les échanges marchands compte tenu des contraintes et des coûts générés par leur

1. On pourrait également qualifier les pratiques anticoncurrentielles d'infractions commerciales dans la mesure où elles sont incriminées dans le Code de commerce.

2. Mais tend à le devenir ? Sur l'actualité des actions privées en droit des pratiques anticoncurrentielles : Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles venant transposer la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

3. Sur la distinction macroéconomie/microéconomie : Généreux (J.), *Introduction à l'analyse économique*, Point Seuil, Paris, 2001, p. 8-9 : la microéconomie étudie les comportements des agents économiques par opposition à la macroéconomie dont le but est d'expliquer la situation d'un pays au regard des grands agrégats (tels que le revenu, l'investissement, la consommation, l'inflation, la croissance).

4. Oppetit (B.), « Droit et économie », in *Archives philosophiques du droit*, T. 37, Sirey, 1992, p. 17 et s., spéc., p. 24.

5. Posner (R. A.), Parisi (F.), *Law and Economics*, vol.1, 2001, p. XI, « *Law and economics relies on the standard economic assumption that individuals are rational maximizers, and studies the role of law as a means of changing the relative prices attached to alternative individual actions. Under this approach, a change in the rule of law will affect human behaviour by altering the relative price structure - and the constraint - of the optimization problem* ».

choix. C'est cette rationalité économique qui guide tout agent économique vers des choix de performance, de rentabilité, d'efficacité économique compte tenu des contraintes et des coûts des objectifs qu'il brigue. Toute stratégie « lucrative », tournée vers un profit plus grand, est donc légitime, voire indispensable à tout opérateur s'il veut demeurer un « acteur du marché ».

Pourtant, tous les revenus, profits, bénéfices issus de telles stratégies ne sont pas licites. Lorsque le risque est « juridique », le « bénéfique » est illicite. En d'autres termes, lorsque la stratégie lucrative repose sur une faute, une violation de l'ordre public quel qu'il soit, le profit est illicite et ne devrait pas rester dans le patrimoine de l'opérateur économique qui en est l'auteur ou le bénéficiaire. La faute lucrative intervient donc ici, lorsqu'un opérateur économique exerce une activité ayant un objet illicite (contrefaçon, tromperie) ou exerce une activité licite de manière illicite (concurrence illicite, presse à scandale) pour augmenter son profit, fût-il illicite. En réalité, comme le fait dûment remarquer Madame Sichel « toutes les règles de droit susceptibles de faire l'objet d'une faute lucrative, ont pour point commun de réduire, limiter les possibilités de profit »¹. Conscient des dérives potentielles d'une économie de marché, certains économistes libéraux distingués comme Maurice Allais, Prix Nobel d'économie en 1988, appelait un contrôle du marché « le résultat du marché doit être corrigé par la justice sociale et une redistribution automatique des revenus illégitimes »^{2, 3}. Pour ce faire, il confiait aux économistes le soin de lutter contre les revenus illégitimes et confiait aux juristes celui de lutter contre les revenus illicites.

Lutter contre les fautes lucratives s'inscrit dans cette vision de l'économie de marché, car en retirant le profit illicite des mains d'un opérateur malhonnête, le juriste restaure une certaine justice économique et sociale. Mieux, en luttant contre les fautes lucratives, le juriste combat le « dommage illicite lucratif » indigne de tout système juridique. Le thème de notre étude est donc d'une actualité brûlante, mais non isolée, car tout système juridique converti à l'économie de marché connaît inévitablement ces stratégies spéculatives. Si la faute diffère en raison de la spécificité de chaque ordre public, la notion de faute lucrative doit être commune, en raison de l'universalité du calcul coût-avantage.

8. L'intérêt européen porté à la fraude. La construction du marché commun sous l'égide de l'Union européenne est également propice à la prise de conscience de stratégies lucratives nocives pour le marché. L'intérêt porté par l'Union européenne à la faute lucrative est indirect, en ce qu'il vise les diverses fraudes mettant à mal les objectifs européens. Le bon fonctionnement du marché commun suppose en effet l'observance par les acteurs économiques de la libre concurrence et le respect des idées protégées. Parce que la libre concurrence assure un accès équitable aux opérateurs d'accès au marché, la soumis-

1. Sichel (L.), *op. cit.*, n° 552, p. 742 s.

2. Allais (M.), « Le comportement de l'homme rationnel devant le risque, critique des postulats et axiomes de l'école américaine », *Econometrica*, vol. 21, 1953, p. 503-546 : l'auteur met en lumière un paradoxe, le « paradoxe d'Allais » selon lequel lorsque le risque est extrême, le joueur se focalise sur la prime de risque. Voir aussi : Delhommé (P.-A.), « Hommage rendu dans le monde à M. Allais », *Le Monde*, 11 octobre 2010, p. 18.

3. Dans le même sens : Stiglitz (J.), *Le triomphe de la cupidité*, Éd. Les liens qui libèrent, 2010.

sion à une compétition loyale influe sur la performance d'un marché. De même, parce que l'innovation est un puissant levier de dynamisme de marché, le respect des droits de propriété intellectuelle participe au bon fonctionnement du marché. Ainsi, les comportements qui, par soif de rentabilité, se soustraient à ces règles juridico-économiques sont dénoncés et combattus par les autorités européennes.

À cet effet, la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions en réparation des préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles annonce dans l'exposé des motifs la nécessité de renforcer l'effectivité du droit à réparation des dommages concurrentiels, objectif qui s'inscrit dans une politique plus large de lutte efficace contre les pratiques anticoncurrentielles¹. Toujours dans cet objectif de dissuasion, la directive du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle édictait des mesures pour inciter les États membres à améliorer la réparation des préjudices des titulaires de droit de propriété intellectuels bafoués². Enfin, la directive du 28 janvier 2003 relative aux abus de marché préconisait des sanctions proportionnelles au profit illicite pour dissuader les comportements prohibés sur les marchés financiers³.

Si le terme de faute lucrative n'est pas employé par ces textes, les mesures édictées et les objectifs poursuivis attestent de la connaissance du législateur européen des stratégies frauduleuses lucratives nocives pour le marché commun. Cette préoccupation européenne montre que la faute lucrative est un phénomène non isolé et non spécifique au système juridique français. Est-ce pour autant un phénomène propre à notre temps ?

9. La faute lucrative dans le temps et dans l'espace. La faute lucrative est-elle une spécificité de notre époque d'une part et de notre système juridique d'autre part ?

L'histoire du droit nous livre quelques éléments de réponse à la première question. En effet, des mécanismes juridiques préexistaient aux Codes napoléoniens, permettant de retirer l'éventuel profit retiré d'un délit par son auteur. En droit romain, les atteintes aux biens avec profit, appelées *furtum*^{4,5}, entraînaient le prononcé d'une sanction monétaire au titre de laquelle le voleur devait payer « le double de la valeur de la chose soustraite, voire le triple en cas de recel »⁶. En cas de vol. manifeste, l'action *furti manifesti* tendait même au quadruple de

1. Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

2. Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

3. Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché, csdt. 36. La directive 2014/57/UE du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché dans son considérant 14 va jusqu'à obliger les États membres à se doter de sanction pénale pour dissuader la commission de certains abus de marché.

4. Levy (J.-P.), Castaldo (A.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, Précis, 2^e éd. 2010, n° 612, p. 919 : notion plus étendue que celle du vol. au sens pénal, englobe vol, abus de confiance et l'escroquerie. Ce sont les atteintes aux biens commises frauduleusement, de manière dolosive, en vue d'un profit (*lucri faciendi causa*).

5. Différent des atteintes aux biens sans profit, appelées *damnum*.

6. *Loc. cit.*

la valeur de la chose soustraite¹. En outre, l'adage du digeste *Nemo ex delicto consequatur emolumentum*², selon lequel *nul ne doit tirer profit de son délit* témoigne d'une préoccupation qui dépasse le strict droit pénal et s'étend au droit civil³. En vertu de cet adage, différents sorts étaient réservés à cet *emolumentum*, on retiendra la déchéance et la restitution. Au titre du premier, l'auteur du *dol* se voyait privé de sa « bonne affaire », une telle mesure inspira d'ailleurs la déchéance successorale. Au titre du second, l'auteur du *dol* devait restituer le bien injustement acquis à son propriétaire, ce qui renvoie à la restitution des fruits d'une possession de mauvaise foi. Ces mesures témoignent de la réalité ancienne de la faute lucrative.

Par ailleurs, une approche de droit comparé nous montre que la faute lucrative n'est pas un phénomène isolé, propre au système français. Néanmoins l'existence de mécanismes confiscatoires, parfois même dissuasifs, laisse à penser que ce phénomène ébranle particulièrement notre système juridique. En effet, les systèmes de *Common law* prévoient des dommages et intérêts extra-compensatoires permettant de saisir le profit illicite tiré d'un délit civil, c'est le cas des dommages et intérêts punitifs en droit américain⁴, ou des dommages et intérêts restitutoires en droit anglais⁵. Dans les pays de *Civil Law*, on rencontre des mesures autonomes restitutoires telles que l'action en remise de gain ou pour enrichissement illégitime en droit suisse⁶ ou l'action spéciale du droit de la concurrence déloyale en droit allemand⁷.

La préoccupation d'un tel phénomène n'est donc pas nouvelle ni isolée. Seulement, le droit français actuel en est une cible particulière, en raison des failles qui affectent considérablement son efficacité.

II. INTÉRÊT DU SUJET

10. **Question préalable, faut-il lutter contre les fautes lucratives ?** C'est en effet une question qui mérite d'être posée préalablement. Parce que la faute lucrative repose sur une logique de calcul bénéfice-risque propice à une économie de marché prospère, une lutte exacerbée contre un tel raisonnement pourrait en obérer le bon fonctionnement. Et force est de reconnaître que certains systèmes juridiques, plus sensibles à l'argument économique, tolèrent, sous certaines conditions la commission de faute lucrative⁸.

Prenons l'exemple de la surréservation pratiquée par les compagnies aériennes. En vendant plus de places que l'avion n'en contient, celles-ci espèrent compenser les pertes liées aux annulations. Les compagnies aériennes recourent

1. Levy (J.-P.), Castaldo (A.), *op. cit.*, n° 613, p. 921.

2. *D.* 50, 17, 134 cité in Roland (H.), Boyer (L.), *Adages du droit français*, 4^e éd. Litec, 1999, p. 499, n° 254.

3. Roland (H.), Boyer (L.), *ibid.* : les auteurs rappellent que son domaine d'application est des plus large, puisqu'il s'étend du droit pénal au droit civil.

4. Section 4 du section 4 du *Clayton Act* de 1914 (complétant le *Sherman Act* de 1890).

5. *Restitutionary damages* ou *disgorgement damages* : voir *infra*, n° 259.

6. Art. 28a al. 3 Code civil suisse, Art. 62 Code des obligations (livre 5^e du Code civil).

7. Article § 10 de la loi du 7 juin 1909 sur la répression de la concurrence déloyale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*).

8. Sur la théorie de l'*efficient breach* : voir *infra* n° 87.

donc à une pratique qui n'est autre qu'une inexécution délibérée du contrat de transport, soit un dol contractuel, pour augmenter leur rentabilité. Pourtant, d'un autre côté, une telle pratique permet d'éviter de reporter le coût lié aux désaffections intempestives sur le prix du billet et donc sur le passager. Il y a donc une « justification économique » à un tel comportement, fût-il illicite et dommageable. On ne s'étonnera donc pas que la législation européenne n'interdise pas une telle pratique, mais prévoit en contrepartie une meilleure indemnisation du passager éconduit¹.

Cet exemple montre que la stratégie économique poursuivie par certains opérateurs peut être socialement bénéfique, quand bien même elle eut été dommageable pour certains. Certaines fautes lucratives peuvent donc bénéficier d'une exemption pour des raisons d'efficacité économique. Mais lorsque le coût social engendré par une telle faute est tel qu'il est impossible de le compenser, notamment en présence d'un « dommage irréversible », alors la faute lucrative doit être combattue avec fermeté.

A. Raisons d'être de la faute lucrative et de son combat

11. *Les failles du droit positif français, raison d'être des fautes lucratives et de leur diversité.* Si la faute lucrative existe dans notre système juridique, cela présuppose que des « failles » de celui-ci laissent des profits illicites impunis. Inévitablement, ces failles favorisent l'expansion des fautes lucratives dans notre système juridique.

La faute lucrative existe dans toutes les matières du droit dans lesquelles la sanction d'une faute est inférieure au montant du gain généré par celle-ci. La faute lucrative se loge donc dans une faille bien précise du droit, lorsque la sanction monétaire d'une faute ne saisit pas le profit qu'elle génère, lorsque la sanction monétaire n'est pas proportionnelle au profit illicite, laissant ainsi le profit illicite entre les mains du responsable. En d'autres termes, la faute lucrative existe en droit français parce qu'il n'existe pas de mécanisme confiscatoire suffisamment efficace et dissuasif pour enrayer tout espoir de gain illicite. Or, force est de constater que cette faille est répandue dans notre système juridique.

On rencontre cet écueil tout d'abord en droit de la responsabilité civile, domaine d'éclosion de la faute lucrative. Enscerré dans sa fonction indemnitaire, le droit de la responsabilité civile n'en est réduit qu'à sa vocation indemnitaire. Or, le principe de réparation intégrale dicte une réparation à hauteur du dommage. La faute civile lucrative qui cause un dommage ou un simple risque de dommage, ne fait peser sur son auteur qu'une dette de réparation, qui plus est, peut être égale à zéro dans le second cas. En d'autres termes, le responsable n'encourt aucune sanction du seul fait de la commission de sa faute. Et le principe de réparation intégrale limitant la réparation au seul préjudice subi, le profit illicite tiré de la faute, lorsqu'il ne recoupe pas le *damnum emergens* de la victime, n'est pas confisqué. La fonction indemnitaire est impuissante face à la

1. Règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol. et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91.

faute lucrative. La fonction normative quant à elle est muette. Niant jusqu'alors¹ toute fonction dissuasive², le droit de la responsabilité civile est donc une terre de prédilection des fautes lucratives, violation efficace du contrat, concurrence déloyale, atteinte à la vie privée et presse à scandale, etc. Aussi Boris Starck appréhendait-il les fautes lucratives à l'aune des « dommages et intérêts que le responsable est condamné à payer – et qui sont calqués sur le préjudice subi par la victime – laissant à leur auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas les commettre »³. Bien qu'issue du droit civil, la notion de faute lucrative ne lui est pas pour autant cantonnée.

Cet écueil existe au-delà du droit civil, en droit pénal⁴. En effet, le système d'amendes à plafonds fixes empêche de proportionner les amendes au profit illicite retiré d'une infraction le cas échéant. Et quand bien même la peine complémentaire de confiscation permettrait de confisquer le profit illicite, elle ne suffirait pas à « dissuader » l'auteur d'une infraction lucrative, car tout au plus, le responsable se verra retirer son gain, sans subir aucun appauvrissement. Ainsi, un opérateur économique a pu être tenté de commercialiser un produit qu'il sait non conforme au prix d'un produit conforme⁵, dès lors que l'amende encourue ne dépasse pas 300 000 €⁶ et ce, avant que la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, dite *loi Hamon* ne prévoit une amende égale à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel⁷.

Enfin, cet écueil persiste en droit économique malgré son adaptation aux stratégies lucratives. Si des *cartels*⁸ sont encore commis⁹, cela signifie que la sanction pécuniaire, fût-elle proportionnelle au chiffre d'affaires des participants et conçue à la lumière de la « sanction optimale »¹⁰, n'est pas encore suffisamment

1. Art. 1266-1 du Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017 : consacre l'amende civile en cas de faute lucrative et ce faisant introduit un outil de dissuasion dans le droit de la responsabilité civile.

2. Tunc (A.), « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, Aspects nouveaux de la pensée juridique*, T. 1, Pedone, 1975, p. 407-415, spéc. n° 4 et s. : l'auteur dénonce une « inefficacité » du droit de la responsabilité civile notamment dans le domaine des affaires, alors qu'elle pourrait jouer un rôle de dissuasion dans certains domaines, concurrence déloyale, atteintes morales à la personnalité par le prononcé de dommages et intérêts exemplaires.

3. Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.), *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd. 1996, n° 1335 ; Starck (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947, p. 421.

4. Tunc (A.), *op. cit.*, p. 410 : l'auteur observe par ailleurs une « impuissance » du droit pénal dans la délinquance d'affaires due notamment à la « dilution des responsabilités dans une grande entreprise » empêchant le prononcé de peine d'emprisonnement.

5. *Affaire de la Viande Chevaline* février 2013 : scandale sanitaire éprouvant la filière de la viande de cheval suite à la découverte qu'une entreprise française de transformation de viande (Spanghero) revendait une viande de cheval provenant de Roumanie impropre à la consommation, estampillée « Viande bovine origine France ». Ces informations relative à l'origine géographique et à la composition du produit étant mensongères, caractérisent une tromperie. L'intérêt d'une telle tromperie est purement économique, le marché de la viande bovine étant plus grand que celui de la viande de cheval.

6. Art. L. 454-1 C. conso.

7. Art. 131 de la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, Art. L. 454-4 C. conso.

8. Ententes horizontales, entre concurrents sur les prix ou les parts de marché.

9. Autor. conc. déc. 15-D-03, 12 mars 2015, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais, cartel sur les prix et répartition des volumes dans le secteur des produits laitiers frais en marque de distributeurs.

10. Becker (G.), « *Crime and Punishment, an economic approach* », *Journal of Political Economy*, 1968, vol. 76, p. 169.

dissuasive. Plusieurs raisons à cela, la première est indiscutablement la difficile quantification du profit illicite, car la dissuasion suppose une estimation précise du gain pour déjouer le calcul bénéfice-risque. Le concours des économistes est indispensable en la matière, mais la sophistication de la méthode contrefactuelle limite un tel recours aux autorités de concurrence. La seconde raison est liée à l'imputabilité de la sanction, le coût de l'entente pesant sur la personne morale et non sur la personne physique, celle-ci peut donc aisément s'adonner au calcul et prendre la décision de commettre une faute lucrative, sans risque personnellement encouru^{1, 2}. Par ailleurs, la déshérence de l'article L. 420-6 du Code de commerce garantit aux personnes physiques ayant participé à la mise en œuvre d'un cartel, une totale impunité. Enfin, la clémence, aussi efficace soit elle pour détecter les ententes, garantit au premier délateur et demandeur de clémence une immunité totale ainsi que l'espoir de conserver le surprofit.

Il en résulte que pour l'heure, la principale faille du Droit favorisant l'expansion des fautes lucratives, réside dans son indifférence et/ou son incapacité à saisir le résultat économique d'une faute.

12. Le résultat dommageable causé par les fautes lucratives, raison de leur combat. L'étude de la faute lucrative nous a amenés à mettre en exergue un autre élément, toute faute lucrative provoque un résultat dommageable. Ce résultat dommageable consiste *a minima* en un risque de dommage et *a maxima* en un dommage réalisé. Lorsqu'un agent commercialise un faux médicament qu'il sait non conforme à la réglementation ou présentant un risque pour l'homme, le résultat dommageable généré est *a minima* un risque pour la santé de l'homme (*affaire Poly Implant Mammaires*) et *a maxima* une atteinte à son intégrité physique (*affaire du Mediator*). Lorsqu'un armateur donne en affrètement un navire dont il ne pouvait ignorer l'état de délabrement avancé et que l'affrètement n'apporte pas les réparations nécessaires à son navire pour économiser une dépense, ils créent un risque que ce dernier fasse naufrage en cas de mauvais temps et déverse ses hydrocarbures dans la mer. Le résultat dommageable d'un tel comportement est au moins un risque d'atteinte à l'environnement civilement répréhensible³, au plus un délit pénal de pollution par hydrocarbure non intentionnelle⁴. L'on voit bien que le résultat dommageable d'une faute lucrative

1. Seules les personnes morales encourent la sanction pécuniaire prévue à l'article L. 464-2, I C. com. La solidarité entre personne morale et dirigeant à la sanction monétaire est pourtant envisagée à l'article L. 490-1 du Code de commerce mais réservée aux « amendes » et aux « juridictions ». La disposition semble donc viser les amendes encourues au titre des pratiques restrictives de concurrence, à l'exception de la sanction pécuniaire de l'article L. 464-2 dudit code.

2. Voir rapport d'enquête de la Commission d'enquête sur les mécanismes de spéculation affectant le fonctionnement des économies, n° 3034, enregistrée à la présidence de l'assemblée nationale le 14 décembre 2010 : le groupe parlementaire formule 34 propositions pour éviter une nouvelle crise financière, dont notamment « Réfléchir aux conditions dans lesquelles la responsabilité des membres des conseils d'administration pourrait être engagée en cas de manquement à leurs obligations et de mauvaise gestion » (proposition 23).

3. Art. L. 161-1, III C. env. : « III. Constitue une menace imminente de dommage causé à l'environnement pour l'application du présent titre une probabilité suffisante que survienne un tel dommage dans un avenir proche ».

4. Art. L. 218-22 C. env. anc., Art. L. 218-13 C. env. issu Art. 11 ordonnance n° 2010-1232 du 21 octobre 2010 portant diverses dispositions d'application d'adaptation au droit de l'Union européenne en

peut être au pire un dommage ou un risque de dommage irréversible. Une telle caractéristique de la faute lucrative justifie qu'elle soit combattue.

Parce que le droit incrimine certains comportements indépendamment de leur résultat, certaines fautes lucratives peuvent donc générer un risque de dommage. Aussi le risque de dommage suffit-il à caractériser une faute lucrative. Et si le risque vient à se réaliser, la faute lucrative n'en demeure pas moins constituée dès le stade du risque. Le dommage réalisé n'est donc pas un élément constitutif de la faute lucrative. En revanche, l'ampleur du résultat dommageable impacte le coût de la faute. Le coût du dommage réalisé est donc pris en compte comme élément de calcul, préalablement à la commission de la faute lucrative. Si des fautes lucratives s'accompagnent d'un dommage réalisé, c'est qu'*a priori*, le coût du dommage même réalisé était inférieur au gain illicite escompté. Sous l'empire du droit applicable au moment de l'*affaire Erika*¹, l'auteur, personne physique d'un délit de pollution encourait au pis, 700 000 euros d'amende et un *quantum* limité de réparation des préjudices individuels. Si le caractère réparable du préjudice écologique avait été reconnu plus tôt, le risque pris par les protagonistes de la marée noire ne l'aurait peut-être pas été.

À la vérité, ce constat décuple le désordre provoqué par une faute lucrative. Lorsque pour des raisons économiques, un agent économique viole une obligation afférente à son activité économique, il prend un risque délibéré de commettre un dommage à autrui ou à la collectivité. Le résultat d'une faute lucrative n'est donc pas qu'économique, il est également dommageable. Ce dommage peut constituer en un dommage subjectif simplement (atteinte aux droits patrimoniaux ou extra-patrimoniaux de la victime) et/ou objectif (atteinte à une valeur sociale éminente marchande ou non marchande). Ainsi le non retrait d'un médicament aux effets nuisibles pour la santé des usagers, par souci d'écoulement des stocks peut générer la mort d'autrui², il en est de même de la falsification ou contrefaçon de produits pharmaceutiques³. Par ailleurs, la violation d'une norme environnementale ou de sécurité par souci de rentabilité peut provoquer une atteinte irréversible à l'environnement⁴. La publication d'une image « volée » attentatoire à la vie privée d'autrui peut causer un préjudice moral dont la gravité se mesure à l'aune de la célébrité de la victime. Enfin, le diktat économique imposé par les puissants aux faibles dans les relations commerciales peut non seulement mettre une filière de l'économie (agro-alimentaire) en danger, mais en outre provoquer une inflation des prix préjudiciable pour les acheteurs directs et indirects qui n'auront pas pu répercuter cette hausse des prix.

matière d'environnement : prévoit une amende plafonnée à 4,5 millions d'euros en cas de dommage irréversible à l'environnement.

1. TGI Paris, 11^e ch. corr, 16 janv. 2008, CA Paris, 11^e ch. corr, 30 mars 2010, n° 08/02278, Cass. crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938.

2. *Affaire du Mediator*, Rapport n° 409 portant sur le contrôle de l'AFSSAPS, Sénat, juillet, 2003, p. 58 cité in Peigne (J.), « Du Mediator aux prothèses PIP en passant par la loi du 29 décembre 2011 relative à la sécurité sanitaire des produits de santé », *Revue de droit sanitaire et social*, 2012, n° 2, p. 315.

3. <http://www.iracm.com/flip2/francais/IRACM.html>, publication en septembre 2013 d'un rapport de l'Institut de Recherche Anti-Contrefaçon de Médicaments (IRACM) sur « la contrefaçon de médicament et l'organisation criminelle ».

4. Dégazage en haute mer, versement produits toxiques dans des rivières pour éviter coût d'une épuration : TGI Paris 31^e, ch. Corr. 18 décembre 2013, *aff. Chimirec*, note L. Neyret, « Trafic de déchets dangereux, quand les dépollueurs se font pollueurs », *Rev. envir.* 2014 n° 6, p. 30-34.

Ainsi, toute faute lucrative s'accompagne nécessairement d'un risque de dommage, objectif et/ou seulement subjectif, mais peut également générer un dommage réalisé. Ce constat accuse la nocivité de la faute lucrative et renforce l'urgence de son éradication, car il est inadmissible que le résultat économique d'une faute puisse être supérieur au coût de son résultat dommageable. En d'autres termes, il est inadmissible que des dommages illicites puissent être lucratifs pour leurs auteurs.

B. Enjeux, objectifs et plan de la thèse

13. **Objectif de dissuasion de l'étude, déjouer le calcul coût-avantage.** L'objectif de notre étude est ni plus ni moins d'enrayer le phénomène de faute lucrative. Cet objectif se justifie pour la raison suivante, il est inconcevable qu'une faute, une violation de l'ordre public, bénéficie à son auteur, de même qu'il est inadmissible que des dommages illicites puissent être lucratifs pour leurs auteurs. Par conséquent, l'objectif assigné à cette étude consiste à déjouer le calcul coût avantage opéré par les auteurs de fautes lucratives de sorte que le coût de la faute soit toujours supérieur au gain qu'elle génère. Déjouer le calcul bénéfice-risque, revient donc à renverser le rapport bénéfice-risque d'une faute lucrative. Reste à définir les conditions pour que le « risque » devienne supérieur au « bénéfice ».

C'est bien un objectif de dissuasion que nous poursuivrons dans cette étude. Car en déjouant le calcul coût-avantage, nous chercherons à « détourner » l'agent économique de son projet de faute lucrative. Pour ce faire, il faut que l'agent ait « tout à perdre et rien à gagner »¹.

14. **L'éclairage de doctrine économique, la théorie beckerienne de la dissuasion.** Un économiste de l'école de Chicago, du nom de Gary Becker fut récompensé d'un prix Nobel d'économie en 1992 pour avoir appliqué l'analyse économique à l'étude du crime, notamment le crime économique². S'inscrivant dans la microéconomie, science du comportement, ces réflexions l'amènèrent à étudier la psychologie de la criminalité d'affaires pour mieux la combattre. Partant du postulat de la « rationalité économique »³ de ces agents, il élabore un modèle mathématique de la dissuasion, la « sanction optimale ». Il ressort de cette théorie que pour qu'une sanction soit dissuasive elle doit être proportionnelle aux deux paramètres du calcul bénéfice-risque de l'agent économique, à savoir la probabilité de la sanction et le montant du gain illicite espéré.

1. Giacobbo-Peyronnel (V.), Singler (P.), « Quelques réflexions et interrogations au sujet de l'effet dissuasif des amendes en droit communautaire de la concurrence », *Concurrences* 4/2009, p. 74-89, spé.n° 22.

2. Becker (G.), « *Crime and Punishment, an economic approach* », *Journal of Political Economy*, 1968, vol. 76, p. 169 et s.

3. Postulat ignoré de notre doctrine juridique du crime : Debuyst (C.), Digneffe (F.), Pires (A. P.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Larcier, 2008, contr, Royer (G.), *L'analyse économique et le droit criminel*, Le Manuscrit, 2005, du même auteur, *L'efficacité en droit pénal économique. Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, LGDJ, Droit et Économie, 2009.

Transposée en Droit, une sanction pécuniaire est dissuasive si son *quantum* est proportionnel au gain illicite et si la proportion concorde avec la probabilité de son prononcé. En d'autres termes, plus faible est la probabilité de la sanction, plus fort doit être le coefficient multiplicateur. Inversement, plus forte est la probabilité de sanction, plus faible peut être le coefficient multiplicateur. La seule confiscation du profit illicite n'est donc pas suffisante dès lors que la probabilité de son prononcé est faible. Ce qui explique que la répétition de l'indu en droit des pratiques restrictives de concurrence ne dissuade pas les opérateurs économiques à commettre des pratiques commerciales déloyales. Car tant que la probabilité qu'une sanction seulement confiscatoire soit prononcée est faible, l'opérateur économique continuera à courir le risque. Si ces mécanismes permettent au mieux de « confisquer » le profit illicite, c'est-à-dire de le retirer des mains du fautif, ils ne suffisent pas encore à dissuader.

Cet enseignement est cardinal dans notre étude. Et l'application de cette théorie économique de la dissuasion à notre sujet se justifie tout particulièrement dans la mesure où son postulat, la « rationalité économique », se vérifie en présence d'une faute lucrative, laquelle s'exprime à travers le calcul coût-avantage. On en déduira que les modalités de la « sanction monétaire confiscatoire » de la faute lucrative dépendent de sa probabilité d'être sanctionnée. Et cette probabilité de sanction diffère selon que la sanction est publique, mise en œuvre par une autorité publique habilitée ou privée, mise en œuvre par les victimes ou par l'intermédiaire d'une association (en cas de faute lucrative de masse).

Mais nous irons plus loin. Cantonnée à la sanction monétaire, cette doctrine se désintéresse de l'effet dissuasif potentiel des sanctions non monétaires sur la délinquance économique. Nous montrerons que l'intérêt de telles sanctions réside dans leur coût, qui plus est non chiffrable et donc non susceptible de spéculation par les agents.

15. Méthodologie et analyse économique du droit. Pour atteindre l'objectif que nous nous sommes assigné, déjouer le calcul coût-avantage, dissuader l'agent économique de commettre une faute lucrative, il nous a fallu suivre une méthode.

Parce que notre thème d'étude n'intéresse pas que la science juridique, mais également les sciences économiques, nous avons tenté d'intégrer une approche d'analyse économique du Droit¹ dans l'approche juridique classique. En raison de sa fonction explicative et normative², le « prisme »³ de l'analyse économique du droit nous aidera non seulement à identifier les « failles » du Droit dans lesquelles se loge la faute lucrative, mais aussi à proposer des réformes ponctuelles pour chasser la faute lucrative de notre système juridique.

1. Mackaay (E.), Rousseau (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2^e éd. 2008, Kirat (T.), *Économie du droit*, La Découverte, 2012, Fabre-Magnan (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, Deffains (B.), (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, PUF, éd. Cujas, 2002.

2. Frison-Roche (M.-A.), « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », in « Pertinence et intérêt de l'analyse économique pour le droit, pour l'économie, pour la justice », *LPA* 19 mai 2005, numéro spécial, p. 15 et s.

3. Mackaay (E.), « La règle juridique observée par le prisme de l'économie, une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RIDE*, 1986, p. 43 et s.

Face à un comportement social controversé, la démarche du juriste consiste à le définir, ou le qualifier au regard des catégories du droit préexistantes d'une part et à attribuer un régime applicable à la qualification retenue, dans un second temps. Fidèles à cette démarche, nous définirons les éléments constitutifs de la faute lucrative pour mieux la cerner avant de déterminer les leviers d'un régime qui, selon nous, permettra de la combattre. La décomposition rationnelle de la faute lucrative nous amènera à analyser son élément légal, son élément matériel et son élément moral. Tandis que le premier nous permettra de saisir l'origine de la variété de fautes lucratives et d'en comprendre les raisons de son expansion, les deux autres mettront en lumière la spécificité de celle-ci et l'absence de réaction ajustée en droit positif.

Face à un comportement social discuté, la démarche de l'économiste est différente, mais respecte également un raisonnement en deux temps. Tout d'abord, elle cherche à expliquer pourquoi un tel comportement existe, ce qui revient à identifier les failles du Droit qui autorisent et favorisent la commission de fautes lucratives. Dans cette première étape de l'analyse dite descriptive, l'objectif est donc d'identifier les zones « d'inefficacité du Droit ». Le second temps de l'analyse est normatif dans le sens où l'objectif de l'analyse économique du Droit est de modifier la règle de droit pour réorienter le comportement des individus. Cette doctrine a été élaborée dans un but d'efficacité des règles de droit. Elle permet d'étudier « comment la règle de droit oriente le comportement des individus et dans quelle mesure elle atteint ses objectifs sans être détournée par ces mêmes individus »¹. C'est la raison pour laquelle, certains auteurs ont pu comparer l'analyse économique du droit à « un prisme par lequel le droit peut être refondé »².

16. **Apports de la thèse.** Si la faute lucrative lucrative n'est pas une notion nouvelle, force est de constater que les discussions doctrinales qu'elle nourrit n'ont jamais été aussi abondantes et passionnées qu'aujourd'hui. La volonté d'endiguer un tel fléau dans notre système juridique est consensuelle, les moyens en revanche suscitent la division. Selon notre analyse, cette division est provoquée par les différences d'expériences, de convictions liées à chaque discipline du droit privé. Pour les concurrentialistes, l'efficacité économique justifie l'intransigeance, pour les pénalistes, la légalité ne doit pas être sacrifiée sur l'autel de l'efficacité. Enfin, pour les civilistes, le droit de la responsabilité civile ne doit pas être le sanctuaire de la dépenalisation du droit des affaires.

Conscients des arguments, des sensibilités, des exigences de chaque discipline, nous avons opté pour une approche transversale de la notion. Cette approche nous a permis de forger l'unité de la notion. Que la faute lucrative incarne une infraction pénale, une infraction de concurrence, un délit civil, elle recèle toujours les mêmes composantes. C'est le premier apport de notre thèse, proposer une définition de la faute lucrative qui embrasse sa diversité de visages pour la consacrer en droit. Nous verrons qu'une telle consécration diffère

1. Fabre-Magnan (M.), *op. cit.*, n° 60.

2. Mackaay (E.), « La règle juridique observée par le prisme de l'économie, une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *loc. cit.*

selon la discipline, une circonstance aggravante en droit répressif, une déclinaison de la faute intentionnelle ou dolosive en droit de la responsabilité civile.

De cette unité notionnelle, nous déduirons une méthode de traitement unique, destiné à renverser le rapport du calcul coût avantage. Placé sous le sceau de la dissuasion, le régime de la faute lucrative que nous proposerons tentera de transposer en droit le modèle économique de la dissuasion de Gary Becker. Ainsi, le *quantum* de la sanction et la probabilité de celle-ci, paramètres du calcul et de la sanction optimale, correspondront dans notre étude au choix de la sanction d'une part et à sa mise en œuvre d'autre part. Le second apport de notre thèse consistera donc à proposer une méthode de traitement des fautes lucratives, exploitant les deux paramètres du calcul, afin que plus aucune faute ne puisse profiter à son auteur dans notre système juridique. L'unité de la méthode ne sera pas exclusive de certaines nuances relatives à la qualification de la sanction (« pénale » ou non) d'une part et à la personne habilitée à la mettre en œuvre d'autre part (publique ou privée). Les modalités de dissuasion seront donc discutées en fonction de la nature de la sanction et de la probabilité de son prononcé. En outre, nos réflexions sur les modalités de la sanction nous inviteront à distinguer le champ de la punition de celui de la dissuasion, une sanction civile ou « normative », pouvant être dissuasive. Enfin, il conviendra de déterminer les conditions permettant « d'optimiser » la probabilité de la sanction dissuasive pour que celle-ci soit effectivement mise en œuvre. Or, la probabilité de la sanction diffère selon sa nature et la compétence de celui qui la mettra en œuvre. Il conviendra donc d'identifier les conditions pour faciliter l'action privée confiscatoire et l'action publique confiscatoire, certaines étant communes, d'autres propres à chaque action.

17. **Plan de thèse.** Pour ce faire, nous adopterons un plan fidèle à la démarche du juriste, qui se justifie d'autant plus que la notion, objet de notre étude, est transversale.

Il conviendra donc dans un premier temps de qualifier la faute lucrative en droit et d'en dégager par la même, les éléments constitutifs sur lesquels repose l'unité de la notion (Partie I). Puis dans un second temps, nous élaborerons un régime dissuasif, soit un régime qui permet de renverser le rapport coût-avantage, de sorte qu'aucune faute en droit privé, ne peut profiter à son auteur ou demeurer lucrative pour ce dernier (Partie II).



PARTIE I

Une notion unitaire

18. **Les composantes de la faute lucrative.** Parce que la faute lucrative est avant tout une faute, son analyse et sa définition supposent l'examen de ses éléments constitutifs.

Traditionnellement, la doctrine juridique qualifie une faute au regard de plusieurs éléments. En droit pénal, la faute constitue une infraction, laquelle comporte deux éléments, d'une part « l'incrimination », qui constitue la description des éléments constitutifs du comportement interdit, d'autre part « la peine » qui la sanctionne¹. Et parmi les éléments constitutifs de l'incrimination, on recense un élément légal (la prohibition), un élément matériel (le comportement et/ou résultat prohibé et un élément moral (l'état de conscience de l'auteur). Cette analyse est partagée par la doctrine civiliste, certains décomposent la faute civile en un élément objectif (la règle de droit) et un élément subjectif (l'intention)² tandis que pour d'autres, la faute s'examine au regard de son élément matériel, le « fait » son élément objectif ou sociologique, « l'illicite » et son élément subjectif, l'« intention ou l'imputabilité »³. La faute lucrative se qualifie donc au regard d'un élément objectif, d'un élément matériel et d'un élément intentionnel. Ce sont précisément ces composantes, ou constantes qui scellent l'unité de la notion de faute lucrative, et ce, quelle que soit la faute instrumentalisée par le calcul coût-avantage. Cette première partie sera donc consacrée à l'étude des trois composantes de la faute lucrative, à savoir son élément légal (Titre I), son élément matériel notamment son résultat (Titre II) et son élément moral (Titre III).

1. Desportes (F.), Le Gunehec (F.), *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd. 2009, n° 22, p. 9.

2. Bacache-Gibeili (M.), *Les obligations, la responsabilité civile extra-contractuelle*, Economica, 3^e éd. 2016, n° 134, p. 146, Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd. 2013, spéc. n° 442 et s, Flour (J.), Aubert (J.-L.), Savaux (E.), *Droit civil. Les obligations, Le fait juridique*, T. 2, Sirey, Dalloz, 14^e éd. 2011, spéc. n° 98-1 et s.

3. Carbonnier (J.), *Droit civil - Les biens, Les obligations*, vol. 2, PUF, Coll. Quadrige Manuel, 1^{re} éd. 2004, n° 1136, Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Coll. Précis, 11^e éd. 2013, spéc. n° 717 et s.

Au titre de l'étude de l'élément légal d'une faute lucrative, nous verrons que ce dernier correspond ni plus ni moins à l'ordre public, ce qui explique sa diversité et la nécessité d'une sanction. En outre, nous constaterons que l'avènement d'un ordre public de marché participe notablement à l'expansion du phénomène de faute lucrative. L'objectif d'efficience du marché entérine en effet toute forme de calcul coût-avantage, ce qui encourage les opérateurs à maximiser leurs gains, fut-ce au mépris de la loi. L'examen de cet élément légal mettra aussi en exergue une dualité de fautes lucratives. En effet, le dualisme de l'ordre public de marché, d'ordre procédural, justifiera une distinction de fautes lucratives qui ne s'exprimera toutefois qu'au stade du régime. Car cette dichotomie n'influe pas sur la qualification de faute lucrative.

Au titre de l'étude de son élément matériel, et plus précisément de son résultat, nous constaterons, non sans étonnement, qu'une faute lucrative génère un résultat économique, aussi appelé « profit illicite » ou « surprofit » et un résultat dommageable, un dommage individuel et le cas échéant un dommage global. Ces deux résultats ne sont autres que la transposition juridique des paramètres du calcul coût-avantage. Le coût représente la sanction du ou des dommages tandis que l'avantage renvoie au gain illicite. Notre analyse aura pour objectif non seulement d'identifier les failles du droit qui expliquent l'existence de fautes lucratives en droit français, mais aussi de déceler les forces du droit que nous exploiterons en seconde partie pour déjouer le calcul. Cette analyse du résultat sera un préalable indispensable à la dissection de l'« intention » de l'agent économique.

Enfin, l'analyse de son élément moral révélera une « intention » d'un genre nouveau qui ne trouve aucun équivalent ni dans la hiérarchie des fautes pénales ni dans la hiérarchie des fautes civiles. Elle n'est pas une faute d'imprudence parce qu'elle est commise en conscience, elle n'est pas une faute intentionnelle parce qu'elle n'a pas pour objectif de nuire à autrui. Elle est « délibérée » tout en étant tournée vers le résultat économique. L'inadéquation des qualifications existantes du droit nous conduira à préconiser la consécration de la faute lucrative en droit positif (loi ou jurisprudence), et ce, pour un meilleur ajustement de la réaction du droit.

TITRE I

Élément légal de la faute lucrative

19. *L'ordre public de marché, élément légal des fautes lucratives.* Comme toute faute, la faute lucrative tire son caractère fautif d'un élément d'illicéité. L'étude de l'élément légal d'une faute lucrative constitue donc le point de départ de l'analyse d'une telle notion. Cette première étape nous permet de mettre en exergue une première caractéristique de la faute lucrative qui sera essentielle pour la suite de notre démonstration, sa diversité. La faute lucrative est protéiforme parce que son élément légal, l'ordre public, est transversal. Ce premier constat justifie la nécessité d'une approche transverse, globale, pluridisciplinaire de la faute lucrative d'une part. Il explique d'autre part pourquoi l'objectif assigné à notre étude consiste à proposer une méthode de traitement de la faute lucrative plutôt qu'une solution unique.

Ainsi, l'étude de l'ordre public et plus précisément l'ordre public de marché au titre de l'élément légal d'une faute lucrative est une étape préalable indispensable. Et parce que l'élément légal d'une faute lucrative n'est autre que l'ordre public, nous en déduisons qu'il en épouse les caractéristiques : sa transversalité et sa dualité. Après avoir mis en lumière la diversité des fautes lucratives à travers l'étude de son élément légal (Chapitre I), nous montrerons qu'il découle de cet élément légal une dualité des fautes lucratives (Chapitre II).

La diversité de visages de la faute lucrative est une donnée essentielle à notre démonstration. En outre, en nous intéressant à l'évolution de l'ordre public, en tant qu'élément légal de la faute lucrative, nous montrerons que la transformation de ce dernier en ordre public économique puis l'avènement d'un ordre public de marché vont participer à l'essor des fautes lucratives. En effet, l'objectif d'efficacité poursuivi par l'ordre public de marché va procurer une légitimité à la quête de rentabilité des opérateurs et inciter ces derniers à s'adonner à des calculs rationnels sur leur activité économique. Si une telle démarche jouit d'une totale licéité lorsque le bénéfice recherché résulte d'une activité conforme aux règles qui la régissent, il en est tout autre lorsque le bénéfice recherché résulte d'une activité illicite, fût-elle très rentable. Nous concluons donc que l'élément légal de la faute lucrative embrasse toutes les règles qui encadrent la quête de profits des opérateurs ou l'obstruent.

Par ailleurs et inévitablement, l'étude de l'ordre public nous conduira à reconnaître l'existence d'une dichotomie de l'élément légal de la faute lucrative. Celle-ci nous permettra de classer les fautes lucratives qui illustreront nos propos tout au long de notre démonstration, à l'aune de leur élément légal. Or, l'avènement de l'ordre public de marché déplace le critère de cette dichotomie. Le dualisme théorique fondé sur la finalité de la règle d'ordre public d'antan s'efface au profit d'un dualisme procédural fondé sur l'auteur de la mise en œuvre de la règle d'ordre public. On en déduira une distinction fonctionnelle, procédurale des fautes lucratives qui ne retentit aucunement sur la qualification de faute lucrative. En revanche, cette dualité des fautes lucratives révélera son utilité au stade du régime puisqu'il en dépendra la nature de la sanction et les modalités de sa mise en œuvre.

CHAPITRE I

L'ordre public de marché : origine de la diversité des fautes lucratives

20. *Ordre public, élément légal d'une faute lucrative.* Complexe, la notion d'ordre public va pourtant nous permettre de circonscrire l'élément légal d'une faute lucrative.

Il nous faudra tout d'abord démontrer que l'élément légal d'une faute lucrative est nécessairement une règle d'ordre public (Section I). Nous verrons en effet que l'élément légal d'une faute lucrative consiste en une norme de comportement qui plus est, revêtue d'un caractère impératif, justifiant le prononcé d'une sanction. Aussi l'élément légal d'une faute lucrative épouse-t-il les caractéristiques de l'ordre public dont, sa transversalité et sa fonction. En d'autres termes, l'élément légal d'une faute lucrative peut appartenir à n'importe quel ordre public spécial, ce qui explique la diversité de la faute lucrative. En outre, il a toujours vocation à encadrer la liberté individuelle, ce qui fonde la raison d'être de la faute lucrative, dépasser le cadre légal pour s'enrichir davantage.

Nous constaterons néanmoins qu'il existe un ordre public particulièrement visé par les fautes lucratives et propice à leur développement, l'ordre public de marché (Section II). La libéralisation de l'économie a dépeint sur l'ordre public économique à deux égards, d'une part elle a institué un ordre de libertés, d'autre part elle a instillé un culte légitime du profit. Aussi, toutes les règles d'ordre public qui limitent cette quête du profit (règles de l'ordre public de marché) ou qui représentent un coût (normes de sécurité hygiène, respect de l'environnement) sont cibles de faute lucrative. Tous les ordres publics touchés par la marchandisation de la société, peuvent donc être cibles de fautes lucratives dès lors qu'ils ont pour effet de limiter la quête de profit ou d'imposer un surcoût à une activité économique.

SECTION I : DIVERSITÉ ET IMPÉRATIVITÉ : CARACTÉRISTIQUES DE L'ÉLÉMENT LÉgal DE LA FAUTE LUCRATIVE

21. *Les caractéristiques de l'élément légal d'une faute lucrative.* L'étude des caractéristiques de l'ordre public nous éclairera sur celles de la faute lucrative, la première étant sa diversité (A). C'est en effet la norme de comportement

violée qui fonde l'illicéité de la faute lucrative. Il conviendra donc de définir l'« illicite » et de déterminer toutes les sources d'illicéité possibles afin de mesurer la plasticité de la faute lucrative.

En outre, parce que l'illicéité de la faute lucrative appelle une sanction, elle suggère que la règle de droit bafouée revête un caractère impératif, ce qui révèle la nature d'ordre public de l'élément légal de la faute lucrative (B).

A. La diversité des sources d'illicéité

22. *La transversalité de l'ordre public, facteur de diversité de la faute lucrative.* Tout d'abord, l'ordre public n'est pas un, mais il est multiple. La doctrine s'interroge sur l'unité et la pluralité de la notion¹. Selon monsieur Picard, l'ordre public serait un contenant unique rempli d'un contenu pluriel². Il faudrait donc envisager l'ordre public comme une coquille unique susceptible d'accueillir divers éléments, spécifiques d'une branche à l'autre (droit pénal, droit international, droit communautaire, droit financier, etc.).

Il est important de souligner l'impact de cette transversalité de l'ordre public sur la faute lucrative. C'est en effet la diversité de l'ordre public qui explique la diversité de l'élément légal de la faute lucrative et sa multitude de visages. L'élément légal d'une faute lucrative est donc pluriel, voire infini, puisque la jurisprudence est également une source d'ordre public informel, dit aussi virtuel³.

Une telle disparité explique que l'ordre public se laisse difficilement enfermer dans une définition. Certains diront en effet qu'« on ne peut la réduire à une brève formule composée de termes stricts »⁴. Plus qu'une approche notionnelle, c'est donc une approche fonctionnelle de l'ordre public qui permettrait de circonscrire le champ de la faute lucrative. Il existe différentes sources d'illicéité des comportements, certaines sont formelles (1), d'autres non (2).

1. Les sources formelles d'illicéité

23. *La loi.* La première source d'illicéité est la loi. Cette source d'illicéité concerne nécessairement les infractions. Si la faute lucrative incarne une infraction pénale ou une infraction au droit de la concurrence, son élément objectif est une règle prohibitive qui résulte d'un texte de loi, conformément au principe de légalité des délits et des peines. Le texte d'incrimination sera alors issu du Code

1. Redor (M.-J.) (dir.), *L'ordre public, ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, Droit et Justice, Bruxelles, 2000.

2. Picard (E.), « Introduction générale, la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public, ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, op. cit., p. 17-61, spéc. p. 22, « Si l'on veut comprendre cette pluralité des contenus de l'ordre public, il faut ainsi savoir penser de façon combinée l'un et le multiple, le singulier et le pluriel, le semblable et le divers, et ne pas se laisser aveugler par un seul des deux termes de ces dialogues ».

3. La doctrine privatiste condamne une approche par le contenu de la notion d'ordre public, laquelle risquerait de figer une notion par essence évolutive. Nous pensons notamment à la théorie de la concurrence déloyale forgée par la jurisprudence et devenue une véritable règle d'ordre public.

4. Hage-Chahine (F.), « Rapport général », in *L'ordre public, Journées libanaises, Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1998, LGDJ, n° 2, p. 18.

pénal ou d'une disposition pénale d'un code spécial tel que le Code de commerce, le Code de l'environnement, le Code de la propriété intellectuelle, etc.

Par ailleurs, certaines fautes lucratives qui ne constituent pas une infraction, mais incarnent une faute civile, peuvent également puiser leur illicéité d'un texte spécial, d'origine légale. Son élément objectif peut faire l'objet d'une disposition légale prohibitive, c'est le cas de certaines pratiques restrictives de concurrence¹, de l'atteinte à certains droits subjectifs, comme la propriété intellectuelle² ou de l'atteinte aux droits de la personnalité dont la protection est légalement organisée³.

Néanmoins, contrairement au droit pénal, la faute civile n'est pas enfermée dans un principe de légalité, ce qui explique qu'il existe d'autres sources, informelles, d'illicéité de la faute lucrative.

2. Les sources informelles d'illicéité

24. **Les « devoirs préexistants ».** Lorsque la faute lucrative constitue une faute civile, l'élément légal de la faute lucrative est d'origine plurielle, à l'image de la définition de la faute civile. La *clausula generalis* issue de la *Lex Aquilia*⁴, inscrite à l'article 1240 nouveau du Code civil (anc. art. 1382 du C. civil) annonce une universalité, une plasticité, une souplesse méritoires⁵, qui permettent d'attirer bon nombre de comportements sous le sceau de l'illicite.

Si l'on s'intéresse strictement à l'élément objectif de la faute civile, indépendamment du dommage qu'elle cause, il pourrait se définir à l'aune de la célèbre formule de Planiol selon laquelle la faute consiste en une « violation d'une obligation préexistante »⁶. L'ambiguïté et les critiques que certains ont prêtées à cette formulation⁷ ont permis de préciser davantage le « champ » de l'illicite d'une faute civile et de l'élargir. Il faut donc l'entendre comme désormais tout « devoir juridique »⁸ pour reprendre l'expression de Monsieur Rabut ou plus généralement toute « norme imposée par le droit »⁹. Les derniers projets de réforme du droit des obligations entérinent cette évolution et précisent que ces normes imposées par le droit peuvent résulter de la « loi, du règlement ou d'un devoir général de prudence »¹⁰. Notons à propos du « devoir général de prudence » qu'il

1. Art. L. 442-6 C. com.

2. Art. L. 615-1 C.P.I.

3. Art. 9 C. civ.

4. Descamps (O.), *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, 2005.

5. Le Tourneau (P.), « Des mérites et des vertus de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.* 1985, 1, doct. 283.

6. Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, LGDJ, 2^e éd. 1946, spé n° 863.

7. Mazeaud (H.), Mazeaud (L.), Mazeaud (J.), Chabas (F.), *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, t. 1, vol. 1, Montchrestien, 11^e éd. 1996, spéc. n° 389-392.

8. Rabut (A.), *De la notion de faute en droit privé*, thèse Paris, 1946, LGDJ, n° 49, p. 65.

9. Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, LGDJ 4^e éd. 2013, n° 443, p. 445.

10. Art. 1242 du *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017 : « Constitue une faute de violation d'une prescription légale ou le manquement du devoir général de prudence ou de diligence ». Art. 1352 alinéa 2 nouv. C. civ. de l'*avant-projet Catala* de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription : « Constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence », Art. 1386-3 nouv.

est une source intarissable de règles de bonne conduite, pourtant dépourvues de légalité formelle. Elle génère une règle découverte par la jurisprudence¹, chaque fois qu'un comportement est sanctionné par les articles 1382 et 1383 du Code civil. Qu'il s'agisse d'usages professionnels ou de règles déontologiques², ou encore de principes d'équité, tous ces devoirs généraux peuvent devenir élément légal d'une faute si leur méconnaissance est constatée judiciairement. Ce qui explique qu'un agissement de concurrence déloyale ou de parasitisme peut constituer une faute lucrative.

Ce devoir général de prudence peut également fonder l'illicéité d'un comportement attentatoire à un droit subjectif ne faisant pas l'objet d'une protection spéciale et autonome. L'élément objectif d'une telle faute n'est autre que le respect des droits d'autrui. Enfin, nous citerons une dernière source informelle d'illicéité, l'abus de droit.

25. **L'abus de droit.** L'abus est une source d'illicéité de la faute lucrative, particulièrement intéressante. Nous verrons que dans un ordre de libertés, notamment économiques, les sources formelles d'illicéité se tarissent. Aussi, la théorie de l'abus de droit apparaît-elle comme une limite indispensable à la liberté.

En principe, celui qui use de son droit ne lèse personne³. En d'autres termes, il ne peut y avoir faute si le fait commis entre dans l'exercice d'un droit (liberté commerciale, liberté de concurrence, etc.). Ainsi, parce que l'exercice d'un droit ne peut être source d'illicéité, le dommage qui en résulte est licite, ce qui explique que dans un ordre de libertés économiques, le dommage commercial soit licite. Mais ce serait admettre que tout droit est discrétionnaire, ce que la doctrine et la jurisprudence contestent.

En effet, aujourd'hui il est largement admis que l'exercice d'un droit s'arrête aux frontières de l'excès, l'abus⁴. Si l'abus de droit peut faire l'objet de règles prohibitives spéciales et disparates, il n'existe aucune interdiction générale de l'abus de droit⁵, et ce faisant aucune définition unitaire. On recense néanmoins plusieurs conceptions doctrinales de l'abus, plus ou moins entérinées par la jurisprudence, ainsi l'abus peut être constitué chaque fois que le droit est exercé de « mauvaise foi », avec « l'intention de nuire » ou encourt « en détournant le droit de sa finalité »⁶. Retenons pour l'heure qu'il est une source d'illicéité informelle (ou formelle) dans le contrat et hors contrat.

C. civ. proposition de *loi Béteille* portant réforme de la responsabilité civile : « La violation d'une loi ou d'un règlement ou le manquement à une obligation de prudence ou de diligence, oblige son auteur à réparer le dommage qu'il a causé ».

1. Bacache-Gibeili (M.), *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 3^e éd. 2016, n° 145 et s., p. 164 et s., p. 154-157, Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Les conditions de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 450 et s., p. 457 et s.

2. Qui a donné lieu à la théorie de la concurrence déloyale.

3. Le Tourneau (P.) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 11^e éd., 2018-2019, n° 2213-11 : conformément à l'adage *neminem laedit qui suo jure utitur*.

4. Le Tourneau (P.), *op. cit., ibid.*, Bacache-Gibeili (M.), *op. cit., ibid.*, n° 2213-11, Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *op. cit.*, n° 475, p. 495.

5. Contrairement à d'autres systèmes étrangers : Le Tourneau (P.), *ibid.*

6. Le Tourneau (P.), *ibid.*, Bacache-Gibeili (M.), *ibid.*, Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *ibid.* : L'abus de droit peut être constitué chaque fois que le droit était exercé de « mauvaise foi », ou dans l'« intention de nuire », ou encore en « détournant le droit de sa finalité ».

Après avoir décrit l'élément objectif d'une faute lucrative, il nous faut démontrer son appartenance à l'ordre public.

B. Le caractère impératif de l'élément légal de la faute lucrative

Annnonce. Après avoir défini la notion d'impérativité, attribut le plus remarquable de l'ordre public, il conviendra de distinguer les cas où l'impérativité de l'élément objectif d'une faute lucrative ne fait aucun doute (1) des autres cas où elle prête à discussion (2).

1. L'impérativité des normes d'ordre public

26. **L'idée de suprématie dégagée par l'ordre public.** Aussi bien en droit privé qu'en droit public, l'ordre public surgit chaque fois que la liberté individuelle menace de compromettre le bon ordre de la Cité. Ce faisant, il fait primer l'intérêt général sur l'intérêt individuel.

En Droit public, l'ordre public est traditionnellement présenté sous la forme d'une trilogie inspirée de la mission de police administrative définie à l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales¹. Depuis la célèbre jurisprudence du Conseil d'État dite du « lancer de nain »², cette trilogie muta en une quadrilogie composée de « la sûreté, la sécurité, la salubrité et moralité publiques »³.

En Droit privé, l'ordre public se définit par son rôle, c'est Portalis qui livra cette directive d'interprétation de l'article 6 du Code civil. Il affirme avec fermeté que « le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême » et qualifie les principes d'ordre public de « principes exagérés » d'une société⁴. Aussi, plutôt que de l'envisager comme un corps de règles de droit, la doctrine l'appréhende par l'idée de suprématie d'une règle sur l'individu. À ce titre, le doyen Carbonnier nous invite à le figurer comme une présence hégémonique, « la présence d'un être moral, le peuple, la société, l'État, dans l'espace ouvert à la liberté des contrats »⁵. Cette conception rejoint celle de Planiol qui identifie une disposition d'ordre public « toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi »⁶. Finalement, la conception pri-

1. Art. L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales : « La police administrative a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ».

2. CE 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, note *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 15^e éd. 2005, n° 98.

3. Truchet (D.), *Droit administratif*, Thémis, PUF, 7^e éd, 2017, p. 307-308.

4. Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Coll. « Voix de la cité », Éd. Confluences, 1999, spéc. p. 76 : « [...] Si on pouvait les [ordre public et les bonnes mœurs] blesser par des conventions, bientôt l'honnêteté publique ne serait plus qu'un vain nom, et toutes les idées d'honneur, de vertu, de justice, seraient remplacés par les lâches combinaisons de l'intérêt personnel, et par les calculs du vice ».

5. Carbonnier (J.), *Droit civil - Les biens, Les obligations*, vol. 2, PUF, Coll. Quadrige Manuel, 1^{re} éd. 2004, n° 984.

6. Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, T. 1, LGDJ, 4^e éd. 2013, n° 518, p. 381.

vatiste de l'ordre public pourrait être synthétisée à travers la définition célèbre proposée par monsieur Malaurie qui définit l'ordre public comme « le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité. Il [l'ordre public] caractérise un état de la société, exprimant la fonction essentielle du droit en tant que régulateur des groupes humains »¹.

En conclusion, acceptions publiciste et privatiste de l'ordre public convergent vers l'idée de « bon ordre » dans la cité, gage de Paix sociale. Aussi l'ordre public surgit-il de l'ordre juridique², chaque fois que ce « bon ordre » est malmené par une volonté individuelle.

27. L'encadrement de la liberté individuelle, manifestation de l'ordre public. L'ordre public a donc pour fonction de faire primer l'intérêt général sur l'intérêt particulier. C'est du moins le dénominateur commun des multiples ordres publics³. Qu'il se manifeste en droit privé, en droit public, dans un contexte européen ou international, l'ordre public est toujours invoqué « au nom d'un intérêt supérieur », « d'un motif impérieux », « de principes éminents et universels » et ce, au détriment d'une volonté particulière ou d'une liberté individuelle. Il a donc pour but de recadrer les libertés individuelles dans un cadre conforme à l'intérêt général. Selon le Doyen Julliot de la Morandière, « Il s'agit toujours d'affirmer la supériorité des principes qui sont à la base de l'ordre dans un État »⁴. Cet auteur explique que l'ordre public permet de trancher des conflits entre la loi générale et la volonté individuelle ou entre la loi d'un État (loi du for) et la loi d'origine étrangère choisie par les parties. Aussi dans les deux cas, l'ordre public a-t-il pour effet d'évincer la règle issue de la volonté individuelle.

Cette fonction d'encadrement de la liberté individuelle, la doctrine privatiste la reconnaît à l'unanimité et la dénonce bien souvent. Car sitôt proclamée, la liberté contractuelle se voit enserrée par une notion-cadre, l'ordre public. Ainsi, selon Monsieur Mazeaud et Monsieur Chabas « toutes les conditions posées par le législateur à la validité des actes juridiques se présentent comme autant d'atténuations au principe de l'autonomie de la volonté »⁵. Certains iront même jusqu'à affirmer que la fonction essentielle de l'ordre public telle qu'il en résulte de l'article 6 du Code civil consiste à limiter la liberté contractuelle, « au nom de l'intérêt de la société »⁶.

Nous verrons que c'est précisément ce cadre que la faute lucrative cherche à dépasser, chaque fois qu'il lui impose des contraintes susceptibles de restreindre la rentabilité d'une activité économique.

1. Malaurie, (Ph.), *L'ordre public et le contrat*, Thèse, Paris, 1953, spéc. n° 99.

2. « Ordre juridique » entendu comme l'ensemble des règles de Droit qui gouvernent l'État.

3. Picard (E.), « Introduction générale, la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public, ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux, op. cit.*, p. 22.

4. Julliot de La Morandière (L.), « L'ordre public en Droit privé interne », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, 1939, Duchemin, Paris, 1977, p. 381, spéc. p. 384.

5. Mazeaud (H.), Mazeaud (L.), Mazeaud (J.), Chabas (F.), *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, T. 1, v. 1, Montchrestien, 11^e éd., 1996, n° 269.

6. Ripert (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény*, T. 2 *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, 1934, Duchemin, Paris, 1977, p. 374, Savatier (R.), « L'ordre public économique », *D.* 1965, p. 43, Farjat (G.), *L'ordre public économique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1963.

28. **Le caractère impératif issu de la nécessaire sanction d'une faute lucrative.** En principe, dès lors qu'il y a faute et donc violation d'une norme, il y a sanction¹. Le prononcé de la sanction traduit l'impérativité de la règle de droit bafouée par la faute. Or, l'impérativité révèle l'appartenance de ladite règle à l'ordre public. C'est en effet ce qui résulte de l'article 6 du Code civil, « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » sous peine de nullité. Par conséquent, parce que la faute lucrative appelle une sanction, son élément légal est impératif et donc d'ordre public².

S'il est des cas où la loi se déclare expressément d'ordre public (droit pénal, droit de la concurrence, droit de la consommation), nombreux sont les cas où la loi reste muette. De cette distinction, la doctrine a opposé ce qu'elle a appelé l'ordre public textuel – composé des lois d'ordre public se nommant comme telles – et l'ordre public virtuel – composé de lois potentiellement d'ordre public ou « en suspension, dans l'attente qu'on les fasse surgir dans le droit positif »³, selon les propos du doyen Carbonnier. Dans ce cas, il revient alors au juge de déceler le caractère impératif d'une norme.

2. L'impérativité expresse

29. **L'impérativité des textes d'incrimination.** Le caractère d'ordre public du droit pénal est un acquis doctrinal⁴. Parce qu'il célèbre les valeurs sociales les plus éminentes, le droit pénal et les incriminations qu'il comporte sont nécessairement d'ordre public. Il s'impose par la force, au moyen d'une peine. À l'instar des textes d'incrimination pénaux, les textes d'incrimination du droit de la concurrence sont également dits d'ordre public. Appartenant à un droit dit « répressif », ou au « champ pénal européen »⁵, le *grand droit de la concurrence* tire son impérativité de la contrainte exercée sur les auteurs, personnes morales, contrevenant aux règles du second titre du livre IV du Code de commerce.

Au-delà des textes d'incrimination des infractions, certains textes instituant des délits civils spéciaux se voient également expressément attribuer une force impérative.

1. Sur le lien entre la violation d'une norme et sa sanction : Jestaz (P.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chr. p. 197-204, Lalande (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, vol. 2, PUF, coll. Quadrige, 5^e éd. 1999, V^e « sanction », Morand (C.), « La sanction », in *Vocabulaire fondamental du droit*, *Archives philosophiques du droit*, T. 35, 1990, p. 293-312, Carbonnier (J.), *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2^e éd. 2004, p. 323 s., Chainais (C.), Fenouillet (D.), « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique, Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol.1, *La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, Mission Droit et Justice, 2012, spéc. n° 13, sur la définition de la sanction voir, *infra*, n° 224.

2. La doctrine distingue usuellement les lois dites *d'ordre public* ou *lois impératives* et les *lois supplétives* qui ont un caractère facultatif, indicatif. Aux premières, il est interdit de contrevenir par une convention particulière à peine de nullité, aux secondes il est permis de l'écarter au profit d'une disposition choisie par les parties.

3. Carbonnier (J.), *Droit civil - Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 984.

4. Cimamonti (S.), « L'ordre public et le droit pénal », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, T. Revet (dir.), *Thèmes et commentaires*, Dalloz, 1996, p. 89-104, spéc. p. 90.

5. Voir *infra* n° 296.

30. **L'impérativité des textes instituant des délits civils.** Lorsqu'une faute civile est expressément prévue par la loi, elle est généralement assortie d'une sanction civile, spéciale ou de droit commun, qui révèle son caractère impératif. C'est le cas des dispositions du droit de la consommation et de celles du droit des pratiques restrictives de concurrence. Prenons l'exemple du délit de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des cocontractants. Cette faute civile est visée à l'article L. 212-1 du Code de la consommation¹, lorsqu'elle est commise dans les relations contractuelles entre consommateur et professionnel. L'article L. 212-3 du code précité précise que cette disposition est d'ordre public. Le délit civil de déséquilibre significatif est également visé dans les relations contractuelles entre professionnels, à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Il entraîne le prononcé de la nullité des clauses déséquilibrées, l'engagement de la responsabilité de l'auteur de la faute et le cas échéant le prononcé d'une amende civile conformément à l'article L. 442-6 I, et L. 442-6, III du Code de commerce. Si l'impérativité des normes prohibant certains comportements est incontestable, qu'en est-il de l'impérativité de la *clausula generalis* de l'article 1240 nouveau du Code civil, interdisant tout comportement dommageable ?

La plasticité de la notion de faute délictuelle s'accommode mal d'une impérativité expresse, d'autant que le développement des régimes de responsabilité civile objective affaiblit considérablement le rôle de la faute en droit de la responsabilité civile délictuelle². Toutefois, la faute occupe toujours une place essentielle dans les régimes de responsabilité du fait personnel. Or, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'affirmer la valeur constitutionnelle du principe de responsabilité pour faute³, valeur qui n'est toutefois pas incompatible avec des aménagements dictés par des motifs d'intérêt général⁴. Il en résulte une exigence constitutionnelle de réparer le dommage causé par une faute personnelle, dont on déduira le caractère impératif de la règle générale de « ne pas nuire à autrui ».

3. *L'impérativité discutée*

31. **L'absence d'impérativité des stipulations contractuelles.** La question que l'on se pose est la suivante, si la faute lucrative consiste en une inexécution contractuelle, peut-il y avoir violation de l'ordre public ?

On serait tenté de répondre par la positive si l'on considère la force obligatoire du contrat à l'aune de celle de la loi⁵. Si le contrat a force de loi, alors le non-respect de la parole donnée équivaut à une violation de la loi, une faute. Ce qui explique que le cocontractant auteur d'une inexécution, d'une révocation unila-

1. Rédaction issue de ord. n° 2016-131 du 10 février 2016, art. 6-IV, en vigueur le 1^{er} octobre 2016, anc. Art. L. 132-1 C. conso.

2. Viney (G.), *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965, Viney (G.), *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité civile*, LGDJ, 3^e éd. 2008, n° 22 et s., p. 33 et s., Bacache-Gibeili (M.), *op. cit.*, n° 10 et s., p. 7 et s.

3. Cons. constit, déc. 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, *Loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité*, csdt. 70.

4. Cons. constit, déc. 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, *Loi dite « anti-Perruche »*, csdt. 11.

5. Art. 1103 C. civ. (rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, en vigueur le 1^{er} octobre 2016, (anc. art. 1134 C. civ.).

térale ou de mauvaise foi dans l'exécution de ses obligations, engage sa responsabilité contractuelle et s'expose à une sanction de son créancier¹. Cette réponse se verrait néanmoins objecter une distinction majeure entre obligation légale et obligation contractuelle, la première est impérative tandis que la seconde est facultative. La règle des parties n'ayant force de loi qu'*inter partes* et non pas *erga omnes*, sa violation n'emporte pas atteinte à l'ordre public. Partant, le manquement contractuel ne serait donc pas une faute ? Le non-respect de la parole donnée n'est d'ailleurs jamais qualifié de « faute » par les articles du Code civil régissant le régime de la responsabilité contractuelle, mais d'inexécution du contrat. Aussi la doctrine s'accorde-t-elle à dire que la « faute contractuelle » n'est autre qu'un manquement à l'obligation contractuelle². Cette exigence de vocabulaire est en outre réaffirmée avec conviction par Monsieur Rémy dans un article célèbre au terme duquel il dénonce l'affirmation du « faux concept » qu'est la « faute contractuelle »³. Selon lui, il n'existe pas de faute contractuelle comparable au délit civil en droit de la responsabilité délictuelle, le régime de responsabilité contractuelle étant façonné autour de la notion de « manquement contractuel ».

Mais cette analyse se maintient-elle en présence d'un manquement délibéré, volontaire, calculé, frauduleux du contrat ?

32. *L'impérativité de l'article 1104 (anc. art. 1134 alinéa 3) du Code civil.*

Il est tout à fait intéressant d'observer que la notion de faute lucrative est apparue précisément dans un contentieux civil contractuel, en droit maritime. L'une des premières définitions doctrinales de la faute lucrative consistait à « ne pas exécuter une obligation pour tirer profit de son inexécution »⁴. Un tel comportement trahit sans conteste une certaine mauvaise foi de la part du débiteur. La finalité de ce type de comportement traduisait une intention particulière, une mauvaise foi, ce qui a suggéré aux juges du fond de la sanctionner comme un *dol*, soit par la déchéance des clauses limitatives de responsabilité⁵. Cet effet aggravateur de responsabilité fait écho à une tradition antique héritée du droit romain qui qualifiait le *dol* de « délit prétorien » ainsi qu'à une jurisprudence ancienne qui assimilait le *dol* au délit en appliquant parfois l'article 1382 du Code civil⁶. Aussi, la doctrine a-t-elle conservé l'usage de qualifier le *dol* de « faute intentionnelle »⁷. On remarquera que le *dol* en tant que vice du consentement

1. Art. 1231-3 C. civ. (anc. art. 1147 C. civ.).

2. Mazeaud (H.), (L.) et (J.), Chabas (F.), *Leçons de droit civil, obligations, Théorie générale*, T. 2, v. 1, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 436, Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 701, Carbonnier (J.), *Droit civil - Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 1072, Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.), *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 566, p. 613.

3. Rémy (P.), « La "responsabilité contractuelle", histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323.

4. Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil, op. cit.*, n° 790, p. 269 : « On a appelé faute lucrative celle qui consiste à ne pas exécuter une obligation pour tirer profit de son inexécution ».

5. Art. 1231-3 C. civ. (anc. Art. 1150 C. civ.).

6. Planiol (M.), *op. cit.*, n° 713 : « En droit romain, le *dol* constituait un délit prétorien. Le débiteur ne pouvait par son délit s'exonérer de son obligation. Ce caractère délictuel du *dol* fait que la jurisprudence applique parfois dans ce cas l'article 1382 du Code civil et parle de fraude. Il s'agit pourtant d'une responsabilité contractuelle, le *dol* ne produit d'effet que parce que la victime avait un droit de créance ».

7. Mazeaud (H.), (L.) et (J.), Chabas (F.), *op. cit.*, n° 444, Starck (B.), Roland (H.), Boyer (L.), *Droit civil*,

peut donner lieu, outre la nullité du contrat, à des dommages et intérêts sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle. Le *dol contractuel* constituerait donc un délit civil. D'ailleurs, l'*avant-projet Catala* contient un article unique pour définir la faute civile englobant à la fois le fait illicite et l'inexécution d'une obligation contractuelle¹.

Si le manquement contractuel n'est pas une faute civile, la doctrine s'accorde à qualifier le manquement contractuel délibéré ou intentionnel et donc de mauvaise foi, de *dol contractuel* et donc de faute civile. Monsieur Radé justifie cette qualification par la condamnation du débiteur à des dommages et intérêts, outre l'exécution de l'obligation en nature si elle est possible, conformément aux articles 1221 et 1231-1 nouveau du Code civil (anc. art. 1142 et 1147 C. civ.) : l'inexécution d'une obligation oblige le débiteur à réparer le(s) dommage(s) résultant de l'inexécution, à condition qu'elle lui soit imputable et non à une cause étrangère². L'auteur en déduit que « le contractant qui ne s'exécute pas, alors qu'il n'en était pas empêché, commet en effet une faute ». Il faudrait en déduire que la norme imposant l'exécution du contrat de bonne foi est d'ordre public. L'élément légal d'une faute lucrative contractuelle serait donc l'exécution de bonne foi du contrat, tel qu'il l'est désormais inscrit à l'article 1104 nouveau du Code civil (ancien article 1134 alinéa 3^e du Code civil)³ ou dans la règle *pacta sunt servanda* en droit international privé⁴.

33. Conclusion de la première section : Toute faute consiste en la violation d'une norme impérative. Qu'elle soit commise dans ou hors contrat, la faute consiste donc en la violation d'une norme impérative. Quelle que soit sa source, la norme violée par la faute est donc d'ordre public. Si elle ne fait pas de difficulté en droit pénal (ou droit répressif), cette conclusion est moins évidente en droit civil.

les obligations, Le contrat, T. 2, Litec, 6^e éd. 1998, n° 1678, Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd. 2013, n° 602 et s.

1. Catala (P.) (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, rapport à Monsieur Pascal Clément, ministre de la Justice, 22 septembre 2005, La documentation française : selon l'article 1340 nouveau du Code civil, « Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer. De même, toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre ».

2. Rade (C.), « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.* 1998, p. 301, spéc. n° 16 : « Une chose est en effet d'exécuter spontanément son obligation, selon les modalités prévues au contrat, une autre est d'être contraint de verser des dommages et intérêts lorsqu'on refuse de s'exécuter. Si la cause de l'exécution volontaire réside dans l'engagement des contractants, la cause du paiement des dommages et intérêts ne saurait logiquement se trouver dans le contrat lui-même. Le refus d'exécuter la convention change alors la nature même des relations entre les parties, initialement fondées sur la confiance et la *bonne volonté*, elles basculent dans une logique de sanction/réparation requérant le secours de l'autorité judiciaire ».

3. *loc.cit.* : l'auteur ajoute que « Cette faute réside non dans la violation de la règle générale de vie en société qui interdit de nuire à autrui, sans une cause légitime (*neminem laedere*), mais dans le non-respect d'une autre règle, plus spécifique, qui oblige à respecter ses engagements et la parole donnée (*pacta sunt servanda*). Cette maxime, chère aux jus-naturalistes, trouve sa raison d'être non seulement dans des considérations morales (ne pas trahir ceux qui ont placé leur confiance en vous), mais également économiques (favoriser le commerce en garantissant aux créanciers que tout manquement à la parole donnée fera l'objet de condamnations civiles ».

4. Art. 26 *Convention de Vienne portant codification des traités*, signée le 23 mai 1969 : « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté de bonne foi ».

Pourtant, la doctrine civiliste l'entérine. La formulation de Madame Viney est dépourvue d'ambiguïté, « pour caractériser une faute, il est toujours nécessaire d'établir la méconnaissance d'un devoir ou d'une obligation imposée par l'ordre juridique »¹. Ce qui revient à dire que l'élément objectif d'une faute civile délibérée ou intentionnelle est nécessairement impératif. De même, selon Madame Bacache, « toute méconnaissance d'une règle écrite impérative est en soit illicite et constitue une faute »², ce qui revient à dire que toute faute est une méconnaissance d'une règle impérative.

En outre, pour Madame Viney, il n'y aurait pas de différence fondamentale entre la faute selon la source de la norme violée³. En d'autres termes, la faute civile peut consister en une faute délictuelle, quasi délictuelle ou contractuelle. Et quand bien même on distinguerait traditionnellement les obligations contractuelles selon leur source (volonté ou l'ordre public)⁴, certains travaux ont montré qu'elles sont dotées d'une normativité identique⁵, dans la mesure où leur méconnaissance peut donner lieu à sanction.

Le caractère impératif de l'élément légal d'une faute lucrative étant établi, nous pouvons désormais le décrire à l'aune des caractéristiques de l'ordre public.

SECTION II : L'AVÈNEMENT D'UN ORDRE PUBLIC DE MARCHÉ PROPICE AUX STRATÉGIES LUCRATIVES

34. **Le marché, nouvelle « colonne de la cité » ?** Des trois systèmes économiques mis en lumière par l'économiste Robert Heilbroner, « tradition, autorité, marché »⁶, c'est le marché que l'on retrouve aujourd'hui dans la plupart des pays industriels. Parce que ce modèle offre les meilleures possibilités de circulation et d'allocation des richesses, qu'il ne requiert aucune infrastructure particulière, qu'il promeut l'innovation et qu'il est soucieux de satisfaire les consommateurs, le « marché » est devenu le modèle économique de référence⁷. L'institution de marché est apparue d'abord dans un contexte européen, avant de s'implanter en France au terme d'une conversion radicale. Or, à rebours de l'économie dirigée dans laquelle l'État intervenait directement dans la vie économique notamment par la réglementation des prix, l'économie de marché est abandonnée à la libre fixation des prix, laquelle s'opère par la rencontre de l'offre et de la demande de produits ou de services.

L'évolution de l'ordre public économique vers un ordre public de marché est un facteur incontestable de foisonnement des fautes lucratives (A). En instituant un ordre de libertés économiques et en légitimant la quête individuelle de ren-

1. Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *op. cit.*, n° 445, p. 450.

2. Bacache-Gibeili (M.), *op. cit.*, n° 141, p. 154.

3. *Ibid.*

4. Règle supplétive ou règle impérative.

5. Pérès (C.), *La règle supplétive*, LGDJ, 2004 cité in Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *op. cit.*, n° 485, p. 511 : pour l'auteur, la seule différence entre règle supplétive et règle impérative provient de leur source, la volonté des cocontractants ou la loi.

6. Heilbroner (R. L.), *The Worldly Philosophers: The Lives, Times and Ideas of the Great Economic Thinker*, New York : Simon and Schuster, cop, 1953.

7. Sur la transformation de l'ordre public voir : Ghestin (J.), *Traité de droit civil, La formation du contrat, Le contrat - Le consentement*, T. 1, LGDJ, 4^e éd. 2013, n° 519-532, p. 381-392.

tabilité, l'ordre public de marché nourrit des stratégies de calcul incitant l'agent économique rationnel à prendre des risques pour satisfaire ses intérêts (B).

A. L'édification d'un ordre public de marché

35. *Une édification par étapes.* L'édification d'un ordre public de marché s'est faite en deux siècles. C'est tout d'abord au lendemain de la Révolution que les bases libérales de l'ordre public économique sont posées (1). Puis, la fin de la guerre froide et la victoire du bloc de l'Ouest plongent définitivement l'Europe et ses États membres dans l'ère libérale. Il faudra néanmoins attendre l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 pour que l'ordre public de marché soit institué en France (2).

1. Une édification ralentie par des tensions idéologiques

36. *Les bases libérales posées en 1804.* En droit privé, on distingue habituellement l'ordre public économique et l'ordre public politique. Selon le doyen Carbonnier, l'ordre public économique serait à l'époque contemporaine ce que l'ordre public politique fut à une époque antérieure. Ce dernier oppose donc une approche classique et politique de l'ordre public à une approche contemporaine et économique de ce dernier¹.

L'auteur explique que l'ordre public classique veillait à ce que les « colonnes de la cité » que sont l'État, la famille et l'individu soient dûment respectées par les parties lors de l'élaboration de leurs conventions. Selon l'analyse de l'auteur, cette acception classique de l'ordre public contribua à restaurer un ordre moral et politique dans une société ébranlée par la Révolution. Il n'est alors pas question de régir la vie du commerce. En effet, au lendemain de la Révolution, l'avènement du libéralisme économique est propice au retrait de l'État dans la vie des affaires². Dès lors, le libéralisme économique et le « laisser-faire » succèdent à la tradition colbertiste, corporatiste et dirigiste de l'Ancien Régime. Dans un tel contexte, le Code civil de 1804 adopte les instruments juridiques adéquats, la liberté contractuelle et la propriété privée absolue³. Et surtout, le laisser-faire dictait de ne pas intervenir dans la vie des affaires et de laisser les agents économiques jouir des libertés et droits nouvellement consacrés.

37. *L'ère dirigiste du XX^e siècle.* Néanmoins, un siècle de dirigisme politique et de libéralisme économique suffira à en percevoir les limites. D'une part, l'ordre public moral est fragilisé par les contestations et revendications de libéralisations des mœurs. D'autre part, les excès du libéralisme consommés par la première crise financière mondiale de 1929 et les guerres mondiales affaiblissent les États et soldent une première ère libérale. L'heure étant à la recons-

1. Carbonnier (J.), *Droit civil - Les biens, Les obligations*, op. cit., n° 985.

2. Proclamation de textes emblématiques tels que : le *Décret d'Allarde* des 2 et 17 mars 1791 qui établit la liberté du commerce et de l'industrie et la *loi le Chapelier* des 14 et 17 juin 1791 condamnant les corporations.

3. Art. 1102 C. civ. (anc. art. 1134 alinéa 1^{er} C. civ.), Art. 544 du Code civil.

truction, la France, comme de nombreux États occidentaux, met en place une politique dirigiste. La « prospérité économique », ou le « bien économique » de la France est donc organisé et fait l'objet d'un « Plan », annonçant l'ère d'une économie planifiée, dirigée par le gouvernement, au grand dam des libertés économiques proclamées en 1789. Dès lors, un ordre public économique ne cessera d'enfler à mesure que la liberté contractuelle sera rognée. Georges Ripert sera le premier à observer ce phénomène d'éclosion d'un ordre public économique, au détriment de la liberté contractuelle¹.

C'est l'adoption de l'ordonnance du 30 juin 1945 qui marque l'abandon de la politique économique libérale effective depuis le XVIII^e siècle. Désormais, la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle doivent s'incliner devant les nouvelles priorités de reconstruction et de direction. Par ce texte, l'État se dote d'un procédé qui symbolise la nouvelle ère de dirigisme économique, la réglementation des prix². Par ce biais, l'État s'immiscera directement dans l'organisation de la production et de la distribution des biens et des services afin d'orienter l'économie nationale et ce, afin de mieux la reconstruire. L'ordonnance du 30 juin 1945 se veut être affiliée à la doctrine keynésienne. Économiste britannique, John Maynard Keynes (1883-1946) s'est opposé aux auteurs classiques libéraux et néoclassiques qui expliquaient le fonctionnement général d'une économie par l'agrégation des décisions individuelles. Ce dernier soutient au contraire qu'en période de crise, il appartient à l'État de relancer l'économie et de pallier les défaillances d'un libéralisme exacerbé³. Cette imprégnation de la pensée keynésienne, qui reste assez courante dans les pays occidentaux au lendemain de la guerre, explique le nouveau rôle de leader de l'Économie confié à l'État. Il en découlera une politique économique rigide, mais non moins transcendé par des idées d'utilité et de justice sociale, fut-ce au détriment de l'initiative privée des agents économiques.

38. L'ordre public économique, antithèse de la liberté économique. La notion d'ordre public économique est donc une notion récente et contextuelle puisqu'on doit son apparition à un contexte de marasme politique et économique. Nous ajouterons que l'approche fonctionnelle de l'ordre public étudiée précédemment se vérifie plus que jamais à l'égard de cet ordre public économique. La doctrine dénoncera à l'unisson le rôle et l'impact de l'ordre public économique sur les libertés individuelles, dans la vie économique⁴. En dépit de l'hostilité de la doctrine, l'ordre public économique allait prospérer tout au long du XX^e siècle. Cet « ordre public économique dans la République française »⁵

1. Ripert (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, t. 2, 1934, Duchemin, Paris, 1977, p. 347-353.

2. Ce faisant, l'État avait la maîtrise des prix dans le but de lutter contre les risques de pénurie et d'inflation monétaire.

3. Keynes (J.-M.), « *The prospects of money* », *Economic journal*, 1914.

4. Ripert (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *op. cit.*, Savatier (R.), « L'ordre public économique », *D.* 1965, p. 37-44, Farjat (G.), *L'ordre public économique, op. cit.*, Julliot de La Morandière (L.), « L'ordre public en Droit privé interne », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, 1939, Éd. Duchemin, Paris, 1977, p. 381-401.

5. Charles (H.), « Peut-on parler d'une conception républicaine du droit économique français ? », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?*,

phagocyte même toute la vie économique, commente Monsieur Charles, ce qui ne sera pas sans conséquence sur l'ordre juridique. Reliant apparition de l'ordre public économique à celui de l'interventionnisme étatique, le doyen Ripert observera en effet que « le nationalisme économique engendre un nationalisme juridique »¹.

Nombreux seront donc les juristes pourfendeurs de cet ordre public omnipotent, parmi lesquels les doyens Ripert² et Savatier³ s'érigent en chefs de file, grâce à leurs écrits engagés. Quelques décennies plus tard, Gérard Farjat fera un bilan tout aussi alarmant de l'ordre public économique français, puisqu'il proposera au terme de son étude consacrée à la notion d'ordre public économique une définition selon laquelle « l'ordre public est l'antithèse de l'autonomie de la volonté »⁴.

Puis le déclin du bloc de l'est entraînera l'extinction de l'ère dirigiste, laissant place à un renouveau économique libéral. Sans altérer la fonction de l'ordre public économique (encadrer les libertés individuelles), l'avènement d'un ordre public de marché va en modifier la finalité. Le « bien économique » ne fait plus l'objet d'un « plan », mais d'un nouveau paradigme, « l'efficience », faisant la part belle à la recherche individuelle de profits.

2. La conversion à une économie de marché

39. *L'apparition de l'institution de marché en Europe.* L'implantation de l'économie de marché en France s'est faite progressivement, sous l'égide des Communautés européennes. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, l'idée d'instituer un marché commun est perçue comme le palladium de l'Europe, une garantie de paix. Aussi la signature du *Traité de Rome*, le 25 mars 1957, instituant la Communauté économique européenne (TCE)⁵, acte-t-elle la création d'un marché commun, dont l'article 2 prévoit :

« La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et par la mise en œuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 4, de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des ac-

Ed. Frison-Roche, 1999, p. 111-120, spéc. p. 112 : « L'État devient présent partout dans la vie économique qu'il conditionne étroitement. Il n'est point de secteur qui échappe au regard des pouvoirs publics, agriculture, industrie, commerce, professions libérales, activités immobilières. Pas d'espace non plus, importations, exportations, mouvements de capitaux, relations monétaires et financières, tous sont concernés [...] L'accès aux activités et leurs installations sont également soigneusement organisés. Aménagement du territoire, urbanisme, environnement, santé ont engendré réglementations et contrôles pour assurer que les locaux seront implantés au non endroit et exploités sans porter une atteinte intolérable au voisinage ou à la sécurité ».

1. Ripert (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 348, n° 2, « [...] La volonté n'avait plus d'autre règle que la soumission à la règle légale ».

2. Ripert (G.), *ibid.*

3. Savatier (R.), « L'ordre public économique », *D.* 1965, p. 37-43, spéc. p. 37 : « [...] limiter la liberté des personnes dans leurs actes juridiques, ayant inévitablement pour effet d'affaiblir l'autonomie de la volonté ».

4. Farjat (G.), *L'ordre public économique*, *op. cit.*, spéc. n° 22.

5. *Traité de Rome* instituant la Communauté économique européenne, signé le 25 mars 1957, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958.

tivités économiques, un niveau de croissance durable et non inflationniste, un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques, un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres ».

Dès lors, la mise en place d'un marché commun entre les États membres de la Communauté européenne apparaît comme la garantie d'un « bon ordre » au sein de celle-ci. La première marche de l'intégration économique implique la suppression des obstacles aux échanges économiques entre les États membres. Le marché commun appelle dans un premier temps le libre échange.

Puis de nouveaux événements politiques renforcent le vent libéral qui souffle déjà sur l'Europe. L'issue de la guerre froide, marquée par la chute du mur de Berlin le 9 novembre 1989 et l'effondrement de l'URSS le 21 décembre 1991, annoncent la victoire de l'idéologie libérale occidentale sur l'idéologie socialiste. La construction des Communautés européennes s'accélère et l'influence sur les législations nationales croît. L'adoption du *Traité de Maastricht* le 7 février 1992, instituant l'Union européenne¹ confirme l'attachement européen au modèle libéral et rappelle avec plus de conviction encore le choix d'une union économique et monétaire libérale, fondée sur une économie de marché et son indispensable corollaire, la liberté de la concurrence. Ce dernier ajoute au traité des Communautés européennes un article 4 proclamant que « Les États membres et la Communauté agissent dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, favorisant une allocation efficace des ressources conformément aux principes fixés à l'article 4 ». Depuis la signature du *Traité de Lisbonne* « modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne »², le *Traité de Rome* a été rebaptisé « Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » (*TFUE*).

Parce que la construction d'un marché européen requiert la conversion des États membres à la libre concurrence, ces derniers se sont dotés d'une législation similaire. En France, c'est l'adoption de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui marque la conversion à l'économie de marché. Les articles 1 et 7 posent le postulat de la libre fixation des prix et celui de la libre concurrence. L'abrogation de l'ordonnance du 30 juin 1945 enterre la politique keynésienne et annonce le retour au libéralisme économique. L'État est alors destitué de ses anciennes prérogatives au profit du Conseil de la Concurrence (devenu Autorité de la concurrence³), autorité administrative indépendante chargée de garantir « la libre fixation des prix par le jeu de la concurrence », conformément à l'article 1^{er} de la nouvelle ordonnance.

40. Un marché régi par le jeu de la libre concurrence. De nombreuses analyses économiques se sont intéressées au fonctionnement du marché parmi lesquelles la théorie néo-classique demeure encore aujourd'hui la plus influente. Pour ce courant, le bon fonctionnement du marché est conditionné par

1. *Traité de Maastricht* instituant l'Union européenne, signé le 7 février 1992, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

2. *Traité de Rome*, signé le 13 décembre 2007, entré en vigueur en 1^{er} décembre 2009.

3. Art. 95 de la *Loi de modernisation de l'économie*, dite *LME*, n° 2008-776 du 4 août 2008.

l'existence d'une libre concurrence. Ce n'est que dans une situation de libre concurrence qu'un marché peut parvenir à une situation d'équilibre et donc d'« efficience »¹.

Léon Walras (1834-1910), chef de file de l'école néo-classique, a défini cinq conditions de la concurrence « pure et parfaite » pour que le marché parvienne au prix d'équilibre². La concurrence pure est possible s'il existe une multiplicité d'acheteurs et de demandeurs (condition d'atomicité), s'il existe un libre accès au Marché (condition de fluidité) et si les produits disponibles sur le marché sont standardisés (condition d'homogénéité). En outre, il faut que les offreurs et demandeurs disposent d'une information parfaite et gratuite sur les conditions du marché et sur les produits des biens (condition de transparence) et enfin ces acteurs doivent pouvoir à tout moment se déplacer d'un marché d'un bien à un autre (condition de mobilité des facteurs). Si une de ces conditions fait défaut, la concurrence est dite imparfaite.

Deux critiques ont néanmoins été émises à l'encontre de l'école néo-classique par leurs successeurs. D'une part, ces derniers ont reproché à cette théorie de mener à un équilibre statique. Ainsi, Joseph Schumpeter (1883-1950) conteste cet état figé du marché. Il prétend, au contraire, que le marché puise sa dynamique dans l'innovation qu'il considère comme le principal vecteur de la concurrence entre firmes. De la même manière, l'école autrichienne incarnée par Friedrich August von Hayek (1899-1992) soutient que la concurrence permet précisément de réguler les déséquilibres permanents engendrés par le fonctionnement du marché. En outre, il rejette l'hypothèse de concurrence parfaite étant donné que l'information est presque toujours imparfaite sur le marché, ce qui se répercute sur les décisions des individus.

D'autre part, il a été observé que l'état de concurrence pure et parfaite sur lequel repose la situation d'équilibre, est un état fictif, hypothétique, théorique donc irréalizable. L'École de Harvard s'est intéressée à un état de concurrence plus réaliste qui posa les fondements de l'économie industrielle dans les années 1950. Cette doctrine dite « structuraliste » insistait sur la lutte contre la concentration et les barrières à l'entrée du marché. Aussi son objectif consistait-il à maintenir un degré de concurrence « praticable », en anglais *workable competition* sur les marchés. La concurrence praticable correspond à une situation de marché où la concurrence demeure suffisante pour que les entreprises obtiennent des résultats non plus optimaux, mais satisfaisants. Cette analyse de la concurrence permet aux autorités chargées de veiller au bon fonctionnement du marché d'autoriser certaines pratiques commerciales *a priori* anticoncurrentielles dès lors qu'un niveau suffisant de concurrence est maintenu.

La libre concurrence est donc la condition *sine qua non* de l'économie de marché. Parce qu'elle dicte des règles comportementales aux opérateurs économiques, elle permet de canaliser le mécanisme de rivalité entre les entreprises. En cela, la libre concurrence assure la réalisation de l'équilibre du marché et donc de l'« efficience de marché ».

1. Voir *infra* n° 42 et s.

2. Walras (L.), *Éléments d'Économie politique pure : ou théorie de la richesse sociale*, LGDJ, 1952.

B. La finalité de l'ordre public de marché favorable aux stratégies de calcul

41. *L'économie de marché vecteur de fautes lucratives.* Nous verrons que le paradigme de l'économie de marché, l'efficacité, est propice au développement de fautes lucratives. En effet, l'efficacité du marché n'est réalisée qu'à la condition que chaque opérateur satisfasse son intérêt personnel (1). Cette fonction utilité des comportements individuels a donc pour effet de légitimer la quête personnelle de profits. Dans un tel contexte favorable aux calculs de rentabilité, grand est le risque qu'un opérateur sacrifie le risque juridique sur l'autel du lucre (2).

1. Le but de l'ordre public de marché, l'efficacité

42. *La finalité économique du marché, l'« efficacité du marché ».* Au sens général, l'efficacité désigne une capacité de rendement, capacité de produire un effet, une performance¹. L'efficacité quant à elle, caractérise une action qui produit des effets attendus, ou aboutit à des résultats utiles².

En sciences économiques, on parle d'« efficacité » lorsqu'on s'intéresse à l'affectation des ressources du point de vue du bien-être collectif (utilité des membres d'une société). Partant, une situation est efficace « lorsqu'il n'est pas possible d'augmenter le bien-être des individus, jusqu'au point où les gains sont suffisamment importants pour que ceux qui les réalisent puissent, en principe, indemniser ceux qui subissent des pertes et en profiter encore »³. En d'autres termes, l'efficacité correspondrait à un équilibre entre tous les intérêts particuliers exprimés et dont les pertes des uns peuvent être compensées par les gains des autres. Cet équilibre désigne l'*optimum* de Vilfredo Pareto (1848-1923)⁴, lequel consiste en une situation « dans laquelle on ne peut améliorer la satisfaction d'un individu sans réduire la satisfaction d'une autre personne »⁵.

Partant, l'efficacité caractérise un processus qui permet d'atteindre un objectif donné dans les conditions les plus favorables, c'est-à-dire à moindre coût. Certains économistes considèrent que les marchés sont efficaces dans la mesure « où ils assurent au moindre coût et de la meilleure façon possible, la coordination des décisions décentralisées des agents et l'allocation des ressources productives »⁶. Un marché efficace serait donc un marché qui aboutit à de bons résultats eu égard à son objectif d'allocation optimale des ressources. Or, l'efficacité économique ne peut être réalisée que si tous les opérateurs du marché s'inscrivent dans cette logique de recherche d'efficacité économique. Ce qui suppose que chacun cherche à « maximiser sa richesse ».

1. Centre national de ressources textuelles et lexicales, [en ligne], V° « efficacité ».

2. Centre national de ressources textuelles et lexicales, [en ligne], V° « efficacité ».

3. Ogus (A.), Faure (M.), *Économie du droit, le cas français*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 39 cité in Lianos (I.), *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique du droit*, Thèse, Bruylant, 2007, p. 6.

4. Pareto (V.), *Cours d'économie politique*, 1896-1897.

5. Voir, rappel historique des théories économiques, en ligne [http://www.economie.gouv.fr].

6. Beitone (A.), Cazorla (A.), Dollo (C.), Draï (A.-M.), *Dictionnaire de science économique*, A. Colin, 3^e éd, 2010, V° « efficacité ».

43. **De la « fonction utilité » des comportements individuels.** Pour comprendre cette théorie de la concordance entre la somme des intérêts individuels et l'intérêt général, il nous faut expliquer le courant philosophique dont elle est issue, l'utilitarisme. L'utilitarisme désigne une philosophie développée par Jeremy Bentham en Angleterre (1742-1832), reprise et complétée par John Stuart Mill (1806-1873) son disciple le plus célèbre. Cette philosophie dite « conséquentialiste » est fondée sur trois affirmations dégagées par Jeremy Bentham : le principe de l'utilité, la mesure mathématique de l'utilité et la prise en compte de ce calcul par le législateur. Tout d'abord, le principe de l'utilité présuppose que toutes nos conduites sont subordonnées au principe de « l'utilité », dans la mesure où la volonté humaine ne peut vouloir que le bien, son bien, le bonheur. Partant, si chacun poursuit son bonheur selon la logique d'utilité, la somme de ces utilités individuelles correspondrait au bonheur collectif.

En outre, cette utilité, Jeremy Bentham propose de l'évaluer moralement à partir d'un calcul des plaisirs et des peines. De sorte que l'utilité soit quantifiée en bien ou en mal. Enfin, de cette logique de l'utilité, ce dernier en déduit une cri-tériologie scientifique de la « bonne loi » ou logique de la législation. Dans son *Traité de législation civile et pénale* (1802), il explique que le législateur doit se servir de cette logique comme une règle mathématique parce qu'elle est fondée sur la « recherche du plus grand bonheur pour le plus grand nombre ». Ce qui signifie que l'intérêt des individus doit être l'unique référence de la loi¹.

Il en résulte que toute l'affaire du bon gouvernement est de « maximiser » ces intérêts individuels, de faire la balance entre les avantages et les désavantages en termes d'utilité, de telle sorte que l'emporte la somme des utilités individuelles sur celle des peines. L'introduction de la notion de richesse à la place de l'utilité a pour intérêt d'être mesurable.

2. La quête individuelle de profit, vecteur d'efficience

44. **Les utilités individuelles participent à l'efficience du marché.** Appliquée au Marché, la fonction utilité est satisfaite lorsque chaque opérateur économique poursuit un intérêt privé de « maximisation de la richesse »². Or, conformément à la thèse de Jeremy Bentham, si chaque individu adopte les comportements utiles à son bonheur, alors, la somme de toutes ces utilités individuelles conduit au bonheur collectif. Ce faisant, en poursuivant un intérêt économique individuel, chaque agent participe à la réalisation de l'intérêt général économique, soit à l'efficience économique du marché.

L'idée d'union, voire de fusion entre intérêts individuels et intérêt général sur le marché était déjà présente dans la pensée de Adam Smith (1723-1790). Il constatait non sans étonnement, que si l'égoïsme d'un individu seul est nui-

1. Bentham (J.), *Traité de législation civile et pénale*, in *Œuvres de J. Bentham*, T. 1, Éd. Bruxelles, 1829, à propos du « principes de législation » : l'auteur explique qu'« Il n'y a pas d'autre origine à la vie en société, pas d'autre règle de conduite que l'État doit consulter, pas d'autre fondement aux lois et réglementations, hors l'intérêt des individus ».

2. Strowel (A.), « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit autour de Bentham et Posner », in *Droit et Économie, Archives de philosophie du Droit*, tome 37, 1992, p. 143-171, spéc. p. 151 et s.

sible, la confrontation des égoïsmes sur le marché mène à l'harmonie sociale. Ainsi la poursuite égoïste par chacun de ses propres intérêts apparaît comme le meilleur moyen de satisfaire l'intérêt collectif. Ce phénomène d'ajustement général des comportements individuels est illustré par ce qu'il a appelé la « main invisible »¹. L'égoïsme des hommes connaîtrait une sorte de transfiguration sur le marché, de l'état de vice à l'échelle individuelle, il deviendrait une vertu, à l'échelle de la collectivité, tel un « miracle laïque de la transmutation d'un mauvais sentiment, la concurrence, en une source de richesses considérables », pour reprendre l'expression de Claude Lucas de Leyssac et de Monsieur Parléani². L'idée selon laquelle les « vices privés font le bien public » a été développée pour la première fois par Bernard Mandeville (1670-1733) dans un célèbre poème publié en 1705 intitulé « La Ruche murmurante ou les fripons devenus honnêtes gens ». Mieux connue sous le nom de « La Fable des abeilles » (1714), cette œuvre fut la première thèse de l'utilité sociale de l'égoïsme.

Cette finalité vertueuse et prometteuse de l'économie de marché sera *in fine* adoptée et traduite par la doctrine juridique, « Le droit de l'économie de marché permet de réconcilier intérêt individuel et intérêt général. [...] Il est à la fois conforme à l'intérêt général et aux intérêts individuels des opérateurs que le marché fonctionne bien »³.

45. **Conséquence, la rationalité économique source de calculs bénéfico-risque.** Dans une économie de marché régie par la règle de libre concurrence, l'efficacité économique suppose que les agents économiques agissent à la lumière de « la rationalité économique »⁴. L'être humain opérant sur un marché fait ce qu'on appelle des choix rationnels à partir d'un raisonnement économique. C'est en effet au terme d'un calcul entre les résultats désirés (valeurs) et les coûts engendrés par une ou plusieurs actions possibles, qu'il choisira et prendra une décision. Ce calcul coût-avantage sous-entend que les agents économiques sont mus par l'unique désir d'accroître au maximum leur propre bien-être¹. Dès lors on perçoit que ce postulat irrigue tout raisonnement économique, à travers la figure omniprésente de la « recherche d'un *optimum* », celui de tirer le meilleur parti possible des ressources dont on dispose.

1. Smith (A.), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, trad. coordonnée par Jaudel (P.), Livre IV, *Economica*, 2005, p. 468, « Le plus souvent, il (l'individu) ne cherche pas à promouvoir l'intérêt général et ne sait pas non plus jusqu'à quel point il le promeut. En préférant soutenir l'activité du pays plutôt que celle des pays étrangers, il ne cherche que sa propre sécurité, en orientant cette activité de telle manière que son produit ait la plus grande valeur, il ne cherche que son propre gain et, dans ce cas, comme dans bien d'autres, c'est une main invisible qui le conduit à promouvoir une fin qui n'était pas nécessairement plus mauvais pour la société. En poursuivant son propre intérêt, il promeut fréquemment celui de la société plus efficacement que lorsqu'il a réellement l'intention de le promouvoir ».

2. Lucas de Leyssac (C.), Parléani (G.), *Droit du marché*, PUF, Coll. Thémis 2002, spéc. p. 15.

3. *Ibid.*, p. 125.

4. Sur la notion voir : Guerrien (B.), « Comprendre l'économie, concepts et mécanismes, Qu'est-ce qu'un comportement rationnel ? », *Les cahiers français*, n° 315 juillet-août 2003, la Documentation française, 2003, p. 3-8, Mackaay (E.), Rousseau (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008, spéc. n° 98 et s., voir *infra*, n° 173 et s.

Conclusion. Cette mutation de l'ordre public économique en ordre public de marché est un point important de notre démonstration, car elle est favorable à l'apparition et à l'expansion du phénomène de faute lucrative. En effet, en poursuivant une finalité d'efficacité, l'ordre public de marché encourage les agents économiques à poursuivre « égoïstement » leurs intérêts économiques, lesquels se matérialisent par une accumulation de profits. Les fondements utilitaristes de l'économie de marché expliquent que tout agent économique soit doué de rationalité économique et s'adonne à des calculs spéculatifs sur la rentabilité de son activité économique.

Or, si cette quête de profit est légitime tant qu'elle se déroule dans le cadre défini par l'ordre public de marché, elle ne l'est plus lorsqu'elle outrepassé le dit cadre. Le profit retiré au moyen d'une activité illicite ou d'une activité licite exercée de manière illicite devient alors « indu », auquel cas il y a faute lucrative. Grand est donc le risque qu'un opérateur dépasse le cadre pour accroître la rentabilité de son activité. Dès lors, on comprend que toutes les règles d'ordre public qui encadrent la quête de profit deviennent la cible des fautes lucratives.

C. Les règles encadrant la quête de profit, cible des fautes lucratives

46. **Les règles encadrant la course au profit.** L'aspiration du marché à « l'efficacité économique » fut l'argument majeur des économistes libéraux à l'élection de l'économie de marché comme la forme idéale d'organisation de l'économie. L'idéologie libérale pénétra l'ordre public au point d'ériger le « marché » en nouvelle « colonne de la cité ».

Cependant, ce lieu de rencontre entre l'offre et la demande s'est vite avéré être un lieu de compétition parfois exacerbée. Si la concurrence est présentée en théorie, comme une rencontre entre une offre et une demande, force est de constater qu'en réalité, cette rencontre est bien souvent le fruit d'une compétition vive entre les offrants pour capter la demande.

Or, s'il autorise une « course au profit », le marché ne doit pas devenir le théâtre d'abus ou de tricheries. L'ordre libéral institué par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 n'est pas dépourvu de limite. Il institue un cadre normatif impératif indispensable à la réalisation de l'efficacité de marché. Par conséquent, ce cadre permet de tracer une frontière séparant le profit licite et légitime du profit illicite et indu. Il en résulte que tout profit n'est pas légitime. Ce faisant, ce cadre tente de réaliser un équilibre entre les libertés individuelles économiques et une police économique nécessaire à la lutte contre les abus de liberté².

Parce que les règles d'ordre public de marché ont précisément pour rôle d'encadrer la quête de profit, elles sont les cibles privilégiées des fautes lucratives, notamment celles qui encadrent la liberté de concurrence (1), la liberté contractuelle (2) et la liberté d'entreprendre (3).

1. À propos de cette théorie : Posner (R.-A.), « *Wealth maximization revisited* », 2, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 85, (1987), p. 85-105, [<http://www.scholarship.law.and.edu>].

2. Sur ce thème voir, Auguet (Y.), « L'équilibre, finalité du droit de la concurrence », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 29-58.

1. *Les règles encadrant la liberté de la concurrence*

47. **Les règles interdisant les déficits de concurrence.** En premier lieu, le bon fonctionnement du marché suppose un respect du jeu de la libre concurrence. La libre concurrence constitue l'un des principes juridiques indispensables au bon fonctionnement du marché¹ et revêt à ce titre une valeur impérative².

Or, certains opérateurs trop soucieux de maximiser leurs intérêts et leurs gains, cherchent à s'abstraire de la pression de la concurrence pour rechercher des situations dites de « rente ». Il en existe deux, la rente générée par un abus de position dominante³ et la rente tirée d'une entente oligopolistique. En se soustrayant à la loi concurrence, cartellistes et monopoleurs fixent un prix supérieur à celui de la loi du marché d'où ils tirent un surprofit illicite, un « indu ». Enfin, parce qu'elles entraînent un surcoût pour les acheteurs directs et indirects, ces pratiques nuisent à la consommation et à l'économie globale. Ces « déficits de concurrence »⁴, pour reprendre l'expression de Monsieur Auguet, sont communément appelés « pratiques anticoncurrentielles » et sont donc prohibés.

En premier lieu, les ententes sont prosrites tant par le droit de l'Union européenne⁵ que par le droit français⁶. Notons que cette prohibition des coalitions préexiste l'édification d'un ordre public de marché en droit interne, l'article 419 du Code pénal de 1810 interdisait déjà les « accords corporatistes anticoncurrentiels », de même qu'un décret-loi du 9 août 1953 *relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale*⁷. En second lieu, le droit de l'Union européenne⁸ et le droit français⁹ prohibent des pratiques consistant en l'exploitation abusive d'une position dominante¹⁰. À ce titre, il est interdit à une entreprise en position dominante d'éliminer un concurrent et de renforcer ainsi sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites.

48. **Les règles interdisant les excès de concurrence.** La libre concurrence dispose que tout agent économique peut attirer à lui une clientèle, fut-ce au détriment d'autrui (concurrent ou non concurrent). Le dommage concurrentiel qui en résulte jouit d'une licéité tout à fait exceptionnelle. Cependant, l'usage des libertés n'est pas sans limites. Dans cette compétition économique, « les moyens de conquête utilisés ne sauraient traduire un abus de liberté d'être concurrent »¹¹ explique Monsieur Picod. La concurrence doit demeurer loyale à l'égard des concurrents, sous peine d'être illicite. Ce devoir de loyauté englobe les contraintes légales et les usages commerciaux sanctionnés par le droit.

1. Voir *supra*, n° 40.

2. Voir *supra*, n° 29.

3. Mackaay (E.), Rousseau (S.), *op. cit.*, n° 348 et s.

4. Auguet (Y.), *op. cit.*, n° 5, p. 34.

5. Art. 101 *TFUE* (anc. Art. 81 TCE).

6. Art. L. 420-1 du C. com.

7. En application de l'ordonnance du 30 juin 1945.

8. Art. 102 *TFUE*.

9. Art. L. 420-2 C. com.

10. CJCE, 13 février 1979, *Hoffman-La Roche c/Commission*, Aff. C-85/76, csdt. 91.

11. Picod (Y.), « Rapport français, la concurrence déloyale », in *La concurrence, travaux de l'association Henri Capitant*, 2006, p. 151-166, spéc. p. 152.

Le devoir de loyauté peut donc tout d'abord résulter de prescriptions légales interdisant spécialement certaines pratiques commerciales, c'est le cas des pratiques commerciales trompeuses prescrites par le Code de la consommation ainsi que des pratiques restrictives de concurrence visées dans le titre IV du livre IV du Code de commerce¹. Par ailleurs, le devoir de loyauté peut se déduire d'un principe d'équité, d'une morale des affaires informelle composée d'usages sanctionnés par la jurisprudence sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle. L'action en concurrence déloyale se voit investie d'une fonction disciplinaire ou de déontologie commerciale². Plus encore, cette action contribue à préserver « l'égalité entre concurrents, de sorte que chacun dispose des mêmes moyens de lutte »³. En effet, le devoir de loyauté et autres usages de bonne conduite dans les affaires, assurant une certaine régulation du marché, participent de la protection directe des concurrents et indirecte des consommateurs. Cette double finalité du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme est désormais notoirement connue et admise⁴.

La déloyauté commerciale est aujourd'hui considérée comme le dénominateur commun des mille et une pratiques abusives commises dans les relations commerciales entre professionnels (*B to B*) et de professionnel à consommateur (*B to C*). Le principe de loyauté est donc devenu un leitmotiv fédérateur, unifiant le triptyque « industrie, commerce, consommateur »⁵. Contribuant au bon fonctionnement du marché, la consécration de la théorie de la concurrence déloyale dans le Code de commerce est souhaitée par la doctrine. C'est d'ailleurs la loyauté qui, selon Monsieur Canivet, constitue le dénominateur commun d'un titre englobant les pratiques restrictives de concurrence et théorie de la concurrence déloyale⁶.

Ce devoir de loyauté, prescrit sur les marchés, soit entre concurrents, gagne également les relations contractuelles entre partenaires commerciaux.

1. Sur l'inclusion de la concurrence illicite sous la bannière de la concurrence déloyale, voir Picod (Y.), *op. cit.*, p. 155.

2. Le Tourneau (P.) (dir.), *Droit de la responsabilité civile et des contrats*, Dalloz action, *op. cit.*, n° 2214.21, p. 844.

3. Frison-Roche (M.-A.), Bonfils (S.), *Les grandes questions du droit économique, Introduction et documents*, PUF, coll. Quadrige, 1^{re} éd. 2005, spéc. p. 337, voir aussi Lucas de Leyssac (C.), Parléani (G.), *op. cit.*, p. 990.

4. Le Tourneau (P.) (dir.), *ibid.*

5. Canivet (G.), « Rapport introductif des travaux de la commission Canivet à la loi Dutreil du 2 août 2005 », in *Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, Picod (Y.) (dir.), Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2006, p. 1, voir aussi Behar-Touchais (M.), « Présentation des rapports industrie-commerce dans la loi LME du 4 août 2008 », in « Les pratiques restrictives et la loi de modernisation de l'économie », coll. organisé par l'AFEC, *Concurrences* n° 3-2009, p. 3-8, spéc. n° 1 : « la quête de la loi parfaite ne peut aboutir, tout simplement parce qu'ici on n'a pas deux intérêts antagonistes, mais quatre, grands distributeurs, fournisseurs, petit commerce et consommateurs ».

6. Canivet (G.) (dir.), *Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, Rapport remis au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en octobre 2004, La documentation française, 2005, p. 95 et p. 159.

2. Les règles encadrant la liberté contractuelle

49. **Les règles interdisant le contrat « déséquilibré »¹ conclu entre professionnel et consommateur.** L'assainissement des relations commerciales s'est d'abord effectué au profit des consommateurs, notamment *via* la technique de l'inopposabilité des clauses abusives. L'avènement de la consommation de masse pendant la période des Trente Glorieuses et la standardisation de l'offre ont mis le consommateur, acteur cardinal de la « demande », en position de vulnérabilité. Cible de toutes les stratégies commerciales les plus agressives et parfois mensongères des offrants, le consommateur suscita l'intérêt du législateur français et européen. Puis, ajoutée à la massification de l'offre, la libre fixation des prix annoncée par l'article premier de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, allait exposer les consommateurs au risque de se voir imposer une offre de consommation unilatéralement définie par des opérateurs économiques puissants.

Siège de tous les déséquilibres, ces contrats de consommation dits d'adhésion vont devenir un outil de diktat économique des puissants imposés aux parties faibles dans de nombreux domaines, en matière de transport, d'assurance, de louage d'immeubles, d'opérations de crédit, etc. Autrefois érigé en instrument juridique d'échange vertueux, le contrat devient un instrument d'appauvrissement parfois dangereux, pour le consommateur au profit du professionnel. Les potentialités de gain décuplées par l'effet de massification, incitent les professionnels peu scrupuleux à répandre des contrats déséquilibrés à leur avantage.

Aussi, pour corriger ces inégalités et pratiques contractuelles abusives au détriment des consommateurs, une législation protectrice des consommateurs, dite « consumériste » a fleuri ponctuellement à partir des années 1970². Cette protection passe notamment par de nouvelles contraintes imposées aux professionnels : obligation d'information, garantie de la conformité et sécurité des produits et services, mécanismes de rééquilibrage des contrats de consommation tel le réputé non écrit des clauses abusives^{3,4}. Cette protection embrasse tous les domaines de la vie économique, allant de l'endettement, l'épargne, à l'alimentation⁵.

Toutes ces normes représentent soit un surcoût pour le professionnel soit une limitation de son profit, ce qui explique qu'elles soient particulièrement sujettes à des stratégies d'éviction lucratives. Plus tardive, une législation est également venue rationaliser les relations commerciales entre professionnels, pour lutter contre les abus contractuels.

50. **Les règles interdisant le contrat déséquilibré conclu entre professionnels.** La chaîne d'approvisionnement inter entreprises (*business to business*)

1. Art. L. 212-1 C. conso.

2. Loi du 22 décembre 1972 sur le démarchage et la vente à domicile, deux lois Scrivener relatives à la protection du consommateur du 10 janvier 1978 sur les opérations de crédit, *loi Neiertz* du 31 décembre 1989 sur le surendettement etc. : toutes ces dispositions figurent désormais dans le Code de la consommation, depuis sa consécration par la loi n° 93-949 du 26 Juillet 1993.

3. Art. L. 241-1C. conso.

4. Voir *infra*, n° 69.

5. Voir, Fenouillet (D.), Labarthe (F.) (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, *Economica*, coll. Études juridiques, 2002.

est le siège de nombreuses « pratiques commerciales déloyales ». Celles-ci se sont déployées concomitamment à certains changements structurels, tels que la concentration de la grande distribution en centrales d'achat, mettant ainsi le secteur agro-alimentaire dans une position de vulnérabilité, voire de dépendance économique. Cette inégalité criante au sein des relations *B to B* va nourrir des abus de comportement et des déséquilibres contractuels de toutes formes, perpétrés par les distributeurs¹. Parce que ces pratiques procèdent d'abus de liberté protéiformes, elles proviennent d'« excès de concurrence »², souvent apparentées à des formes de déloyauté.

Pour y remédier, dès l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le législateur français a proscrit certaines pratiques, dites « restrictives de concurrence ». Les stratégies de contournement suscitées par cette réglementation dirigiste, qualifiée par certains de « droit clandestin »³, ont contraint le législateur à réactualiser et réformer⁴ sans cesse ce « petit droit de la concurrence »⁵. Mesurant les leçons du passé et fortifié par les éclairages d'experts⁶, le législateur proclamera un retour à la liberté tarifaire à travers l'abrogation du délit de « pratiques discriminatoires »⁷ par la *loi LME* du 4 août 2008⁸. En contrepartie, celle-ci instaura une interdiction générale de tout abus contractuel à travers la création d'un délit spécial de « déséquilibre significatif »⁹. Ce nouveau délit de « déséquilibre signi-

1. Ripert (G.), Roblot (R.), Vogel (L.), *Traité de droit des affaires, Du droit commercial au droit économique*, T. 1, vol. 1, LGDJ, 19^e éd. 2010, n° 782 et s., p. 801 et s. : ces auteurs parlent d'« abus de dépendance », Lucas de Leyssac (C.), Parléani (G.), *op. cit.*, p. 933 : ces auteurs parlent de « situations de dépendances individuelles ».

2. Auguet (Y.), *op. cit.*, n° 9, p. 36.

3. Lucas de Leyssac (C.), Parléani (G.), *op. cit.*, p. 934.

4. Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 relative à la loyauté et à l'équilibre des relations commerciales, dite *loi Galland*, incrimine quatre nouveaux cas d'abus de dépendance : l'abus de puissance d'achat ou de dépendance économique (Art. L. 442-6, I, 2^b C. com.), l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné (Art. L. 442-6, I, 2^a C. com.), la soumission d'un partenaire à des conditions de règlement manifestement abusives (Art. L. 442-6, I, 7^e C. com.), Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite *NRE*, établit et insère, à l'article L. 442-6, II C. com., une liste noire des clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels, Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, relative à la modernisation de l'économie, dite *LME*, inséré à l'art. L. 442-6, I, 2^e du C. com., en lieu et place du délit d'abus de dépendance ou de puissance d'achat, le « fait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties ».

5. Canivet (G.), « L'histoire sans fin des lois éphémères », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 69.

6. Attali (J.) (dir.) *Rapport pour la libération de la croissance française*, La documentation française, 2008, p. 144 et s., Hagelsteen (M.-D.), *La négociation des tarifs et les conditions générales de vente*, La documentation française 2009, p. 27.

7. Anc. Art. L. 442-6, I, 1^e C. com.

8. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, relative à la modernisation de l'économie, dite *LME*, insère à l'article L. 442-6, I, 2^e C. com., en lieu et place du délit d'abus de dépendance ou de puissance d'achat, le délit déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

9. Cass. com. 3 mars 2015, n° 13-27525, *société Eurauchan*, *JCPE* 2015, n° 17, 1207, note S. LE GAC-PECH. confirme la condamnation en appel à une amende civile et à une mesure de cessation des pratiques illicites, une centrale d'achats, société Eurauchan, sur le fondement de l'article L 442-6, I, 2^e du Code de commerce au motif que les clauses relatives à la révision du prix créaient un déséquilibre significatif, Cass. com. 3 mars 2015, n° 14-10907, confirme la condamnation en appel à une amende civile et à une mesure de cessation des pratiques illicites, une centrale d'achats, société Provera France, sur le fondement de l'article L 442-6, I, 2^e du Code de commerce, au motif que les clauses relatives aux délais de paiement étaient asymétriques et donc déséquilibrées. De ces deux arrêts de la haute cour, il ressort que le déséquilibre significatif s'apprécie au terme d'une « analyse concrète et globale » des clauses du contrat.

ficatif entre les droits et obligations des parties » laisse percevoir une sorte de *clausula generalis*¹ permettant d'englober la grande majorité des pratiques commerciales déloyales², hormis la « rupture brutale d'une relation commerciale établie »³. Ces deux délits civils concentrent la majorité du contentieux des pratiques restrictives de concurrence⁴. La déloyauté entre professionnels peut donc s'incarner en un déréférencement abusif (rupture brutale) ou en un « déséquilibre objectif des prestations » (asymétrie des droits et obligations des parties).

Longtemps considéré comme une spécificité française, ce droit des pratiques restrictives de concurrence, séduit aujourd'hui au-delà des frontières de l'hexagone⁵. Ce qui laisse à croire que la préservation d'une certaine loyauté dans les rapports commerciaux et d'un équilibre contractuel tant économique que juridique constitue une nouvelle condition de saine concurrence et participe de ce fait à l'efficacité du marché. Et parce que ces règles encadrent la liberté contractuelle et tentent de rationaliser les avantages tirés par les opérateurs dans la concurrence, elles sont particulièrement visées par les fautes lucratives.

3. Règles encadrant la liberté d'entreprendre

51. **La liberté d'entreprendre « brimée » par le foisonnement de règles de conformité.** Bien que la liberté d'entreprendre constitue l'un des principes juridiques indispensables au bon fonctionnement du marché et revête à ce titre une valeur juridique hégémonique⁶, elle se heurte à de plus en plus de contraintes professionnelles et sectorielles « coûteuses ».

A priori toutes les règles qui régissent l'activité économique et imposent des contraintes à celle-ci sont susceptibles de faire l'objet d'une faute lucrative. En effet, chaque fois que le respect d'une norme engendre un « coût » pour l'« entrepreneur », ce dernier sera tenté de la contourner pour effectuer une « économie de dépense » générant ainsi un enrichissement indu (diminution du passif).

Or force est de constater que le contexte de libéralisme économique est propice à la prolifération de normes. Le libre choix de son activité professionnelle s'accompagne du respect des règles régissant l'activité choisie. Tout particulièrement, les objectifs politiques européens de protection du consommateur

1. Voir également art. 1171 C. civ. : Innovation de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

2. Behar-Touchais (M.), Amaro (R.), À propos du *Livre vert* sur les pratiques commerciales déloyales pratiquées dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire inter entreprises en Europe (réponse du réseau Trans Europe Expert), *RLC*, 2013, n° 36, pt. 38.

3. Art. L. 442-6, I, 5° C. com.

4. Faculté de Droit de Montpellier, « Bilan des décisions judiciaires, application du titre IV du livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques », année 2014, spéc. p. 30 et 49 : 32 décisions rendues en matière de déséquilibre significatif et 226 en matière de rupture brutale, DGCCRF, « Bilan de la jurisprudence civile et pénale 2014 », mai 2015, spéc. p. 2, en ligne sur le site de la CEPC [<http://www.economie.gouv.fr/cepc>].

5. Commission européenne, « Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales au sein de la chaîne d'approvisionnement inter entreprises alimentaire et non alimentaire », 31 janvier 2013, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire inter entreprises », COM 2014, 0472, 15 juillet 2014, en ligne sur [<http://europa.eu>].

6. CE, 6 mars 1914, *Syndicat de la boucherie*, Lebon 1914, p. 308 : le Conseil d'État reconnaît à la liberté d'entreprendre une valeur de principe général du droit.

et de préservation de l'environnement s'accompagnent d'une législation spécifique lourde pour tous les entrepreneurs.

La protection du consommateur repose sur des obligations légales spéciales d'information¹ et de conformité des produits² et sur une présomption de responsabilité civile du producteur en cas de défaut de sécurité³. Ces obligations sont renforcées lorsqu'elles portent sur des produits à risque, tels que les produits de santé. Leur commercialisation est placée sous la surveillance d'une autorité de régulation, « l'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé »⁴. Placée sous tutelle du ministre chargé de la santé, elle veille, conformément à l'article L. 5311-1 du Code de santé publique, à l'application des lois et règlements en la matière et « prend dans les cas prévus par des dispositions particulières, des décisions » relatives à l'expérimentation, la commercialisation des produits à finalité sanitaire ou cosmétique.

1. Art. L. 111-1 C. conso.

2. Art. L. 411-1 C. conso.

3. Art. 1386-1 C. civ. anc. (devenu art. 1245 nouveau C. civ.).

4. Créée par la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire des médicaments et des produits de santé. Elle s'est substituée le 1^{er} mai 2012 à l'Agence française de sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé (Afssaps).

CONCLUSION DU CHAPITRE I

52. *Le profit issu d'une violation de l'ordre public de marché est un « indu ».* Nous avons montré tout d'abord que l'élément légal d'une faute lucrative était l'ordre public. La pluralité de l'ordre public explique donc la variété de l'élément légal d'une faute lucrative et sa diversité de visages.

Toutefois, en dépit de sa pluralité, sa délimitation peut être théoriquement anticipée. En effet, la libéralisation de l'économie a indubitablement participé au développement des fautes lucratives. Toutes les règles impératives régissant le marché, parce qu'elles tracent la limite entre le profit licite et le profit illicite sont susceptibles de faire l'objet d'une faute lucrative. Parmi ces règles, figurent au premier titre les règles du droit de la concurrence, qui sont souvent vécues comme des contraintes, limitation au profit potentiel, suscitant des stratégies pour éluder la concurrence. Mais pas seulement, toutes les règles de droit dont la conformité entraîne un surcoût pour un agent économique ou une réduction du profit potentiel peuvent faire l'objet d'une violation motivée par une économie de dépense (droit de la consommation, droit de l'environnement, droit de la santé publique, etc.). En d'autres termes, toute activité commerciale peut alimenter des stratégies de faute lucrative lorsque l'application de certaines règles limite le profit qu'un agent rationnel peut en retirer, la presse à scandale soumise au respect des droits de la personnalité peut donner lieu à des fautes lucratives, certaines activités industrielles soumises à des contraintes environnementales ou sanitaires peuvent donner lieu à des fautes lucratives (dégazage en haute mer, versement de produits toxiques dans des rivières pour éviter le coût d'une épuration, tromperie sur la composition d'un produit, etc.).

Par conséquent, toutes les règles de droit susceptibles de faire l'objet d'une faute lucrative ont pour point commun de « réduire, limiter les possibilités de profit »¹ de l'agent économique.

On en déduit que tout profit généré par une activité exercée dans le respect du cadre défini par l'ordre public de marché est légitime. En revanche, tout profit généré par une activité exercée en violation du dit cadre est illégitime et illicite. Le profit d'une faute lucrative est donc un indu. Or, la sanction naturelle de la faute lucrative devrait être la confiscation de l'indu, en vertu d'une règle morale interdisant « l'enrichissement illicite »². Nous verrons que cet indu produit

1. Biales (C.), « Point de vue économique sur la concurrence », in « L'analyse économique et le droit de la concurrence » (coll.), Le concurrentialiste, [<http://www.leconcurrentialiste.com>].

2. A distinguer de : Ripert (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd. 1949, spéc.

par une faute lucrative peut générer deux types de contentieux confiscatoire : un contentieux privé confiscatoire ou un contentieux public confiscatoire, dont nous déduirons une classification des fautes lucratives.

CHAPITRE II

Le dualisme de l'ordre public de marché : fondement d'une classification des fautes lucratives

53. *Une dichotomie reposant sur une dualité d'action confiscatoire.* La violation des règles d'ordre public à des fins lucratives entraîne des effets de deux ordres. D'une part, la faute lucrative peut perturber le bon fonctionnement du marché, d'autre part, elle peut causer un dommage à autrui. En d'autres termes, la faute lucrative donne lieu à deux types de contentieux régis par des règles différentes, l'un est dit *objectif* et poursuit une finalité d'intérêt général, l'autre est dit *subjectif* et protège des intérêts particuliers (Section I).

En outre, comme toute faute, la faute lucrative appelle un rétablissement de l'ordre public. Outre la cessation de la faute, la réparation de l'éventuel dommage et l'éventuelle sanction de l'auteur, le rétablissement de l'ordre public suppose que l'indu soit retiré des mains de l'agent malhonnête. Selon que la faute lucrative donne lieu à un « contentieux subjectif » et/ou un « contentieux objectif », la confiscation de l'indu sera mise en œuvre par des personnes différentes, ce qui retentira sur le régime de la faute lucrative. La dualité des fautes lucratives reposera donc sur la nature de l'action confiscatoire, privée ou publique (Section II).

SECTION I : LA DUALITÉ DE L'ORDRE PUBLIC

54. *D'une approche théorique à une approche pratique de la dualité de l'ordre public.* Quel que soit l'ordre public en jeu, la doctrine a identifié une distinction permettant de « classer » les règles impératives en deux catégories. L'impérativité peut être attribuée à une règle pour deux raisons, préserver l'intérêt général ou préserver un intérêt particulier (ou catégoriel). Lorsque la règle impérative poursuit un objectif d'intérêt général ou un intérêt global (la préservation de l'environnement, la santé publique, l'efficacité économique, etc.), elle appartient à ce qu'on appelle « l'ordre public de direction ». À l'inverse, lorsque la règle impérative poursuit un objectif particulier (protection du consommateur, protection du salarié, etc.), elle appartient à ce qu'on appelle « l'ordre pu-

blic de protection ». L'intérêt de cette distinction a longtemps résidé dans la nature de la sanction de l'acte juridique illicite, selon que la règle violée relevait de l'ordre public de direction ou de protection, la nullité était absolue ou relative. Le champ des acteurs du rétablissement de l'ordre public en découlait, personnes privées seules ou personnes privées et personnes publiques. Une telle distinction déterminait donc la compétence des acteurs de l'ordre public.

Si l'approche théorique de ce dualisme a perdu de sa pertinence (§ 1), une approche procédurale de ce dualisme retrouve tout son intérêt notamment en présence d'une faute lucrative (§ 2). On distinguera donc deux types de fautes lucratives selon que l'indu est confisqué par la victime, au terme d'une action privée, ou par une autorité publique, au terme d'une action publique.

§ 1 - LE DUALISME THÉORIQUE DE L'ORDRE PUBLIC ÉCONOMIQUE

55. **Force et faiblesse du dualisme de l'ordre public économique.** Depuis son instigation, l'ordre public économique fut édifié sur un dualisme étayé d'un argument juridique fort, la théorie moderne des nullités. La dualité de finalités de l'ordre public économique déclinée en finalité de protection des parties faibles et de direction des comportements s'appuyait donc sur la dichotomie de sanctions civiles, nullité relative et nullité absolue (A).

Mais l'avènement d'un ordre public de marché rendra cette dichotomie désuète pour deux raisons. D'une part, l'identification de la finalité d'une règle d'ordre public de marché se heurtera à la porosité d'une telle dualité. D'autre part, la désuétude de la théorie moderne des nullités ne permettra plus de justifier la dualité de finalités de l'ordre public de marché (B).

A. Un dualisme théorique fondé sur la théorie moderne des nullités

56. **Origine de la dualité de l'ordre public économique.** L'idée d'un dualisme de l'ordre public est apparue au gré de l'édification de l'ordre public économique. C'est au doyen Carbonnier que l'on doit ce constat¹. Ce dernier déduit des nappes successives de formation de l'ordre public économique une dualité de finalités. Tandis que les vagues protectionnistes contribuèrent à la constitution d'un ordre public de protection de certains intérêts particuliers (consommateurs), la grande vague dirigiste du milieu du XX^e siècle façonna un ordre public de direction au soutien d'un intérêt économique général (1). Ce dualisme créa un consensus doctrinal pendant longtemps, notamment grâce à la force théorique de son argument juridique, la dualité des nullités d'ordre public (2).

1. L'intérêt préservé, critère de division de l'ordre public économique

57. **La finalité d'intérêt général de l'ordre public de direction.** Parmi ces nappes constituant l'ordre public économique, le doyen Carbonnier inventorie

1. Carbonnier (J.), *Droit civil - Les biens, Les obligations*, op. cit., n° 986, p. 2019-2040.

un ordre public de direction, issu d'une politique économique répondant à une conjoncture économique et politique de crise¹.

À ce titre, il remarque que l'ordre public de direction se compose de toutes les normes impératives qui ont pour but de canaliser, orienter les activités individuelles vers le bien commun, ou « dans un sens qui lui paraît le plus conforme à l'utilité sociale »². Inévitablement, l'intérêt général s'interprète et se réinterprète constamment. À l'époque où la notion d'ordre public économique est inventée, l'intérêt général se définit comme le « Plan », à l'aune d'une conception keynésienne de l'économie. Parce qu'elles « dirigent », au sens propre, les activités individuelles pour satisfaire le Plan, les règles poursuivant cet intérêt général relèvent donc de cet ordre public de direction. Ce qui explique les émois de la doctrine civiliste³, l'ordre public de direction n'étant pas moins l'antithèse de l'autonomie de la volonté. Puis, le retour de la prospérité économique annoncée par les Trente Glorieuses fait surgir une nouvelle finalité de l'ordre public économique, protéger les intérêts des consommateurs.

58. **La finalité d'intérêt particulier de l'ordre public de protection.** Dans son analyse de l'ordre public économique, le doyen Carbonnier observe que les politiques libérales s'accompagnent toujours de règles impératives ayant pour but de protéger les acteurs les plus vulnérables face aux aspirations lucratives des capitalistes.

Déjà, à la fin du XIX^e siècle, alors que le libéralisme industriel de la seconde révolution industrielle bat son plein, on assiste à une exploitation des plus faibles par les plus forts. Sous l'influence des doctrines socialiste et sociale chrétienne, le législateur élaborera une réglementation du travail, entièrement marquée d'ordre public pour assurer une protection des ouvriers salariés.

La seconde vague d'ordre public de protection accompagne l'entrée dans l'ère de la consommation. La période des Trente Glorieuses propice à la consommation de masse et à l'investissement des ménages stimule la production et distribution de biens et de services. Inévitablement, les consommateurs se montrèrent des victimes faciles pour les opérateurs économiques. Les contrats d'adhésion, instrument utile à la standardisation et à la massification de l'offre, placent le consommateur dans une position d'inégalité. Aussi l'État fut-il appelé à intervenir au soutien des consommateurs, parties faibles, pour corriger ces inégalités et certaines pratiques contractuelles abusives. Toute la législation dite « consumériste » eut donc pour finalité de protéger les intérêts des consommateurs.

Cette dichotomie théorique de l'ordre public économique (qui fut étendue à l'ordre public en général) prospéra grâce à un argument juridique fort, la théorie moderne des nullités.

1. *Loc. cit.* : l'auteur explique que « cet ordre se constituera de nappes successives et hétérogènes révélant une forte perméabilité aux différentes politiques économiques et à la conjoncture économique du siècle dernier ».

2. Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.), *op. cit.*, n° 383, p. 380.

3. Voir *supra*, n° 38.

2. *L'argument juridique au soutien de cette dichotomie, la dualité des nullités*

59. *La nullité, sanction d'un acte juridique contraire à l'ordre public.* Rappelons que la nullité est une technique de droit commun, qui permet de sanctionner la contrariété d'un acte juridique à l'ordre public, au stade de sa formation. L'acte est alors réputé nul et de nul effet et son annulation entraîne sa disparition rétroactive de l'ordonnement juridique, disparition de l'acte et de ses éventuels effets déjà produits. Il s'ensuit que ledit acte est considéré n'avoir jamais existé. La nullité est donc la sanction naturelle de la violation de l'ordre public par un acte juridique¹.

La portée de la nullité peut néanmoins être limitée, elle varie selon la nature de l'élément illicite. Si l'illicéité d'une condition de validité du contrat entraîne l'annulation du contrat dans son intégralité, celle d'une simple clause contractuelle n'entache pas le contrat. Si le contenu du contrat est contraire à l'ordre public, par son but ou ses stipulations, alors le contrat est réputé illicite dans son intégralité et sera frappé de nullité en vertu de l'article 1162 du Code civil (anc. art. 1128 C. civ.). En revanche, un contrat dont seule une clause est contraire à l'ordre public survivra à l'annulation de la clause illicite à moins que celle-ci n'ait été déterminante dans l'échange des consentements des parties. Auquel cas, c'est tout le contrat qui se verra alors frappé de nullité. Cette distinction de portée de la nullité révèle une dichotomie de régime des nullités et donc une dichotomie des nullités.

60. *La nature de l'intérêt, critère de distinction des nullités.* La théorie moderne des nullités a longtemps constitué un argument théorique majeur au soutien de la dichotomie de l'ordre public économique. Empruntant le régime bicéphale des nullités, la mise en œuvre de l'ordre public économique va révéler certaines nuances selon qu'il s'agit de l'ordre public économique de direction ou de protection.

Tout d'abord, il convient de définir la théorie moderne des nullités. La théorie moderne repose sur une distinction des nullités au regard de la finalité de la règle de droit dont elles sanctionnent la violation. Tandis que la violation d'une règle ayant pour finalité la protection d'un intérêt privé sera sanctionnée par une nullité dite « relative », la violation d'une règle ayant une finalité d'intérêt général sera sanctionnée par une nullité dite « absolue ». Ces deux types de nullité sont de surcroît, assortis d'un régime propre. En d'autres termes, c'est la finalité d'intérêt général ou d'intérêt particulier de la norme violée, qui dicte la nature, le but et le régime de la nullité applicable².

En (dé)plaçant le centre de gravité de la théorie des nullités sur la règle de droit violée, la doctrine rompt avec la théorie classique des nullités qui envisageait la nullité comme le remède d'un contrat « malade » atteint d'un vice rédhibitoire (nullité relative) ou irrédhibitoire (nullité absolue)³. De la théorie moderne

1. À l'inverse, pour faire cesser la contrariété d'un fait juridique à l'ordre public, la sanction du fait juridique est la cessation pour l'avenir.

2. Théorie consacrée aux articles 1179 à 1181 nouveaux C. civ.

3. Japiot (J.), *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse Dijon, 1909.

des nullités fondée sur la dichotomie de finalité des règles de droit, le doyen Carbonnier en déduit la dichotomie de l'ordre public économique entre ordre public de protection et ordre public de direction¹. De sorte qu'une règle de droit qui a pour finalité l'intérêt général appartient à l'ordre public de direction, tandis qu'une règle de droit qui a pour finalité un intérêt privé appartient à l'ordre public de protection. Ce faisant, l'auteur trouva un puissant argument d'assise à sa thèse sur le dualisme de l'ordre public économique dont il fut l'inventeur. Reste à identifier la nature de la règle d'ordre public.

61. **La nature de l'ordre public, fondement de la nature de la nullité.** Pour déterminer la nature de la nullité, il faut au préalable définir son fondement. Or, ce fondement se déduit de la finalité de la règle d'ordre public violée. Aussi, la première question qu'il faut se poser porte sur la finalité de la règle, a-t-elle pour finalité l'intérêt général (un motif impérieux) ou un intérêt particulier (protection d'une partie faible) ? Dans le premier cas, la règle de droit violée est issue de l'ordre public économique de direction, tandis que dans le second cas, la règle violée est issue de l'ordre public économique de protection.

Une fois le fondement identifié, la nature de la nullité peut être déterminée. La violation d'une règle d'ordre public de protection sera sanctionnée par une nullité relative, tandis que la violation d'une règle d'ordre public de direction sera sanctionnée par une nullité absolue. Et une fois la nature de la nullité caractérisée, il suffit d'appliquer le régime qui lui est propre. Ce régime commande la qualité des personnes qui pourront agir en nullité, la possibilité ou non de « confirmer » l'acte illicite qui encourt la nullité et les effets de la nullité.

Bien que la doctrine reconnaisse à l'unanimité le dualisme théorique de l'ordre public économique, nombreux ont été les auteurs à en montrer les difficultés pratiques, l'identification de la finalité (protection/direction) d'une règle d'ordre public n'étant pas toujours chose aisée.

B. Les facteurs d'affaiblissement de ce dualisme théorique

Annnonce. L'avènement d'un ordre public de marché modifie sensiblement les rapports entre État et Économie, comme nous l'avons vu². L'interventionnisme étatique autrefois synonyme de dirigisme économique, s'efface au profit d'un interventionnisme dépolitisé, d'experts, synonyme de régulation. Inévitablement, ce vent libéral réduit l'ordre public de direction à peau de chagrin. En outre, sous l'ère de l'ordre public de marché, la nullité, bras armé de l'ordre public, connaît des aménagements facilitant sa mise en œuvre. Cette modernisation du régime des nullités fortifie l'idée d'un dépassement du dualisme de l'ordre public économique.

Partant, deux facteurs participent à l'obsolescence du dualisme de l'ordre public économique, la confusion des finalités des normes d'ordre public (1) et l'uniformisation de la sanction de nullité (2).

1. Carbonnier (J.), *op. cit.*, n° 986, p. 2039-2040.

2. Voir *supra*, n° 39 et s.

1. *Une frontière poreuse, la confusion des finalités au sein des dispositions d'ordre public de marché*

62. *Un dualisme à relativiser au stade de la qualification d'une règle d'ordre public.* La première observation émise à l'encontre de ce dualisme concernait la qualification - le rattachement de la règle d'ordre public économique à l'une de ses deux catégories, protection et/ou direction, notamment quand la règle est assortie d'une sanction autre que la nullité.

En effet, certains auteurs ont fait observer que la « distinction entre l'ordre public de protection sociale et l'ordre public de direction économique n'est pas facile à faire entrer dans la pratique, car il existe souvent une interaction entre les objectifs économiques et sociaux d'une politique, c'est une affaire de degré »¹. Cette interaction entre les objectifs économiques (direction - protection) des règles d'ordre public économique rend donc difficile leur classement au sein des deux catégories. De même, d'autres reconnaissent que la relation entre les deux catégories de l'ordre public économique est telle qu'il est difficile de faire une réelle « séparation tranchée du moins quand on envisage des dispositions particulières »². L'entreprise n'est pourtant pas impossible à leurs yeux, en présence d'une règle cumulant les deux finalités de l'ordre public économique, ils préconisent de dégager « la finalité dominante ». Un tel critère d'appréciation fait écho à l'idée de « degré » citée précédemment.

Dans sa thèse consacrée à « l'ordre public économique », Gérard Farjat préconise de relativiser ce dualisme de l'ordre public économique³. Il tempère ce dualisme en remarquant qu'il existe des dispositions à « finalité multiple »⁴, c'est-à-dire qui sont de direction tout en intéressant des catégories de personnes protégées. À titre d'exemple on citera la législation du travail dont la finalité de protection sociale est évidente, quand bien même son objet constituerait un instrument de direction économique puissant. L'auteur illustre cette ambivalence du droit du travail par l'exemple des dispositions concernant le « travail au noir ». Quand bien même elles auraient pour but de protéger les salariés, elles prévoiraient des pénalités visant aussi bien l'employeur que le salarié. Dans le même sens, il soulève le problème de la qualification de la réglementation de l'usure, appartient-il à l'ordre public économique de protection ou de direction ? La répression⁵ de l'usure a incontestablement un but d'intérêt général, celui d'empêcher le mauvais crédit. Mais il a également une finalité de protection des débiteurs contre les risques de surendettement. De la même manière, la théorie de la concurrence déloyale a pour but de préserver une certaine équité dans la concurrence tout en assurant aux agents économiques une protection contre les actes déloyaux de leurs concurrents⁶. De même le droit de la concurrence, parce

1. Malaurie (P.), Stoffel-Munck (P.), Aynès (L.), *Droit des obligations*, Defrénois-Lextenso, 9^e éd. 2017, n° 650, p. 361.

2. Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y.-M.), (J.), *Traité de droit civil, La formation du contrat. L'objet et la cause- Les nullités*. T. 2, LGDJ, 4^e édition, 2013, n° 2175 s., p. 888 s.

3. Farjat (G.), *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p. 118 et s.

4. Farjat (G.), *op. cit.*, n° 153, p. 117.

5. Qui se matérialise, outre les sanctions pénales, par une sanction civile de réduction du taux et de restitution des sommes indûment perçues, Art. L. 341-48 C. conso.

6. Cette double finalité transparait de la règle de conflit en matière de concurrence déloyale et de

qu'il poursuit une finalité de protection des acteurs du marché et de direction du marché, il peut générer un contentieux subjectif (privé) ou un contentieux objectif (public)¹.

S'inscrivant dans la continuité de cette réflexion, Monsieur Hervieu explique que si les lois économiques poursuivent pour la plupart à la fois un objectif de protection et un objectif de direction, alors cette distinction est dépassée². Nous ajouterons que si l'avenir de cette distinction est compromis, le dualisme de l'ordre public économique peut néanmoins retrouver toute sa pertinence par ailleurs, nous y reviendrons³.

Toujours est-il que pour l'heure cette difficulté est posée toutes les fois où le législateur n'a pas pris le soin de préciser la finalité de la règle dont il est question. Dans de telles hypothèses, c'est au juge qu'il revient d'apprécier lequel de l'intérêt général ou de l'intérêt particulier est premier dans la règle qu'il doit appliquer, ce qui n'est pas sans risque d'insécurité juridique.

63. L'insécurité juridique générée par la qualification des règles d'ordre public. L'ordre public économique est une notion « actuelle », ce qui signifie que le travail de qualification d'une règle d'ordre public est opéré par le juge au moment où il statue. En d'autres termes, le caractère d'ordre public de protection ou de direction est apprécié dans une unité de lieu et de temps. Il en découle deux facteurs d'instabilité de l'ordre public économique.

D'une part, parce que l'ordre public économique est une notion actuelle, son appréciation dépend du contexte économique et social au jour où le juge statue. Inévitablement, un tel contexte sera pris en compte par le juge dans son choix de la finalité dominante d'une règle impérative. Le contexte de la qualification constitue un premier aléa. D'autre part, cette qualification résultant la plupart du temps d'une décision du juge, celle-ci est abandonnée à l'appréciation souveraine des juges. Ce qui constitue un second aléa.

Dès lors, ce dualisme théorique de l'ordre public économique s'avère être une source d'arbitraire et de versatilité dans la pratique. Le risque d'insécurité juridique qui découle de cette dichotomie ne présage-t-il pas un caractère suranné ? À cette première source d'affaiblissement de la distinction de l'ordre public économique révélée par la pratique s'ajoute un autre facteur d'affaiblissement lié à l'inadéquation de son argument théorique.

pratiques restrictives de concurrence, Art. 6.1 Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») « 1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être. 2. Lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 4 est applicable. "Ce qui revient à appliquer la loi du marché ou la loi du dommage" ».

1. Sur le petit droit de la concurrence : art. L. 442-6, I C. com, art. L. 442-6, III C. com. Sur le grand droit de la concurrence : art. L. 464-6 et s. C. com, art. L. 481-1 et s. C. com.

2. Hervieu (M.), « Ordre public économique de direction, ordre public de protection, l'avenir de la distinction », in *Mélanges en honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 317.

3. Voir *infra*, n° 67 et s.

2. *L'inadéquation de la théorie moderne des nullités en droit du marché*

64. ***L'unité de sanction civile en droit de la concurrence.*** En droit européen comme en droit interne, le droit de la concurrence recourt à la sanction civile de la nullité absolue. Néanmoins, leurs domaines d'application diffèrent, tandis que le droit européen limite le domaine de la nullité aux seules ententes illicites¹, le droit interne l'étend à toutes les pratiques anticoncurrentielles² ainsi qu'aux pratiques restrictives de concurrence³.

Si la loi ne qualifie pas expressément la nullité d'absolue, la doctrine s'en est référée à la finalité d'intérêt général poursuivie par le droit de la concurrence. Ainsi, dans un article intitulé « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », Claude Lucas de Leyssac et Monsieur Parléani rappellent que la nullité applicable en la matière « vise à protéger le marché dans l'intérêt général par le moyen de la protection des droits individuels des opérateurs »⁴. Cette finalité d'intérêt général des règles de concurrence justifie donc la nature absolue de la nullité. En d'autres termes, ils en déduisent que la finalité d'intérêt général l'emporterait sur la finalité de protection. Par conséquent, chaque fois que dans une règle ou un corps de règles cohabitent les deux finalités de direction et de protection, c'est la finalité de direction qui devrait l'emporter au profit d'un régime de nullité absolue. Si cette qualification est valable pour la nullité des pratiques anticoncurrentielles, elle l'est aussi pour celle des pratiques restrictives de concurrence. En effet, on relève que l'article L. 442-6, III du Code de commerce ouvre le droit de faire constater la nullité à certaines personnes publiques, le ministère public et le ministre de l'Économie. Or cette ouverture du droit d'agir en nullité est propre au régime de la nullité absolue. De surcroît, il est établi en doctrine que l'article L. 442-6, I du Code précité, étant une disposition d'ordre public économique, la violation de ce dernier est sanctionnée par la nullité absolue⁵.

L'unicité de sanction du droit de la concurrence porte à croire que le dualisme de l'ordre public économique, parce qu'il est fondé sur la dualité des nullités, est inopérant en droit de la concurrence. Ce même constat peut d'ailleurs être dressé en droit de la consommation.

65. ***Le « réputé non écrit » en droit de la consommation.*** Comme nous l'avons expliqué, la finalité transcendantale du droit de la consommation est la protection des consommateurs⁶. Pour autant, il n'est pas prévu de nullité relative en droit de la consommation. Le rééquilibrage des relations contractuelles entre consommateurs et professionnels repose sur une sanction, autonome et unique, le « réputé non écrit » d'une clause abusive⁷.

1. Art. 101§2 *TFUE*.

2. Art. L. 420-3 *C. com.*

3. Art. L. 442-6, I et III *C. com.*

4. Lucas de Leyssac (C.) et Parléani (G.), « L'atteinte à la concurrence cause de nullité du contrat », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 603 et s.

5. Lucas de Leyssac (C.), Parléani (G.), *Droit du marché*, *op. cit.*, p. 971, voir aussi : Malaurie-Vignat (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz, Sirey, 7^e éd. 2017, n° 336, p. 159.

6. Voir *supra*, n° 49 et 58.

7. Art. L. 241-1 alinéa 1^{er} *C. conso.*

Outre l'imposition de nouvelles obligations et garanties à charge du professionnel, la régulation du contrat de consommation s'opère par le biais d'une chasse aux « clauses abusives ». Seule la clause déséquilibrée étant réputée non écrite, « le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives, s'il peut subsister sans lesdites clauses », ajoute l'article L. 241-1 alinéa 2 du Code de la consommation. Pour cette raison, le réputé non écrit a pu être assimilé à une nullité partielle. Néanmoins, cette sanction n'entraînant que l'éradication d'une clause abusive dans un contrat, elle n'équivaut pas à une suppression matérielle. Aussi, des clauses bien qu'abusives et interdites peuvent demeurer insérées et appliquées dans d'autres contrats. Pour y remédier, les associations de consommateurs se sont vues dotées du droit d'agir en cessation d'agissement illicite permettant d'obtenir la suppression d'une clause illicite ou abusive dans un contrat type². En outre, la loi du 17 mars 2014, dite *loi Hamon*, a ajouté aux actions en cessation de l'illicite des associations, la possibilité de demander un effet « *erga omnes* » à la reconnaissance du caractère abusif d'une clause³.

On le voit, face à cette sanction de l'ordre public consumériste, le dualisme de l'ordre public économique est inopérant. On en déduit une fois encore que la dualité des nullités n'est plus un argument valable dans l'ordre public de marché. Privé de son argument le plus fort, le dualisme d'antan devait être renouvelé.

§ 2 - LE DUALISME PROCÉDURAL DE L'ORDRE PUBLIC DE MARCHÉ

66. *Le renouvellement formel du dualisme de l'ordre public de marché.*
Ce renouvellement n'est pas substantiel, mais procédural. Nous verrons que toutes les règles d'ordre public de marché sont transcendées par une finalité d'intérêt général et une finalité d'intérêt particulier. L'efficacité de marché suppose en effet une égalité et une loyauté dans la concurrence, entre les opérateurs du marché. Par conséquent, toutes concourent à l'efficacité de marché, certaines directement, en protégeant la libre concurrence, d'autres indirectement en protégeant les opérateurs du marché. Cette analyse se vérifie notamment dans l'article 6 du *Règlement Rome II*, relatif à la loi applicable dans les litiges concurrentiels internationaux puisqu'il reconnaît qu'un même fait illicite (concurrence déloyale, pratique restrictive de concurrence) entraîne un critère de rattachement différent selon que le dommage est global (marché) ou particulier (un seul opérateur victime)⁴. Il en résulte que toute violation de l'ordre public de marché peut donner lieu à une action publique à fin de sanction⁵ et à une action privée à fin de réparation du dommage causé^{5 bis}.

2. Art. L. 621-7 C. com.

3. Art. L. 621-8 C. conso.

4. Art. 6 Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, « Rome II », soit l'acte de concurrence déloyale ou l'acte restreignant la libre concurrence affecte exclusivement les intérêts d'un seul concurrent déterminé, auquel cas c'est la loi du lieu du dommage qui est applicable (renvoi à l'article 4), soit l'acte litigieux affecte des intérêts collectifs (consommateurs, concurrents) auquel cas c'est la loi du marché affecté qui s'applique.

5. Si elle est expressément prévue par la loi ou à défaut sur le fondement de l'article 422 C.P.C.

C'est au stade de la mise en œuvre de l'ordre public de marché que l'une de ses deux finalités est mise en relief. Lorsque la règle est invoquée par une victime au soutien de la réparation de son préjudice, la règle s'exprime dans sa dimension d'ordre public de protection. À l'inverse, lorsque la règle est invoquée par une autorité publique au soutien du prononcé d'une sanction, la règle s'exprime dans sa dimension d'ordre public de direction. En d'autres termes, c'est la nature de l'action qui « réveille » la dualité de l'ordre public de marché (A). Le profit d'une violation de l'ordre public de marché peut donc être confisqué soit au terme d'une « action privée confiscatoire », soit au terme d'une « action publique confiscatoire » (B).

A. Le double contentieux généré par une faute lucrative

67. *Le double contentieux généré par une violation de l'ordre public de marché.* L'avènement de l'ordre public de marché est propice à une approche renouvelée du dualisme de l'ordre public qui se vérifie particulièrement en droit de la concurrence. En effet, selon la doctrine concurrentialiste, la violation de l'ordre public peut susciter deux types de réactions contentieuses¹. Lorsque la faute perturbe l'ordre public, le ministère public ou un autre garant de l'ordre public (régulateur) porte le contentieux devant un juge répressif ou une autorité de régulation (l'Autorité de la concurrence). Le rétablissement de l'ordre public et la sanction des règles de concurrence bafouées reposent alors sur une « action publique ».

Lorsque la faute lèse en outre ou seulement des intérêts particuliers (consommateurs, concurrents, partenaires), les victimes peuvent aussi ou exclusivement porter le contentieux devant le juge (civil ou commercial). Dans ce cas, l'« action privée » des victimes complète l'action publique en ce qu'elle permet d'indemniser les victimes des dommages causés par la faute et/ou la remplace en ce qu'elle permet de surcroît de la faire cesser (nullité, réputé non écrit, cessation, etc.)². Cette distinction de contentieux en concurrence a été complétée par Monsieur Amaro à partir d'une analyse exhaustive du contentieux privé en droit national³. Ce dernier observe que parallèlement au contentieux privé « complémentaire », c'est-à-dire consécutif au prononcé d'une condamnation par l'autorité de concurrence, se développe un contentieux privé « autonome », en dehors de toute instance pendante devant l'autorité de concurrence.

Tandis que le premier poursuit essentiellement une finalité compensatoire, le second gagnerait en efficacité, dit l'auteur, s'il lui était également attribué une finalité extra-compensatoire. Parce que ce contentieux « autonome » a vocation à pallier l'inaction des autorités de poursuite, il embrasse la finalité compensatoire, propre à tout contentieux privé et la dépasse. Ce contentieux autonome a également pour but de faire sanctionner la pratique anticoncurrentielle et d'en

5 bis. Si les conditions de l'article 1382 C. civ. sont réunies.

1. Prieto (C.), Bosco (D.), *Droit européen du droit de la concurrence*, Bruylant, 2013, n° 1400, p. 1058.

2. La législation récente tend d'ailleurs à en faciliter le développement : voir ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017.

3. Amaro (R.), *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruylant, 2014.

confisquer le surprofit. Aussi, pour renforcer l'efficacité du contentieux privé autonome, l'auteur préconise de lui attribuer une finalité extra-compensatoire « punitive »¹.

Par conséquent, toute règle de l'ordre public de marché peut faire l'objet d'une action publique et d'une action privée, cette dernière pouvant être complémentaire (en ce qu'elle complète l'action publique préalablement engagée) auquel cas elle ne revêt qu'une finalité compensatoire ou autonome (à défaut d'action publique engagée), auquel elle revêt une double finalité compensatoire et extra-compensatoire.

La dualité mise ainsi en relief ne repose pas sur la finalité de l'ordre public de marché (qui est double puisqu'elle permet de générer un contentieux privé et public), mais sur l'auteur de sa mise en œuvre. Sans nier les deux finalités poursuivies par l'ordre public de marché, ce nouveau dualisme repose sur une dichotomie procédurale. Ce n'est plus la finalité de la règle qui dicte la nature de la sanction, laquelle détermine les auteurs pouvant la requérir, mais l'inverse. Selon que ledit auteur de l'action en rétablissement de l'ordre public est une personne privée/publique, la finalité de la règle invoquée est l'intérêt général ou l'intérêt particulier. Aussi les auteurs précités évoquent-ils une différence « d'ordre procédural » qui est particulièrement exacerbée lorsqu'on compare le contentieux privé ou subjectif, porté exclusivement devant les juridictions judiciaires dit aussi « autonome » et le contentieux public ou objectif, porté devant l'Autorité de la concurrence. La distinction est alors accusée dans la mesure où le juge commercial ne dispose pas des moyens de sanction de l'Autorité de la concurrence.

68. *Le double contentieux confiscatoire généré par une faute lucrative.* En présence d'une faute lucrative, la pertinence de cette approche renouvelée du dualisme de l'ordre public se trouve renforcée. En effet, tout gain indu généré par une faute lucrative est un avantage illégitime dans la concurrence qui perturbe le bon fonctionnement du marché et justifie à ce titre une action publique confiscatoire. Celle-ci peut consister en une action d'office du ministère public (ou autre autorité publique) dans des cas spécifiés par la loi ou seulement ouverte au ministère public sur le fondement de l'article 422 du Code de procédure civile. Mais parallèlement, le gain illicite pourrait être confisqué par le(s) victime(s) au préjudice desquelles la faute lucrative a été commise. Par conséquent, la faute lucrative peut faire l'objet soit d'une « action privée confiscatoire » soit d'une « action publique confiscatoire », l'une et l'autre pouvant se cumuler dans les limites imposées par le principe *non bis in idem*².

Or, selon que l'indu est confisqué par une personne privée ou une personne publique, la nature de la sanction confiscatoire et le régime y afférent, diffèrent. L'intérêt de cette distinction procédurale de l'ordre public de marché pour notre démonstration est donc essentiel puisqu'il détermine le régime de la faute lucrative, régime à « deux vitesses », que nous décrirons dans une seconde partie.

1. *Ibid.* n° 626 et s., p. 625 et s.

2. Voir *infra*, n° 322 et s.

De cette dualité procédurale de l'ordre public de marché, nous en déduisons une dichotomie de contentieux des fautes lucratives, qui se répercutera sur le régime de la faute lucrative. Soit la faute lucrative donne lieu à un contentieux public, auquel cas la sanction confiscatoire est une sanction publique mise en œuvre par une autorité publique habilitée. Soit la faute lucrative donne lieu à un contentieux privé autonome, auquel cas la sanction confiscatoire constitue une sanction privée mise en œuvre par la victime. Le surprofit d'une faute lucrative peut donc être saisi au moyen d'une action publique confiscatoire ou d'une action privée confiscatoire. Définissons à présent l'une et l'autre.

B. La double action confiscatoire

Annnonce. Nous avons déduit de la dichotomie procédurale de l'ordre public de marché un double contentieux généré par les fautes lucratives. Or, la nature de ce contentieux est déterminée par la nature de l'action confiscatoire. Il conviendra donc de définir ce qu'il faut entendre par « action publique confiscatoire » (1) et « action privée confiscatoire » (2).

1. Définition de l'action publique confiscatoire

69. **L'action publique ou action à fin de sanction.** L'action publique englobe toutes les actions menées par les autorités publiques. Traditionnellement, l'action publique est menée par le ministère public et consiste à « poursuivre et à faire constater les infractions »¹ en vue du prononcé d'une sanction de la faute. L'action publique confiscatoire désigne donc l'action publique qui aboutira à la confiscation du gain illicite généré par la faute lucrative.

Or, dans un contexte de dépénalisation du droit économique, cette action publique peut non seulement être menée par d'autres personnes publiques que le ministère public, telles que les autorités administratives indépendantes, mais également à l'égard de délits purement civils (pratiques restrictives de concurrence) et en vue du prononcé d'une sanction répressive ou non².

En d'autres termes, l'action publique confiscatoire inclut toutes les actions menées par des personnes publiques légalement habilitées, pour faire sanctionner une faute lucrative et en confisquer le gain illicite. Le gain illicite pourra être confisqué au terme d'une sanction requise par le ministère public ou une autorité de régulation habilitée à cet effet.

70. **L'action publique confiscatoire du ministère public.** À l'aube de l'ordre public économique, Gérard Farjat soulignait déjà le « rôle des agents de l'autorité publique » et notamment celui du ministère public et du juge, qu'il qualifiait de « primordial », dans sa réalisation³.

1. Idot (L.), « Articulation entre *private* et *public enforcement* », *Rev. Europe* n° 8, Août 2011, comm. 308, n° 1.

2. Sur la qualification de sanction répressive, voir *infra*, n° 296 et s.

3. Farjat (G.), *L'ordre public économique, op. cit.*, n° 346, p. 430.

Le constat et la poursuite d'une infraction pénale relèvent en effet de l'action publique exercée par le ministère public. Ce dernier s'entend du corps de la magistrature chargé d'exercer « l'action publique » devant le tribunal répressif compétent. Il incombe en effet au ministère public de représenter et défendre l'ordre public dans le contentieux répressif. À ce titre, le Parquet réclame l'application de la loi et la condamnation du délinquant à une peine et/ou à une mesure de sûreté¹. Il incombe également au ministère public de représenter et défendre l'ordre public dans le contentieux civil économique. Son intervention dans les affaires privées est alors soit légalement prévue dans certains contentieux², soit permise³ chaque fois qu'un litige présente une atteinte « manifeste »⁴ à l'ordre public. Bien que légalement institué, ce rôle de garant de l'ordre public est souvent délaissé par le ministère public, ce que l'on peut regretter⁵.

Pour l'heure, on recense une action publique confiscatoire du ministère public, en droit des pratiques restrictives de concurrence⁶ et en droit pénal spécial, pour des infractions dites de conséquence⁷.

Enfin, à côté du ministère public, notre système juridique investit certaines administrations ou personnes d'une action à fin de sanction contre les infractions autres que pénales.

71. L'action publique confiscatoire d'une autorité administrative. Le constat et la poursuite d'une infraction lucrative peut également donner lieu à une action publique exercée par une autorité de régulation, spécialement habilitée.

Le régulateur doit ici être entendu au sens large, comme celui qui participe au réajustement de l'équilibre des marchés. Mais tous ne sont pas dotés des mêmes pouvoirs, tandis que certains détiennent des pouvoirs de sanction et de réglementation (autorités de régulation, relevant de « *hard regulation* ») la plupart ne sont qu'affublés que d'un pouvoir consultatif et de recommandation (commissions, relevant de « *soft regulation* »). Néanmoins, on assiste de manière générale à une multiplication de ces acteurs et à un renforcement de leur rôle.

Dans la première catégorie figurent l'Autorité de la concurrence, les grandes autorités de régulation sectorielles⁸ et la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF). On remarquera

1. Art. 31 C.P.P.

2. Art. 422 du C.P.C. « Le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi ».

3. Art. 423 du C.P.C. « En dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ».

4. Cass. com. 11.10.11, n° 10-21.373, *D.* 2012, p. 700, obs. Rémy (J.-P.), « Le ministère public et le droit des entreprises en difficulté, un an de jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation ».

5. Sur le droit d'agir du ministère public en matière de pratiques restrictives de concurrence Art. 442-6, III C. com, Behar-Touchais (M.), Amaro (R.), « Réponse présentée par Trans europ expert au Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales pratiquées dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire inter entreprises en Europe, 25 avril 2013 », p. 31 : « L'action du Ministre, même si à certains égards elle est exorbitante, a permis de remédier à certaines pratiques. Mais d'une part, le Ministre (ou ses services) ne peuvent pas être sur tous les fronts, il faudrait que le ministère public prenne le relais », voir *infra*, n° 387 s.

6. Art. L. 442-6, C. com.

7. Infraction de recel et de blanchiment, voir *infra*, n° 98.

8. Autorité des marchés financiers (AMF), Autorité de régulation des communications électro-

que le législateur n'a cessé de renforcer les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence entre sa création par le décret du 9 août 1953 en tant que Commission technique des ententes et la *loi LME* du 4 août 2008, qui lui a confié le contrôle des concentrations¹. Elle a compétence pour prononcer des sanctions pécuniaires « confiscatoires » et dissuasives contre les auteurs, personnes morales, de pratiques anticoncurrentielles². De même, la DGCCRF a vu ses pouvoirs renforcés par la *loi Hamon* du 17 mars 2014. À ce titre, en droit des pratiques restrictives de concurrence, la DGCCRF est désormais dotée d'un pouvoir de sanction administrative et d'injonction³.

Dans la seconde catégorie, on trouve les commissions spécialisées, parmi lesquelles on citera principalement la Commission des clauses abusives (CCA) et la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC). Investies toutes deux d'un pouvoir de recommandation, elles peuvent à ce titre donner des avis sur des documents commerciaux ou publicitaires, contrats et clauses et toutes les pratiques concernant les relations commerciales entre consommateurs et professionnels pour la première et entre professionnels pour la seconde. En d'autres termes, elles exercent un rôle d'observatoire régulier des pratiques commerciales. Notons que depuis la *loi Hamon* du 17 mars 2014, le président de la CEPC peut désormais demander à ce qu'une enquête soit diligentée par les agents habilités⁴. Ces commissions spécialisées ne sont pas encore habilitées à sanctionner un gain illicite issu d'une pratique commerciale abusive ni à prononcer aucune sanction⁵.

2. Définition de l'action privée confiscatoire

72. Distinction entre action privée compensatoire et confiscatoire. En principe, l'action privée a vocation à indemniser les victimes des dommages causés par les fautes civile, pénale⁶ ou concurrentielle⁷. L'action privée désigne donc

niques et des postes (ARCEP), Commission de régulation de l'énergie (CRE), Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR).

1. Cette dernière mesure hautement symbolique, annonce la fin d'une régulation bicéphale assumée jusqu'alors de concert entre le ministre de l'Économie et le conseil de la concurrence. Elle traduit de surcroît une dépolitisation totale du fonctionnement de l'économie de marché, au profit d'une « juridictionnalisation » ou « judiciarisation » de celui-ci.

2. Art. L. 462-6 C. com.

3. Behar-Touchais (M.), « Projet de loi Hamon, le droit des pratiques restrictives de concurrence est-il en passe de devenir du droit administratif ? », *Concurrences* 2013-4, p. 5.

4. Art. L. 450-1 C. com, Art. L. 215-1 C. conso.

5. Enfin, à côté de ces régulateurs publics, on citera à titre indicatif l'existence de régulateurs privés. Sur ce point voir, Le Tourneau (P.), *Éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz, 2000, p. 98 : l'auteur rappelle le rôle historique des autorités professionnelles depuis l'abolition du corporatisme. Chargées de « veiller à la moralité des membres de la profession », ces entités disposent généralement d'un pouvoir disciplinaire (au titre duquel elles sanctionnent la violation des règles déontologiques par des mesures disciplinaires allant de la simple réprimande à la déchéance professionnelle) et d'un pouvoir normatif (au titre duquel elles peuvent émettre des avis et des recommandations sur les bonnes pratiques d'une profession, autrement appelées de règles de déontologie), remarque-t-il. Parce ces régulateurs ont un rôle à jouer dans l'assainissement des professions et ce faisant dans la préservation d'une loyauté dans les affaires, l'auteur les encourage à exercer pleinement leur fonction.

6. En vertu de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil : Art. 4 alinéa 2 C. P. P., Art. 4-1 C.P.P.

7. CA Paris, 26 juin 2013, n° 12/04441, *JCB Sales Limited*, CA Paris, 27 février 2014, n° 10/18285, Doux Aliments.

traditionnellement les actions menées par les victimes en vue de l'obtention des dommages et intérêts en réparation d'un dommage illicite. Cette action à fin de réparation des dommages causés par toute faute (et donc violation de l'ordre public) est perçue comme une action cardinale compte tenu de l'universalité de son champ d'application. En effet, que le dommage causé à un opérateur provienne de la violation d'une norme générale de comportement¹, ou d'une norme spéciale de comportement², l'action en responsabilité civile entraîne la condamnation de l'auteur à réparer l'entier dommage causé à sa/ses victime(s). Aussi l'action en responsabilité est-elle ouverte à tout opérateur du marché qui subit un préjudice, d'ordre patrimonial ou moral, dès lors que celui-ci satisfait les critères du préjudice réparable et que les conditions de la responsabilité civile sont réunies.

Cependant, en l'absence d'action publique confiscatoire, la confiscation du surprofit devrait pouvoir être obtenue au terme d'une action privée autonome. Cette nouvelle vocation de l'action privée s'ajouterait à la première en présence d'une faute lucrative civile. En revanche, en présence d'une action publique confiscatoire, l'action privée consécutive (ou complémentaire) ne revêtirait que sa finalité première, soit compensatoire, sauf si l'action publique confiscatoire s'avérait insuffisante. Le surprofit restant pourrait donc être également confisqué au terme d'une action privée complémentaire confiscatoire.

On distingue donc deux types d'action privée, celle qui accompagne une action publique lorsque la faute civile constitue aussi une infraction (l'action privée complémentaire) et celle qui est exercée en dehors de toute action publique lorsque la faute civile ne constitue pas une infraction ou qu'aucune action publique n'est exercée (autonome). Dans le premier cas, l'action privée ne serait qu'indemnitaire, alors que dans le second, l'action privée aurait une double vocation, indemnitaire et confiscatoire³. Une telle action pourrait être mise en œuvre par les victimes elles-mêmes, ou par une action collective.

73. **Le « citoyen économique ».** L'économie de marché est souvent considérée comme le modèle économique assorti à la démocratie. À ce titre, tout opérateur du marché se voit attribuer le rôle de « citoyen économique »⁴, selon l'expression de Lucas de Leyssac et de Monsieur Parléani. À l'appui de cette locution, les auteurs font observer que les opérateurs économiques se voient reconnaître des droits subjectifs, au même titre que les citoyens, et en contrepartie, des devoirs vis-à-vis de la cité. De la même manière que la cité grecque avait investi ses citoyens d'un rôle de gardien des lois, l'économie de marché présume

1. Art. 1240 nouveau du Code civil, fondement invoqué à l'appui d'une action en concurrence déloyale.

2. Il s'agit alors de délits spéciaux qui peuvent être de nature pénale, Art. L 132-2 C. conso. incriminant le délit de tromperie, administrative, Art. L. 420-1 C. com. incriminant l'entente anticoncurrentielle, ou civile, Art. L. 442-6, I. C. com. incriminant les pratiques restrictives de concurrence.

3. Sur les fonctions du contentieux autonome en droit de la concurrence, voir Amaro (R.), *op. cit.*, n° 626, p. 625 : l'auteur parle de fonction « punitive » que nous ne reprendrons pas à dessein. En effet, nous verrons que la confiscation du profit illicite peut procéder d'une sanction non « répressive » mais « normative », qui ne relève non pas d'une fonction punitive mais seulement normative du droit de la responsabilité civile, voir, *infra*, n° 302 et s.

4. Lucas de Leyssac (C.), Parléani (G.), *op. cit.*, p. 386.

que tous les opérateurs du marché, aussi bien professionnels que non professionnels, participent à son bon fonctionnement. Cette contribution passe principalement par le droit d'agir en réparation dès lors que la violation d'une règle du marché par un opérateur aura causé un préjudice particulier à un autre opérateur. Mais il peut également passer par une action à fin de sanction, lorsque la loi habilite les justiciables à en demander le prononcé.

Pour l'opérateur économique assujéti aux règles de concurrence (client, fournisseur, concurrent), c'est l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui lui confère un « droit subjectif au respect des règles de concurrence ». Partant, lorsque ces règles sont violées par un concurrent, l'opérateur peut s'en prévaloir pour obtenir qu'elle cesse et/ou réclamer la réparation du dommage que cela a pu entraîner pour lui. La victime d'une pratique anticoncurrentielle peut donc saisir l'Autorité de la concurrence pour obtenir la cessation de la pratique contestée¹, mais il lui faudra saisir les juridictions de droit commun pour obtenir l'indemnisation du préjudice subi. Ce droit à réparation du préjudice concurrentiel est également attribué aux consommateurs, victimes indirectes et finales d'une pratique anticoncurrentielle. Par ailleurs, les dommages de la consommation subis par les consommateurs leur ouvrent également droit à réparation et droit à se constituer partie civile lorsqu'ils résultent d'une infraction pénale. Nous avons en effet déjà démontré le rôle éminent du consommateur, parce qu'il est le bénéficiaire final du respect de l'ordre public de marché, sa voix est essentielle.

Si l'attribution d'un droit d'agir en responsabilité (pénale, civile ou administrative) aux opérateurs du marché constitue un précieux outil de préservation de l'ordre public de marché, encore faut-il qu'il soit exercé. Les litiges de la consommation et de la concurrence présentent deux caractéristiques, souvent dommages de masse, causant de nombreuses victimes et de faible montant par cause individuelle. Or, l'action isolée d'une victime d'un « dommage de masse »² n'a qu'un faible impact, si tant est qu'elle soit diligentée. En revanche, la somme des préjudices individuels peut atteindre une somme très importante que seule une action groupée permettrait de souligner. Aussi, le citoyen économique se voit-il épaulé par de nouveaux acteurs bénéficiant du privilège du nombre.

74. **L'association, support de l'action collective.** Déjà dans le *Livre blanc* sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles de concurrence, la Commission européenne avait invité les États membres à se doter de mécanismes permettant de regrouper les demandes d'indemnisation individuelles de victimes d'infractions aux règles de concurrence³. Ces mécanismes devaient pallier l'inaction des consommateurs individuels ou des petites entreprises qui subissent de manière sporadique des dommages de faible valeur, mais qui sont souvent dissuadés d'engager des actions individuelles en dommages et intérêts

1. Art. L. 462-5 II C. com.

2. Sur la notion de dommage de masse voir, Guégan-Lécuyer (A.), *Dommmages de masse et responsabilité civile*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2006, n° 78, p. 95-96 : l'auteure identifie deux critères pour caractériser un dommage de masse, un critère quantitatif lié au grand nombre de victimes concernées et un critère qualitatif lié à l'unicité du fait dommageable.

3. *Livre blanc* sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, 2008, p. 4-5.

en raison des coûts, des délais, des incertitudes, des risques et des contraintes d'une procédure judiciaire.

En France, ces mécanismes ont été introduits par le biais de l'association. De la même manière que les salariés ont uni leur force dans des syndicats pour contrebalancer la puissance des employeurs, les consommateurs ont pu se regrouper pour enrayer les pratiques faussant le jeu de l'offre et la demande dont ils subissent les effets. Des associations de consommateurs ont vu le jour, telles que l'Union fédérale des consommateurs « UFC que-choisir » ou l'Association nationale de défense des consommateurs et usagers (CLCV), ayant pour mission de représenter, informer, conseiller et défendre les consommateurs. Ces associations « reconnues d'utilité publique » ont reçu un agrément de l'Administration¹, les habilitant notamment, à agir en justice au nom et pour le compte des consommateurs. Il existe deux types d'action possibles, l'action diligentée dans l'intérêt collectif des consommateurs et l'action en représentation conjointe. Tandis que la première vise à obtenir la cessation des agissements illicites et la réparation du dommage causé à l'intérêt collectif des consommateurs², la seconde vise à obtenir la réparation des préjudices individuels des victimes d'un même fait dommageable³.

Néanmoins, ces dispositifs se sont révélés très vite limités dans la pratique en raison de leurs régimes stricts et de leur champ d'application circonscrit. Aussi l'ordre public de marché s'est vu doter d'une « action collective » permettant aux victimes d'un même manquement d'un professionnel d'obtenir réparation de leur préjudice patrimonial. C'est en effet la grande innovation de la *loi Hamon* du 17 mars 2014 qui dans son chapitre premier consacre l'action de groupe en droit français⁴. Ce droit d'agir au nom et pour le compte des victimes d'un manquement d'un même professionnel, serait confié à certaines associations de consommateurs agréées, qui pourront réclamer réparation des dommages individuels survenus dans des contentieux de masse (concurrence et consommation). Nous verrons qu'un tel mécanisme de regroupement des droits d'agir peut constituer un précieux outil de confiscation des micro-profits illicites liés à contentieux de dommages de masse, si tant est que les modalités du recours collectif soient adéquates⁵.

Les contentieux d'une faute lucrative étant précisés, nous pouvons à présent classer les fautes lucratives en fonction de la nature du contentieux confiscatoire que chacune d'elles peut générer.

1. Dans les conditions prévues à l'article L. 411-1 C. conso.

2. Art. L. 621-7 C. conso.

3. Art. L. 622-1 C. conso.

4. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : art. L. 623-1 à L. 623-32 C. conso, voir *infra*, n° 336 et s. ; le champ d'application de l'action de groupe a depuis été élargi par la Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

5. Voir *supra*, n° 348 et s.

SECTION II : CLASSIFICATION DES FAUTES LUCRATIVES AU REGARD DE LEUR ÉLÉMENT LÉGAL

75. *Élément légal et nature de l'action confiscatoire.* Il conviendra de distinguer les fautes lucratives qui donneront lieu à une action publique confiscatoire de celles qui donneront lieu à une action privée confiscatoire (et donc autonome). Dans la première catégorie de fautes lucratives, figurent celles dont l'élément légal prévoit expressément une sanction publique (civile, pénale ou administrative), laquelle se verra doter d'une finalité confiscatoire dont nous définirons les modalités au stade du régime (§ 1). Dans la seconde catégorie de fautes lucratives, sont répertoriées les fautes lucratives dont l'élément légal ne prévoit pas de sanction publique. Auquel cas la sanction privée devra se voir revêtir une finalité confiscatoire que nous préciserons au stade du régime (§ 2). Enfin, cette classification nous permettra de recenser les différentes fautes lucratives qui illustreront notre étude.

§ 1 - LES FAUTES LUCRATIVES ASSORTIES D'UNE SANCTION PUBLIQUE EXPRESSE

76. *L'atteinte lucrative à l'intérêt général, fondement de l'action publique confiscatoire.* Cette première catégorie est composée des fautes lucratives spécialement assorties d'une sanction publique mise en œuvre par une personne publique habilitée. Ces fautes lucratives consistent principalement en des « infractions » et ponctuellement en des « délits spéciaux » dont l'établissement et la poursuite supposent de caractériser l'atteinte à l'intérêt général. Ces fautes lucratives encourent une sanction publique parce qu'elles portent atteinte à l'intérêt général, qui se manifeste à travers une valeur sociale éminente marchande ou non marchande. Parmi ces fautes lucratives, nous distinguerons celles qui sont assorties d'une sanction pénale (A), de celles qui sont assorties d'une sanction administrative ou civile (B).

A. Les fautes lucratives assorties d'une sanction pénale

77. *Les fautes lucratives portant atteinte à l'intégrité physique.* Chaque fois qu'une faute lucrative porte atteinte à l'intégrité physique, elle tombe sous le joug d'une qualification pénale et encourt de ce fait une sanction pénale. Les infractions portant atteinte à l'intégrité physique sont pour la plupart répertoriées dans le Code pénal, mais on en recense quelques-unes dans le Code de la consommation, le Code de propriété intellectuelle et le Code de la santé publique. Pendant longtemps l'intégrité physique n'a fait l'objet que d'une protection *a posteriori*, seules les atteintes avérées, concrètes au corps humain étaient sanctionnées. Aujourd'hui, on dénombre des incriminations ciblant des risques d'atteinte afin de prévenir la concrétisation de l'atteinte. Cette protection *a priori* témoigne sans conteste d'un renforcement de la protection de la vie. Par conséquent sont sanctionnées aussi bien les atteintes réelles à l'intégrité physique que les atteintes potentielles. Tandis que les premières constituent

des infractions matérielles¹, les secondes constituent des infractions formelles² ou de mise en danger³.

Cette distinction est importante au regard de la caractérisation de l'atteinte, parce que les unes visent à anticiper la concrétisation de l'atteinte, seul le risque d'atteinte devra être caractérisé pour établir l'infraction formelle ou de mise en danger. À l'inverse, parce les autres visent à réprimer l'atteinte à hauteur de sa gravité, la caractérisation de l'atteinte conditionnera le choix de qualification d'une infraction matérielle. Ainsi, les délits de fraude aggravée⁴ et de contrefaçon aggravée⁵, dont l'actualité regorge d'exemples⁶, requièrent le constat d'un « danger pour la santé » du vivant pour être établi. Tandis que le délit d'homicide involontaire⁷ est constitué seulement si la mort d'autrui est constatée.

Toutes ces qualifications sont utilisées en cas de « faux » produits, produits trompeurs ou falsifiés qui présentent un risque pour la santé des consommateurs ou qui l'ont réellement altéré. L'actualité de ce contentieux est criante, notamment depuis la publication en septembre 2013 d'un rapport de l'Institut de Recherche Anti-Contrefaçon de Médicaments (IRACM) sur « la contrefaçon de médicament et l'organisation criminelle »⁸. Cette criminalité particulière, en col blanc, profite de l'essor du commerce en ligne pour se déployer dans le monde entier. En outre, la faiblesse de la répression par rapport à la rentabilité de ce commerce illégal en fait un cas d'école de faute lucrative.

Dans ces cas de fautes lucratives, l'atteinte à l'intégrité physique doit être caractérisée puisqu'elle conditionne la qualification. En outre, ces qualifications attenantes à des comportements économiques déloyaux célèbrent une réhabilitation des valeurs sociales les plus éminentes dans un monde marchand. Cependant les dispositions apparentées à des « délits d'épicier », s'avèrent bien souvent insuffisantes et inadéquates pour lutter contre une criminalité économique organisée et de plus en plus dématérialisée.

Par ailleurs, on s'intéressera dans notre étude aux fautes lucratives constituant des contrefaçons.

78. Les fautes lucratives portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle, l'exemple de la contrefaçon. Au même titre que la propriété corporelle (immobilière ou mobilière), la création appartient à son auteur. Ce dernier est donc titulaire des droits de propriété intellectuelle sur son œuvre. Ces droits recouvrent tant des créations de forme (œuvres de l'esprit, dessins et modèles),

1. Desportes (F.), Le Guehec (F.), *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd, 2009, n° 444, « les infractions matérielles supposent la réalisation d'un résultat dommageable qui est la conséquence immédiate et directe du comportement incriminé ».

2. *Ibid.* n° 460, « les infractions formelles, que l'on oppose aux infractions matérielles, sont celles qui consistent en un comportement réprimé indépendamment de son résultat éventuel ».

3. *Ibid.* n° 462, « Les infractions de mise en danger permettent la répression, indépendamment de leur résultat, de comportement créant un risque grave d'atteinte à la vie ou à l'intégrité de la personne et commis par un individu qui, dans la plupart des cas, ne souhaite pas que ce risque se réalise ».

4. Délit de tromperie aggravée, Art. L. 454-3, 1^o C. conso, Délit de falsification aggravée, Art. L 451-2, 1^o C. conso.

5. Art. L. 615-14 C.P.I.

6. *Aff. Mediator, Aff. Viande Chevaline, Aff. Poly implant Protheses.*

7. Art. 221-6 C.P.

8. En ligne, [<http://www.iracm.com/flip2/francais/IRACM.html>].

des innovations techniques (brevet) que des rapports d'un signe à une activité, produits ou services d'un agent économique pour les distinguer de ceux de ses concurrents (signes distinctifs). Que ce soit en guise de récompense du risque pris, d'une filiation naturelle entre l'auteur et son œuvre ou encore de protection de l'investissement¹, les auteurs des œuvres de propriété intellectuelle se voient reconnaître un droit exclusif leur conférant un monopole d'exploitation de l'objet du droit, sur le territoire couvert par le droit et pour une durée limitée². Nous choisirons pour la suite du propos l'exemple du brevet.

Ainsi, parce que l'inventeur est titulaire d'un droit privatif sur son invention, il jouit d'une protection spéciale sur son bien incorporel. Ce dispositif le protège contre certains actes « contrefaisants » listés limitativement³ tels que la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, sans consentement du propriétaire. La contrefaçon de brevet constitue une infraction pénale lorsqu'il est commis « sciemment » ou lorsqu'il présente un risque pour la santé d'autrui, conformément à l'article L. 615-14 du Code de propriété intellectuelle^{4,5}. Le contrefacteur s'expose donc à une sanction pénale. Le caractère pénal de cette protection peut trouver justification dans l'importance de la valeur véhiculée, l'innovation. L'innovation est en effet un puissant levier de dynamisme de marché. Les droits de propriété intellectuelle conditionnent dans une large mesure à la compétitivité d'une entreprise ou d'un État⁶. Rouage clé du dynamisme de marché, l'innovation et sa protection participent ce faisant au bon fonctionnement du marché. Par conséquent, si la violation d'un droit de propriété intellectuelle cause un dommage direct au propriétaire du droit, elle cause également un dommage indirect au Marché⁷. Ce qui explique que lesdits droits fassent l'objet d'une protection spéciale renforcée.

Il est intéressant de relever que l'indifférence des peines principales de contrefaçon au profit illicite a conduit le législateur à renforcer la responsabilité civile du contrefacteur. L'action en responsabilité civile ouverte à la victime⁸ a pour but non seulement de réparer le préjudice, mais également « de rétablir

1. Fondements doctrinaux de la protection d'objet immatériel, voir Pollaud-Dulian (F.), *La propriété industrielle, propriété intellectuelle*, Economica, 2010, n° 9 et s.

2. *Ibid.*, n° 27, Dans la mesure où le monopole d'exploitation conféré à l'inventeur ou créateur contrevient par nature à la liberté du commerce et de l'industrie, il leur est conféré un droit sous certaines conditions et pour une durée limitée (contrairement à la propriété civile qui est perpétuelle).

3. Art. L. 613-3 C.P.I.

4. Art. L. 615-14 C.P.I. : « 1. Sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende les atteintes portées *sciemment aux droits du propriétaire* d'un brevet, tels que définis aux articles L. 613-3 à L. 613-6. Lorsque le délit a été commis en bande organisée ou sur un réseau de communication au public en ligne ou lorsque les faits portent sur des marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou l'animal, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 euros d'amende ».

5. On parle de contrefaçon aggravée, Art. L. 615-14 C.P.I, voir *supra*, n° 61.

6. Pollaud-Dulian (F.), *op. cit.*, n° 64-65.

7. Proposition de loi n° 866, « tendant à renforcer la lutte contre la contrefaçon », enregistrée à la présidence du Sénat le 30 septembre 2013, voir exposé des motifs, « [...] Les incidences économiques sont les plus évidentes. La contrefaçon a un impact direct sur le chiffre d'affaires et l'image de marque des entreprises victimes. Elle appauvrit également la création et constitue une menace pour l'emploi (plus de 100 000 emplois détruits en Europe, dont 38 000 en France). Enfin, elle grève les recettes fiscales des États. Ainsi, chaque année, la France enregistre un manque à gagner de plus de 6 milliards d'euros. La contrefaçon fait aussi peser des risques sur la sécurité et la santé des consommateurs [...] ».

8. Art. L. 615-1 C.P.I.

le titulaire du droit dans la plénitude de son droit exclusif »¹. En outre, depuis la transposition de la directive n° 2004/48 du 29 avril 2004 sur le respect des droits de propriété intellectuelle par la loi du 29 octobre 2007, les dommages et intérêts civils se voient assigner une finalité nouvelle dite « extra-compensatoire » et notamment « confiscatoire »².

Parce que le délit de contrefaçon porte aussi³ atteinte à l'innovation, valeur éminente d'une économie de marché, il est assorti d'une sanction pénale. Il en est de même concernant les atteintes lucratives à un droit de la personnalité.

79. Les fautes lucratives portant atteinte à un droit de la personnalité, l'atteinte à la vie privée. Certains droits de la personnalité, tels que le droit au respect de la vie privée, jouissent d'une protection spéciale civile et pénale. L'inscription du droit au respect de la vie privée à l'article 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen et des libertés fondamentales* et à l'article 7 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* justifie qu'elle incarne aujourd'hui une valeur sociétale éminente. Par conséquent, l'atteinte à l'intimité de la vie privée constitue une infraction pénale incriminée à l'article 226-1 du Code pénal et jouit d'une protection civile issue de l'article 9 du Code civil.

Néanmoins, la victime « étant présumée être la mieux placée pour apprécier l'impact de l'infraction » souligne monsieur Pradel⁴, l'action publique ne peut être exercée que sur plainte de la victime. En d'autres termes et en vertu de l'article 226-6 du Code pénal⁵, seule la victime peut déclencher l'action publique. Ce qui explique qu'une faute lucrative portant atteinte à la vie privée d'autrui ne pourrait donner lieu qu'à une action portée devant le juge civil, si la victime renonce à mettre en œuvre l'action publique. Auquel cas il faudra attribuer à la victime le droit de demander le prononcé d'une sanction privée confiscatoire.

Enfin, on citera l'exemple des fautes lucratives portant atteinte à l'environnement.

80. Les fautes lucratives portant atteinte à l'environnement, l'exemple du délit de pollution. La consécration d'un droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé à l'article 1^{er} de la *Charte sur l'environnement*⁶, a engagé une prise de conscience collective de la nécessité de protéger l'environnement contre les effets néfastes de l'activité humaine et d'anticiper les catastrophes. La protection judiciaire de l'environnement en droit interne repose

1. Pollaud-Dulian (F.), *op. cit.*, n° 1191, p. 642.

2. Dont le régime a été renforcé par l'article 2 de la Loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, Art. 615-7 C.P.I. « Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement [...] 3° Et les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de la contrefaçon ».

3. En plus de l'atteinte portée au droit privatif de propriété intellectuelle du titulaire.

4. Pradel (J.), *Droit pénal comparé*, Précis Droit Privé, Dalloz, 3^e éd. 2008, spéc. n° 418, p. 548.

5. Art. 226-6 C.P., « Dans les cas prévus par les articles 226-1 et 226-2, l'action publique ne peut être exercée que sur plainte de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droit ».

6. Art. 1 de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 dispose que, « Le premier alinéa du Préambule de la Constitution est complété par les mots, "ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004" ».

notamment sur des incriminations de droit pénal et une responsabilité civile du pollueur. Le principe de pollueur-payeur inscrit à l'article 4 de ladite Charte¹ fut assorti d'un volet pénal, lequel a été remanié suite à la transposition de la directive européenne du 19 novembre 2008² par l'ordonnance du 13 janvier 2012³.

La protection pénale de l'environnement conduit donc à pénaliser des comportements intentionnels et non intentionnels causant des dommages à celui-ci. À titre d'exemple, on retiendra le délit de pollution des mers par les rejets de navire (hydrocarbures) qui connut une funeste actualité. Qu'elle soit causée par une faute non intentionnelle⁴ ou une faute délibérée⁵ du capitaine, la pollution marine constitue une infraction pénale, dont les *quanta* ont été rehaussés de manière très significative. Notons que les derniers cas de naufrage qui souillèrent les côtes d'États membres (*Prestige* en 2002 et *Erika* en 1999) incitèrent l'Union européenne à renforcer l'arsenal répressif en cas de pollution causée par les navires. Aussi la directive 2005/35/CE⁶ du 7 septembre 2005 (consolidée par la directive du 2008/99/CE du 19 novembre 2008) a-t-elle enjoint les États membres à se doter d'une qualification d'infraction assortie d'une sanction pénale ou administrative, visant des rejets polluants commis de façon intentionnelle et téméraire⁷ ou à la suite d'une négligence grave. En outre, certains *quanta* d'amende ont été rehaussés de manière drastique, puisque désormais le capitaine de navire-citerne coupable d'une faute caractérisée ayant causé un « dommage irréversible ou d'une particulière gravité à l'environnement », encourt une amende pouvant aller jusqu'à 4,5 millions d'euros⁸.

Au-delà de ces exemples de fautes lucratives constituant des infractions pénales, doivent être classées dans cette première catégorie, les fautes lucratives incarnant des infractions commerciales assorties de sanctions administratives.

B. Les fautes lucratives assorties d'une sanction administrative et civile

81. Les infractions portant atteinte à la libre concurrence, l'exemple de l'entente. Les pratiques anticoncurrentielles figurant au titre II du livre IV du Code de commerce sont assorties d'une sanction pécuniaire définie à l'article

1. Art. 4 *Charte de l'environnement*, « Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi ».

2. Dir. n° 2008/99/CE 19 nov. 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.

3. Ord. n° 2012-34, 11 janvier 2012 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du Code de l'environnement.

4. Art. L. 218-19, I C. env.

5. Art. L. 218-19, II C. env.

6. Art. 4 Directive n° 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions, notamment pénales, en cas d'infractions de pollution : « Les États membres veillent à ce que les rejets par des navires de substances polluantes dans l'une des zones visées à l'article 3, paragraphe 1, soient considérés comme des infractions s'ils ont été commis intentionnellement, témérairement ou à la suite d'une négligence grave. [...] », Art. 8, « Sanctions 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les infractions visées à l'article 4 donnent lieu à des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui peuvent comprendre des sanctions pénales ou administratives ».

7. *Ibid.* : mot-clé « Action téméraire », action faite en ayant conscience qu'un dommage en résulterait probablement.

8. Art. L. 218-12 C. env. issu Art. 11 ordonnance n° 2010-1232 du 21 octobre 2010 portant diverses dispositions d'application d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'environnement.

L. 464-2 de Code de commerce. Parmi elles, nous nous intéresserons spécialement aux ententes horizontales, incriminées à l'article L. 420-1 du code précité. Rappelons que la libre concurrence est la condition *sine qua non* d'un fonctionnement efficient du marché¹. Toute la législation économique est transcendée par cet objectif de préservation d'une concurrence libre qu'il s'agisse du droit des pratiques anticoncurrentielles ou du droit des pratiques restrictives de concurrence.

Parce que l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles a vocation à protéger directement le fonctionnement du marché concurrentiel, l'affectation du marché réelle (infraction par effet) ou potentielle (infraction par objet), est une condition de leur répréhension². En effet, l'infraction de pratique anticoncurrentielle est assortie d'une double condition, une affectation ou un risque d'affectation du marché laquelle doit en outre satisfaire un certain seuil de sensibilité (gravité). *A contrario*, des pratiques anticoncurrentielles (notamment et exclusivement les ententes) qui produisent des effets positifs sur le marché (des gains d'efficience) peuvent être exemptées ou justifiées³. Ces faits justificatifs ont donc pour effet d'ôter le caractère délictueux des pratiques anticoncurrentielles, en principe répréhensible.

Enfin, cette qualification englobe tant les pratiques anticoncurrentielles de dimension nationale que locale puisque toutes requièrent la caractérisation d'une entrave à la concurrence quelque soit la dimension du marché affecté⁴. Ce n'est donc pas l'ampleur de la pratique anticoncurrentielle qui infère sur la qualification de faute lucrative, mais la condition de caractériser l'atteinte potentielle ou réelle au Marché, au stade de l'incrimination. Et *a contrario*, une telle qualification est écartée si la pratique litigieuse n'a aucune incidence réelle ni potentielle sur le jeu de la concurrence sur le marché concerné ou si elle a des effets pro-concurrentiels. Parmi les pratiques anticoncurrentielles, nous nous intéresserons particulièrement aux ententes horizontales, aussi appelées *cartels*, en raison de leur nocivité accrue pour l'économie et des moyens juridiques déployés pour les détecter⁵.

82. Les délits commerciaux portant atteinte à la libre concurrence, les pratiques restrictives de concurrence. Les pratiques restrictives de concurrence répertoriées au titre IV du livre IV du Code de commerce sont assorties pour la plupart d'une amende administrative mise en œuvre par la DGCCRF. Quant aux pratiques déloyales visées à l'article L. 442-6 du Code précité, elles

1. Voir *supra* n° 42 et s.

2. Art. L. 420-1 C. com.

3. Art. 101§3 *TFUE*, Art. L. 420-4 C. com.

4. Distinction encre « micro et macro pratiques anticoncurrentielles » créée par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, art. 2-XIII, inséré à l'article L. 464-9 C. com. qui donne compétence au ministre chargé de l'économie (DGCCRF) de traiter les pratiques anticoncurrentielle affectant un marché de dimension locale comise par des entreprises de faible ampleur (injonction de cessation et transaction).

5. Combe (E.), « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *RIDE* 2006/1, p. 9, spéc. p. 1, selon les propos de Mario Monti rapportés, « Face à un comportement aujourd'hui considéré comme un véritable "cancer de l'économie", voire "le Mal suprême de l'antitrust" (décision Verizon/Trinko, cité par OCDE [2005a]) les pays de l'OCDE se sont progressivement dotés à partir des années 1990 de nouveaux instruments de détection [...] ».

sont assorties d'une amende civile mise en œuvre par une autorité publique habilitée (DGCCRF, ministre de l'Économie, ministère public). L'interdiction des pratiques commerciales déloyales de l'article précité et notamment le délit de déséquilibre significatif¹ a pour objectif de lutter contre diverses formes d'abus dans les relations commerciales en raison de leur effet potentiellement inflationniste. Une telle disposition œuvre donc directement pour le maintien d'une égalité entre opérateurs du marché laquelle est un préalable nécessaire à la libre concurrence. Ce faisant, il œuvre également indirectement pour la concurrence. Dégagé dans un premier temps par la doctrine², ce rattachement au bon fonctionnement du marché a été affirmé par la Cour de cassation par des arrêts remarquables³. Ainsi, la préservation d'une « loyauté »⁴ dans les relations commerciales serait une condition indispensable à l'exercice de la concurrence. Ce qui justifierait le droit d'agir de certaines autorités publiques⁵.

Grand et petit droit de la concurrence constituent donc deux corps de règles transcendés par une finalité d'intérêt général, la protection de la libre concurrence. Tous deux sont donc expressément assortis d'une sanction publique⁶.

En revanche, l'interdiction des pratiques restrictives de concurrence, ayant vocation à protéger le marché indirectement, est dite *per se*, soit indépendamment de l'effet des pratiques interdites sur le marché. Nul besoin de caractériser l'atteinte à la concurrence, celle-ci étant présumée.

83. Les atteintes à l'intégrité des marchés financiers. « Le marché financier est le marché des titres – de capital ou de créance – émis par les entreprises et les administrations pour le financement de leurs investissements⁷ ». Et

1. Art. L. 442-6, I, 2° C. com.

2. Lucas de Leyssac (C.), Parleani (G.), *op. cit.*, p. 936 : les auteurs observaient que « plus que par le passé, la raison d'être des prohibitions contenues à l'article L. 442-6 C. com. est de lutter contre l'abus de dépendance et la disproportion des prestations réciproques. En elle-même une telle volonté ne peut être critiquée. Elle est même nécessaire au bon fonctionnement de la concurrence », Decocq (A.), « De l'avenir des pratiques dites "restrictives de concurrence" titre IV du livre du Code de commerce », La loi du 3 janvier 2008, le rapport Hagelsteen », *Revue de jurisprudence commerciale*, mars-avril 2008 n° 2, p. 96-103, spéc. p. 97 : l'auteur ira jusqu'à soutenir que « la raison d'être principale des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence réside dans la volonté de corriger le rapport de force contractuel entre les grands distributeurs en position d'oligopole et les producteurs qui est largement défavorable à ceux-ci. La raison d'être secondaire est de remédier au désavantage dans la concurrence sur le marché de la distribution que subissent les petites et moyennes entreprises par rapport à ces mêmes grands distributeurs », Ferrier (D.), « Les pratiques restrictives de concurrence. Pour quelle finalité ? », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 189, Auguet (Y.), *L'équilibre, finalité du droit de la concurrence*, *ibid.*, p. 29, spéc. p. 46.

3. Cass. com. 8 juillet 2008, n° 07-16761, *JCPG* 2008, act 507, obs. A.-M. Luciani, *D.* 2008, p. 3046⁰, note M. Brandac, Cass. com., 16 décembre 2008, n° 08-13.162, *JCPE* 2009, 1479, obs. D. Mainguy, Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC *Société Système U Centrale Nationale et autre*, CEDH 17 janv. 2012, Galec C. France, n° 51255/08, *JurisData* n° 2012-006077.

4. Canivet (G.), *Restaurer la concurrence par les prix - Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, *op. cit.*, p. 95 et p. 159 : « Ce titre, dont les dispositions se sont étoffées au fur et à mesure de réformes successives, ne reflète aucune inspiration d'ensemble, ce qui nuit à sa cohérence. Pourtant, un dénominateur commun semble pouvoir être trouvé à travers l'exigence de loyauté dans les pratiques commerciales. C'est pourquoi, à l'intitulé actuel pourrait être substitué l'intitulé suivant, « de la loyauté dans les pratiques commerciales ».

5. Art. L. 442-6, III du C. com.

6. Art. L. 462-6 C. com, Art. L. 442-6, III C. com, action d'office du ministère public.

7. Didier (P.), *Droit commercial*, T. 3, *Le marché financier. Les groupes de sociétés*, PUF, 1993, p. 17, Bonneau (T.), Drummond (F.), *Droit des marchés financiers*, Economica, 3^e éd. 2010, n° 6, p. 7.

comme sur les marchés réels, l'efficacité des marchés financiers suppose que « que le public puisse bénéficier de la plus large et la meilleure information pour éclairer sa décision d'investissement. Il faut en outre qu'il puisse faire confiance au Marché et au mécanisme de formation des cours »¹. Par conséquent, le bon fonctionnement des dits marchés commande la préservation de la sécurité, de la transparence et de l'égalité entre les compétiteurs devant l'information².

Aussi, le marché doit-il être protégé contre les informations fausses ou les manipulations d'informations destinées à induire le public en erreur et à entraver son fonctionnement³. Pour ce faire et à l'instar du droit de la concurrence sur les marchés de biens et de services, le droit des marchés financiers prohibe certains comportements relatifs aux titres cotés en bourse, appelés « abus de marché ». Selon la directive n° 2003/6/CE du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché^{4,5}, « [...] Les abus de marché nuisent à l'intégrité des marchés financiers et ébranlent la confiance du public dans les valeurs mobilières et les instruments dérivés ». Ces abus de marché consistent en deux familles de comportements, la manipulation des cours et l'exploitation d'informations privilégiées (délict d'initié). Conformément aux recommandations européenne, ces comportements sont incriminés au plan pénal à titre de délits boursiers (articles L. 465-1 à L. 465-3 du Code monétaire et financier) et au plan administratif à titre de manquements au *Règlement général de l'Autorité des marchés financiers*⁶. Les uns pouvant être sanctionnés par le juge pénal, les autres par la Commission des sanctions de cette autorité administrative indépendante⁷. Une directive du 16 avril 2014 dite « directive des abus de marché » vient même fixer des règles minimales en matière de sanction pénale des abus de marché pour homogénéiser et renforcer l'efficacité des dispositifs de protection des marchés financiers dans l'Union européenne⁸.

§ 2 - LES FAUTES LUCRATIVES NON ASSORTIES D'UNE SANCTION PUBLIQUE EXPRESSE

84. *Les fautes lucratives civiles portant atteinte à un intérêt particulier.*
 Cette seconde catégorie est composée des fautes lucratives qui ne sont pas spé-

1. Couret (A.), Le Nabasque (H.), Coquelet (M.-L.), Granier (T.), Porrachia (D.), Raynouard (A.), Reygrobellet (A.), Robine (D.), *Droit financier*, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd. 2012, n° 1493, p. 1118.

2. *Ibid.*, n° 7, p. 7.

3. Frison-Roche (M.-A.), Bonfils (S.), *Les grandes questions du droit économique, Introduction et documents, op. cit.*, p. 299, « Il est important que la cotation des titres correspondent à la valeur des sociétés ».

4. Directive n° 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003, *JOUE* 12 avril, n° L. 96⁰, sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché, dite « abus de marché », considérant 2.

5. Depuis abrogée par le règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen du 16 avril 2014 sur les abus de marché.

6. Art. L. 621-15 C.M.F.

7. Sur la répartition des compétences en matière d'abus de marché voir : Salomon (R.), « Les particularismes des infractions boursières », *JCPE* 2000, n° 20, p. 788, du même auteur : « Les particularismes des infractions boursières », 2^e partie, *Rev. Droit pénal*, 2003/2, chron. 4.

8. Directive 2014/75/UE du Parlement européen et du Conseil, 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché.

cialement assorties d'une sanction publique (pénale, administrative ou civile) parce qu'elles ne portent atteinte qu'à des droits subjectifs, patrimoniaux ou extra-patrimoniaux. Ces fautes lucratives ne pourront donc faire l'objet que d'une sanction privée (civile) confiscatoire mise en œuvre par la(les) victime(s). Néanmoins, si l'indu généré par une telle faute lucrative s'avérait particulièrement nuisible à l'ordre public de marché, la sanction civile confiscatoire pourrait également être requise par le ministère public sur le fondement de l'article 423 du Code de procédure civile¹.

Parmi ces fautes lucratives, nous distinguerons celles qui sont commises en dehors de toute relation contractuelle entre l'enrichi et la victime (A) et celles commises dans le cadre d'un contrat (B).

A. Les fautes lucratives civiles extra contractuelles

85. **La faute concurrence déloyale.** Pour mémoire, rappelons que dans une économie de marché soumise à la libre concurrence, tout commerçant est libre d'attirer à lui une clientèle, fut-ce au détriment d'autrui (concurrent ou non concurrent). Le dommage concurrentiel qui en résulte jouit d'une licéité tout à fait exceptionnelle. Cependant, l'usage des libertés n'est pas sans limites. Et lorsque la captation de clientèle résulte d'agissements déloyaux, alors l'acte de concurrence est fautif et le dommage concurrentiel causé devient illicite et réparable. L'opérateur économique victime des dits agissements peut alors demander la cessation des agissements et la réparation du trouble commercial causé pour défendre ses intérêts.

En droit français, l'action en concurrence déloyale est une action en responsabilité civile, fondée sur les articles 1240 et 1241 nouveau du Code civil². Elle suppose donc que trois conditions soient réunies, une faute, un préjudice et un lien de causalité. La faute consisterait en un usage excessif de la liberté du commerce dégénérant en une « déloyauté ». Plusieurs types de déloyautés ont été identifiés par Paul Roubier qui en proposa une classification doctrinale non limitative, mais fidèle au contentieux. À l'origine, quatre catégories ont été recensées³, le dénigrement⁴, la confusion⁵ (ou imitation), la désorganisation d'une entreprise rivale⁶ et la désorganisation du marché⁷. Cette classification s'est

1. Art. 423 C.P.C. : « En dehors de ces cas [action d'office], il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ». Le ministère public devra alors établir l'atteinte à l'ordre public économique. Voir *infra*, n° 380 et s.

2. Izorche (M.-L.), « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RTD. com.* 1998, n° 1, p. 17-52, Frison-Roche (M.-A.), *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et le parasitisme*, *RJDA* 1994, n° 6, p. 483 et s.

3. Roubier (P.), *Le droit de propriété industrielle*, T. 2, Paris, Sirey, 1952, n° 110, p. 504 et s.

4. *Ibid.*, « le dénigrement consiste à jeter le discrédit sur un concurrent ou sur les produits par lui fabriqués ».

5. Ripert (G.), Roblot (R.), Vogel (L.), *Traité de droit des affaires, Du droit commercial au droit économique*, T. 1, vol. 1, LGDJ, 19^e éd. 2010, n° 726, p. 711 : « la confusion résulte en règle générale de l'imitation des signes de ralliement de la clientèle ou des produits concurrents » entraînant une confusion dans l'esprit de la clientèle entre des entreprises concurrentes ou entre leurs produits.

6. Roubier (P.), *ibid.* : « la désorganisation d'une entreprise rivale suppose que l'on s'attaque à la vie interne de la maison concurrente, en cherchant à lui arracher ses secrets de fabrication ou d'affaires, à détourner ou corrompre ses employés ».

7. Ripert (G.), Roblot (R.), Vogel (L.), *op. cit.*, n° 729, p. 722, « la désorganisation générale du marché

enrichie de la notion de parasitisme proposée par Yves Saint-Gal¹ qu'il définit comme « l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser de ses efforts et de son savoir-faire »². Contrairement à la conception traditionnelle de la concurrence déloyale, le parasitisme économique n'exige pas l'existence d'une situation de concurrence entre les acteurs.

Si elles ne font pas l'objet de règles prohibitives spéciales, ces formes de déloyauté n'en constituent pas moins des fautes civiles pouvant être sanctionnées sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle³. Ce type de faute lucrative ne pourra donc faire l'objet que d'une sanction civile confiscatoire⁴, réclamée par la victime au terme d'une action privée autonome ou requise par le ministère public au terme d'une action publique s'il estime que l'indu généré perturbe le bon fonctionnement du marché sur le fondement de l'article 423 du Code de procédure civile.

Enfin, la faute lucrative peut consister en une inexécution fautive d'une obligation contractuelle.

B. Les fautes lucratives contractuelles

86. **Le dol lucratif, vice du consentement.** La première hypothèse de faute lucrative contractuelle est celle qui consiste à conclure un contrat déséquilibré parfois au profit de la partie faible⁵, mais le plus souvent au profit de la partie forte. Le profit illicite, illégitime résulte alors des avantages contractuels, siège du déséquilibre économique du contrat. La déloyauté est donc commise au jour de la conclusion du contrat et constitue ce faisant un vice du consentement, aux confins du dol ou de la violence.

En principe, parce que ce type de faute lucrative est commis dans le contrat et le contrat étant la chose des parties, il ne devrait donner lieu qu'à une sanction privée, mise en œuvre par la victime. Néanmoins, dans certains contrats spéciaux, tels que les contrats de consommation⁶ et les contrats commerciaux⁷,

visent un ensemble d'opérateurs fabriquant ou commercialisant des produits identiques ou similaires, elle résulte pour sa part de pratiques commerciales déloyales ou du non respect de règles légales ».

1. Saint-Gal (Y.), « Concurrence déloyale et concurrence parasitaire », *Revue internationale de la Propriété industrielle et Artistique*, 1956, p. 19 et s.

2. Cass. com., 26 janvier 1999, n° 96-22.457, D. 2000, 87, note Y. Serra.

3. Izorche (M.-L.), « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *op. cit.*, p. 17 et s., Frison-Roche (M.-A.), « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et le parasitisme », *loc. cit.*

4. T. com. de Bobigny, 26 septembre 2013, n° RG 2013/00400, à propos de l'ouverture le dimanche de plusieurs enseignes de bricolage, en dépit de l'interdiction antérieure sur ce point. Action en concurrence déloyale formée par l'un de leur concurrents qui respectait la législation. Le juge des référés condamna les sociétés à fermer leurs magasins, sous astreinte et précisa que « l'astreinte devait être fixée à un niveau qui rende la poursuite des infractions économiquement non rentable [...] ». Sejean (M.), « La restitution du profit illicite », *op. cit.*, spéc. p. 347, « Le dimanche suivant elles ouvrirent leurs magasins puisque le chiffre d'affaires réalisé chaque dimanche était supérieur au montant de l'astreinte ».

5. Fasquelle (D.), Mesa (R.), *Les fautes lucratives et les assurances de dommages*, *Rev. générale du droit des assurances*, 2005, n° 2, p. 351, spéc. pt. 13, « Lorsqu'un assuré conclut sciemment un contrat pour une somme supérieure à la valeur de la chose assurée et tente ainsi de s'enrichir en spéculant sur le sinistre ».

6. Art. L. 212-1 C. conso.

7. Art. L. 442-6, I, 2° C. com, voir *supra*, n° 51.

ce *dol lucratif* est assorti d'une sanction publique, administrative¹ ou civile². À défaut de sanction publique expresse, ce type de *dol lucratif* devrait être sanctionné au moyen d'une sanction privée confiscatoire mise en œuvre par la victime. On ne s'étonnera donc pas que la réforme du droit des contrats ait consacré un délit de déséquilibre significatif, de droit commun³.

Cette nouvelle disposition pourrait trouver une application dans des contrats types contenant une asymétrie des droits et des obligations au stade des conditions résolutoires. À titre d'exemple, nous citerons le contrat de location financière, il s'agit d'un contrat à trois parties, conclu entre un client (locataire), démarché par une société fournisseur/vendeur et celle-ci, portant sur la location de bien matériel ou immatériel moyennant des loyers, pendant une durée déterminée⁴. À la signature du PV de réception du matériel, le contrat de location est cédé à une société de financement (bailleur cessionnaire) qui perçoit les loyers. Ce contrat est indispensable à certains professionnels (TPE, PME) pour disposer de matériel de haute technologie, dont les capacités financières ne leur permettent pas d'en faire l'acquisition, mais seulement une location. Pourtant, il a généré un contentieux national très dense provoqué par deux clauses, la clause de cession⁵ et la clause d'indépendance entre le contrat de location et de prestation⁶. Le litige naît lorsqu'un défaut d'exécution du contrat de prestation survient. Le locataire cesse alors de payer les loyers et le bailleur l'assigne en résiliation du contrat et en paiement de la clause pénale et de la clause résolutoire exorbitantes⁷, prévues dans le contrat. La jurisprudence dominante a

1. Art. L. 241-2 C. conso. : seulement pour les clauses présumées abusives de manière irréfragables.

2. Art. L. 442-6, III C. com.

3. Art. 1171 nouveau du Code civil.

4. Merle (Ed.), « La location financière 1^{re} partie », *Le juge du commerce*, n° 47 mars 2012, p. 9-13 : l'auteur explique que la location financière se distingue du crédit bail pour trois raisons, d'une part elle ne permet pas l'acquisition du bien par le locataire au terme du contrat, d'autre part et enfin elle n'est ni soumise à la réglementation bancaire (puisque le bailleur n'est pas nécessairement un établissement de crédit) ni à publicité.

5. Article 7 du contrat type stipule que « le locataire reconnaît au bailleur le droit de transférer la propriété et de céder les droits résultant du présent contrat au profit d'un tiers cessionnaire avec faculté de substitution ». Au terme de la cession du contrat de location, qui a lieu concomitamment à la signature du PV de réception du matériel, le cessionnaire (qui n'est autre que la société de financement) acquiert, outre la propriété du matériel, les seules créances relatives au contrat de location financière. *La cession de contrat n'emporte donc que cession des créances, ce qui signifie a fortiori, que les obligations résultant du présent contrat restent à la charge du cédant, soit du fournisseur.*

6. Article 4 du contrat type stipule que « le locataire a la faculté de souscrire auprès [du fournisseur] un contrat en vue d'assurer la maintenance du matériel [...] L'attention du locataire est par ailleurs attiré sur l'indépendance juridique du contrat de location et de prestation liant le locataire au mandataire. Il renonce ainsi à toute suspension ou réduction du loyer qui serait motivée par un litige avec le [fournisseur] ». Il arrive que l'exécution du contrat de location nécessite une maintenance particulière de la chose (notamment lorsque la chose est un site internet). Un contrat de prestation est donc conclu à la demande du locataire avec le fournisseur. Cette clause précise que les deux contrats s'exécutent alors distinctement. Ce qui signifie que le locataire doit continuer à payer les loyers même en cas de manquement du fournisseur à son obligation.

7. Clause 2.2, le droit de résilier le contrat du locataire est tout d'abord conditionné par la demande préalable de résolution de la vente. En outre, ce droit est fortement précarisé par les conséquences de la résiliation, lorsqu'elle est l'initiative du locataire. En effet, il est effet prévu que d'une part, « le locataire reste tenu d'exécuter toutes ses obligations en attendant la régularisation juridique et économique de l'opération ». Et dans le cas où le contrat serait résilié consécutivement à la résolution ou annulation du contrat de vente, « le locataire s'oblige à régler au bailleur une indemnité HT égale à 10 % du montant des loyers HT majorée de tous frais engagés au titre de la location et reconnaît être solidairement tenu

longtemps donné raison au bailleur sur le fondement de la force obligatoire du contrat¹. Puis une lecture plus critique de l'économie globale du contrat a finalement incité les juges du fond à déclarer « réputé non écrite » la clause d'indépendance des contrats de location et de prestation², sous réserve que les trois parties à l'opération financière soient parties à la procédure³. Par conséquent, la résolution du contrat de prestation, contrat principal, entraîne la caducité du contrat de location, contrat accessoire, ce qui a permis aux locataires de se voir restituer les loyers payés indûment, sans que la prestation ait été exécutée.

Le contentieux considérable qu'a nourri ce contrat type, aurait pu trouver une réponse satisfaisante dans la sanction des clauses résolutoires, asymétriques et ce faisant constitutives d'un déséquilibre significatif. De telles pénalités ont déjà été jugées abusives par deux cours d'appel sur le fondement de l'article L. 212-1 du Code de consommation dans la mesure où l'indemnisation qui en résultait était supérieure au préjudice subi⁴. En outre, ces clauses ont été ciblées par la CEPC dans un avis (non publié) du 16 mai 2012, au terme duquel la CEPC considère que les clauses pénale et résolutoire dans ce type de contrat peuvent « dépasser sensiblement le montant du préjudice résultant de la rupture du contrat habituellement calculé sur la perte de marge brute subie par le cocontractant victime de la rupture ». Elle en déduit que la clause contractuelle prévoyant le paiement de la totalité des loyers à échoir jusqu'au terme du contrat, pourrait relever des pratiques visées à l'article L. 442-6, I, 1° et 2° du Code de commerce. Enfin, parmi les 36 pratiques figurant dans le rapport d'activité de la médiation inter entreprises, la 29^e concerne précisément « les pénalités de retard abusives ». Au regard du rapport, cette pratique aurait pu se voir annuler sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce en ce qu'elle crée un déséquilibre significatif. La chambre commerciale a d'ailleurs confirmé un arrêt d'appel qui avait annulé des clauses résolutoires asymétriques sur le fondement de l'article précité et a rejeté le pourvoi au motif que « les dispositions de l'article 1152 du Code civil ne font pas obstacle à l'application de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce à une clause pénale, dès lors que les conditions en sont réunies »⁵.

Selon notre opinion, parce qu'un tel contrat commercial ne présentait aucun enjeu pour la consommation de masse, il n'a jamais fait l'objet d'une action du ministère public ou du ministre de l'Économie sur ledit fondement. Espérons

avec le mandataire du remboursement au bailleur du prix d'acquisition du matériel majoré des intérêts éventuels ». À l'inverse, l'art 3.7 stipule que, « le bailleur pourra résilier le présent sans aucune formalité judiciaire ni mise en demeure » en cas de non respect d'une seule des conditions de la location par le locataire. Outre l'obligation de restituer le matériel, la résiliation (à l'initiative du bailleur) permet au bailleur, « d'exiger outre le paiement des loyers impayés et de toutes sommes dues jusqu'à la date de restitution effective du matériel, le paiement, en réparation du préjudice subi, une indemnité de résiliation égale HT au montant des loyers postérieurs à la résiliation et pour assurer la bonne exécution du contrat, une peine égale à 10 % de l'indemnité de résiliation ».

1. CA Aix-en-Provence 11^e ch. A, 20 mai 2009 RG 07/03288.

2. Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768, *JurisData* n° 2013-009388. - n° 11-22.927, *JurisData* n° 2013-009399.

3. Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-24.270, *JurisData* n° 2014-026529.

4. CA Paris, 25 octobre 2007, *Parfip France cf Art Toulouse*, n° RG, 05/12758, CA Pau, 5 octobre 2006 RG n° 04/03266.

5. Cass. com. 27 mai 2015, n° 14-11387, *Société Groupement d'achats des centres Leclerc c/Ministre de l'Économie, du Redressement productif et du Numérique*.

que la consécration récente d'une disposition de droit commun interdisant le déséquilibre significatif permettra la suppression des clauses litigieuses d'un tel contrat et le tarissement du contentieux qu'il génère.

87. **Le dol lucratif, inexécution de mauvaise foi.** La seconde hypothèse de faute contractuelle lucrative est celle qui consiste à ne pas exécuter une obligation contractuelle pour tirer profit de l'inexécution. Il s'agit donc d'une inexécution délibérée d'un contrat licite en vue d'un gain illicite. La faute est non plus commise au jour de la conclusion du contrat, mais au moment de son exécution.

Cette inexécution lucrative embrasse deux réalités que seule la doctrine distingue, mais que nie le législateur français, la violation dite « efficace » ou l'*efficient breach* et la violation dite inefficace. Pour le législateur français, toutes deux constituent des inexécutions délibérées du contrat ayant pour objectif d'augmenter la rentabilité et constituent des fautes dolosives, faute de qualification spéciale. En revanche, pour une partie de la doctrine, sensible aux arguments de l'analyse économique du droit, seule la violation inefficace devrait être sanctionnée de manière dissuasive, en ce qu'elle poursuit un gain illicite, contrairement à la violation efficace qui ne doit donner lieu qu'à une indemnisation du cocontractant évincé.

Dans sa division tripartite des inexécutions intentionnelles du contrat, Monsieur Laithier différencie l'inexécution lucrative efficace de l'inexécution lucrative inefficace¹ (la troisième inexécution étant non lucrative). Dans le premier cas, le profit recherché est permis, car légitimé par la justification économique d'une « meilleure allocation des ressources ». La violation dite efficace désigne la situation dans laquelle un cocontractant perdrait de l'argent s'il exécutait le contrat. Il s'agit ici d'une violation « d'inconfort » ou par défaut, dont la seule sanction légitime consiste pour le cocontractant défaillant à réparer le(s) préjudice(s) subi(s) par le cocontractant évincé causé par l'inexécution². À l'inverse, dans le second, le profit est interdit, car dépourvu d'une telle justification économique³. L'inexécution lucrative inefficace serait donc une violation de « confort » qui serait commise chaque fois qu'un cocontractant estime, en cours d'exécution du contrat, que l'opération n'est pas assez rentable pour lui. Dépourvue de justification économique, une telle inexécution devrait être assortie d'une sanction dissuasive, telle que des « restitutions à des fins punitives » selon l'auteur⁴. La situation est donc bien différente, l'inexécution lucrative ne consiste donc pas en une violation efficace, mais inefficace, puisque ce comportement n'offre aucun avantage à la collectivité⁵. À titre d'exemple, le *surbooking* constituerait une violation efficace

1. Laithier (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004, p. 551, n° 463 : la violation lucrative efficace qui engage la responsabilité de l'auteur mais sans sanction car l'enrichissement qui s'accompagne par hypothèse d'une meilleure allocation des ressources est légitime, la violation lucrative inefficace, contrairement à la violation efficace du contrat, n'est pas justifiée par une meilleure allocation des ressources. En plus des sanctions traditionnelles, elle encourt des « restitutions à des fins punitives » visant à priver le débiteur de tout ou partie de son enrichissement parce qu'il est injuste (le troisième cas de violation intentionnelle est non lucrative et devrait encourir les sanctions traditionnelles).

2. Sur le régime légal d'indemnisation des victimes de *surbooking*, voir, *infra* n° 118.

3. Laithier (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, p. 485 et s.

4. *Ibid.*, n° 445, p. 543.

5. *Ibid.*, n° 457, p. 545 : « le débiteur s'est enrichi en violant délibérément ses obligations, mais de

puisqu'il a pour but de limiter les pertes des compagnies aériennes, ce qui leur évite de répercuter le coût de ces pertes sur le prix des billets consommateurs. Alors que constitueraient une violation inefficace¹ le fait pour un banquier, ou prestataire de service d'investissement, tenu d'une obligation d'information envers son client des risques auxquels l'investissement l'expose², de lui conseiller un produit « à risque » en raison des commissions qu'il perçoit sur ce produit. Ce pourrait également être le fait pour un salarié d'exercer une activité concurrente à celle de son employeur, pendant son congé maladie, à son compte, violant ainsi son obligation de loyauté vis-à-vis de son employeur³.

En dépit de cette distinction doctrinale entre inexécution efficace et inexécution inefficace, il conviendra de considérer que toute inexécution délibérée et lucrative du contrat constitue une faute lucrative contractuelle. Toutefois, le degré d'intention malhonnête pourra se répercuter au stade du régime, dans le choix de la sanction et notamment du coefficient multiplicateur⁴.

façon injuste car l'enrichissement s'effectue aux dépens de son cocontractant Le créancier s'est appauvri, sa situation s'est détériorée malgré l'indemnisation du préjudice. Le gain du débiteur provient donc au moins en partie de ce que le créancier est lésé par la violation. Ce résultat est inefficace, il n'offre aucun avantage à la collectivité. Au contraire c'est un comportement néfaste qui mérite d'être sanctionné en condamnant le débiteur à des « restitutions à des fins punitives ».

1. *Ibid.*, n° 439, p. 527-528 : Monsieur Laithier énumère une liste de « cas pratiques » renvoyant à la qualification de ce qu'il appelle « des violations inefficaces ou lucratives ». Il cite l'exemple d'un « agent qui publie un ouvrage au mépris de son obligation de confidentialité et perçoit des redevances illégitimes de l'éditeur ou celui d'un promoteur immobilier qui fait délibérément construire un nombre de maisons dépassant celui autorisé par la convention ou le salarié débauché de manière illicite ou qui pendant ses heures de travail se met à la disposition d'un tiers moyennant rémunération etc.

2. Fabre-Magnan (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats*, n° 494 et s., Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Les conditions de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 549, p. 628, Cass. com. 10 janvier 2012, n° 10-28800, *Resp. civ. et assurance*, 2012, comm. n° 111, cette obligation est désormais étendue à tous les clients, pas seulement les clients non avertis, Cass. com. 24 juin 2008, n° 06-21798, *Bull. civ. IV*, n° 127, cette obligation concerne tous les produits, pas seulement les investissements spéculatifs.

3. Cass. soc, 16 octobre 2013, n° 12-15.638, *Gaz. Pal.* 07 janvier 2014, n° 7, p. 34, obs. Berra (D.), « Le licenciement du salarié en raison d'une activité durant un arrêt maladie nécessite la preuve d'un préjudice causé à l'employeur ou à l'entreprise ».

4. Voir *infra*, n° 256.



CONCLUSION DU TITRE I

Ce premier titre présente deux intérêts majeurs pour la suite de notre démonstration.

D'une part, il nous a permis d'expliquer la pluralité de fautes lucratives dans notre système juridique. Parce que son élément légal est l'ordre public, la faute lucrative est une notion transverse. En outre, l'étude globale de cet ordre public a mis en lumière une coloration économique forte depuis la conversion de notre système économique à une économie de marché. Or, nous avons expliqué que l'efficacité économique étant la finalité de toute économie de marché, sa réalisation suppose que chaque acteur du marché, doué de rationalité économique, cherche à maximiser ses propres intérêts et ses profits. L'ordre public de marché a donc vocation à régir les activités économiques afin que la quête de profit de chacun demeure licite et loyale envers les autres. Si l'efficacité économique cautionne l'enrichissement personnel de chaque opérateur, elle ne cautionne pas l'enrichissement illégitime, abusif, déloyal. Par conséquent, toutes les règles d'ordre public de marché ayant vocation à réguler, encadrer cette quête de profit seront la cible de stratégies lucratives visant à dépasser le cadre pour accroître le profit.

D'autre part, après avoir démontré que l'ordre public et notamment l'ordre public de marché, était l'élément légal de la faute lucrative, nous avons déduit de la dualité du dit ordre public, une dichotomie des fautes lucratives. Cette dualité emprunte certains aspects de la dualité de l'ordre public traditionnel tout en la dépassant. En effet, l'inadéquation des arguments théoriques de la dualité de l'ordre public à la dualité de l'ordre public de marché a incité la doctrine à chercher d'autres fondements, plus malléables. C'est finalement la dichotomie procédurale de l'ordre public de marché, qui se vérifie particulièrement en droit de la concurrence, que nous retiendrons à l'appui de notre dichotomie de fautes lucratives. Selon que l'élément légal d'une faute lucrative prévoit expressément ou non une sanction publique, la confiscation du surprofit procédera d'un contentieux public ou d'un contentieux privé autonome. Il en résultera deux types d'action confiscatoire, publique ou privée et deux types de sanctions confiscatoires, publique ou privée. Dans la première catégorie de fautes lucratives, figurent les infractions pénales les infractions commerciales et certains délits commerciaux assortis d'une sanction publique administrative ou

civile. Dans la seconde catégorie sont rangées les fautes lucratives civiles extra-contractuelles et contractuelles. Enfin, ce classement des fautes lucratives nous a permis de recenser toutes celles qui illustreront nos propos. Cette distinction des fautes lucratives aura un impact notable sur le régime de la faute lucrative, puisqu'il en découlera un régime « à deux vitesses ». En revanche, elle n'exerce aucune influence sur la qualification de faute lucrative ou non. Celle-ci procède de la vérification de deux autres éléments constitutifs de la faute lucrative, un élément matériel et un élément moral.

TITRE II

L'élément matériel de la faute lucrative

88. *Les deux facettes du résultat de la faute lucrative.* Rappelons que la faute lucrative procède au préalable, d'un calcul coût-avantage d'une activité illicite rentable. Aussi, l'avantage correspond-il au surprofit, gain illicite que procure ladite activité, tandis que le coût renvoie à la sanction du dommage causé le cas échéant. Il résulte de ce calcul théorique qu'une faute lucrative s'accompagne nécessairement d'un résultat économique et d'un résultat dommageable.

Comme toute faute, la faute lucrative est composée, outre son élément légal, d'un élément matériel. Ce dernier se décompose en un comportement interdit et un résultat. Tandis que le premier est variable, le second est invariable. C'est uniquement cette seconde composante, parce qu'elle est constante dans toutes fautes lucratives, qu'il nous faudra analyser.

Ce résultat présente deux volets, un résultat économique correspondant aux profits illicites tirés de la faute et un résultat dommageable correspondant à l'atteinte consommée par la faute. Le résultat économique est probablement l'attribut le plus saillant de la faute lucrative. Il renvoie à l'« avantage » escompté dans le calcul coût-avantage. Et devant la diversité comportementale de la faute lucrative, c'est ce « résultat » qui a permis son identification et qui garantit l'unité d'une telle notion. En effet, le résultat économique profitable permit à certains auteurs de déceler la nocivité pour le marché du phénomène de faute lucrative¹ (Chapitre I). Néanmoins, la prise en compte d'un résultat dommageable causé par la faute lucrative, plus tardive permit d'en dévoiler le caractère intolérable² et déclencha une vive réaction sociale de lutte contre les fautes lucratives³. C'est

1. Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.), *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd. 1996, n° 1335, Mesa (R.), *Les fautes lucratives en droit privé*, thèse, 2006, Fasquelle (D.), « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA* 2002, p. 27.

2. Sichler (L.), *La gravité de la faute civile*, Thèse, Paris, 2011, n° 551, p. 740, à propos de la faute lucrative, l'auteur souligne que dommage causé par une telle faute en fait « phénomène à la fois de moralement intolérable et socialement nuisible ».

3. *Aff. Erika* 2008, *Aff. Viande Chevaline* 2013, *Aff. Mediator* en cours, *Aff. Poly Implant Protheses* 2012.

parce que la faute lucrative est une faute dommageable en ce qu'elle cause un dommage subjectif et le cas échéant un dommage objectif, qu'elle est répréhensible. Aussi le résultat dommageable n'est autre que le « coût » anticipé de la faute lucrative dans le calcul coût-avantage. Il nous faudra préciser que ce résultat dommageable, est *a maxima* un dommage réalisé et *a minima* un risque de dommage. En d'autres termes, le risque de dommage suffit à caractériser une faute lucrative (Chapitre II).

89. **La double approche de l'élément matériel.** Comme nous l'avions annoncé à titre introductif, notre étude adopte deux angles d'analyse. Le premier correspond à celui d'une analyse juridique classique selon laquelle il conviendra de définir en Droit les deux composantes de l'élément matériel d'une faute lucrative. Le second correspond à celui d'une analyse économique de l'élément matériel qui a vocation à comprendre et à expliquer les causes de son existence, soit les zones d'inefficacité du Droit. Parce que ces dernières nourrissent l'espoir d'un gain illicite persistant malgré le prononcé d'une sanction, il est indispensable de les identifier au préalable.

CHAPITRE I

Le résultat économique

90. **Présentation et exemples de profit tiré d'une faute lucrative.** Il ressort d'une étude casuistique des fautes lucratives que l'enrichissement illégitime de l'auteur d'une faute lucrative procède de deux stratégies différentes, cumulatives ou non. Soit, l'agent économique cherche à diminuer son passif de manière illégitime, son gain est alors négatif puisqu'il résulte d'une « économie de dépenses ». Soit, l'agent cherche à augmenter son actif de manière illégitime, son gain est alors positif. Par conséquent, le résultat économique d'une faute peut consister soit en une économie de dépense ou « gain négatif », soit en un « gain positif »¹.

Le profit positif ne présente pas de difficulté particulière. Il n'est autre que le gain généré par la faute. Il est généralement calculé à partir du chiffre d'affaires réalisé par l'auteur de l'activité illicite² ou du volume des ventes du produit litigieux multiplié par le prix à l'unité (produit contrefaisant, journal contenant un article ou image non respectueux des droits de la personnalité, etc.). À l'inverse, l'identification du gain négatif est parfois plus subtile. Le gain négatif renvoie à une économie de dépense, qui peut être définie comme un « gain, assimilé à un bénéfice, résultant d'une moindre dépense »³. Il peut résulter, tout d'abord, de redevances non payées, le non-paiement de *royalties* au titulaire du droit de propriété intellectuelle est indiscutablement la première et principale économie de dépense réalisée par le contrefacteur. En outre, depuis la loi du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, il est désormais admis que les « économies d'investissement » participent de « l'avantage indûment perçu du fait de la contrefaçon par le contrefacteur »⁴. Selon Monsieur Ouaniche, cette économie d'investissement comprend les dépenses effectuées par le titulaire du droit de propriété « en terme de recherche et développements, de procédé de fabrication, publicité, etc. ». En d'autres termes, il faut entendre cette notion comme « les sommes que le contrefacteur n'a pas dépensées pour dégager des bénéfices grâce à la contrefaçon »⁵ pour reprendre l'expression de Monsieur

1. Sur la preuve du résultat économique, Voir *infra*, n° 392 et s.

2. Voir *infra* n° 395.

3. Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, V° « Économie ».

4. Ouaniche (M.), « Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon », *JCPE*, 2014, n° 15, p. 1194.

5. Latil (A.), « Les économies d'investissements du contrefacteur », *Communication et commerce électronique* n° 3, mars 2015, étude 6, spéc. n° 6, « Les “économies d'investissements” constituent donc

Latil. Des économies d'investissement peuvent également constituer une partie du profit illicite ou surprofit, retiré d'un acte de parasitisme¹. La notion de parasitisme suppose un comportement « économe » consistant à profiter de la notoriété d'autrui « sans rien dépenser de ses efforts et de son savoir-faire »². Ainsi, l'existence d'un parasitisme suppose la réunion de deux éléments : des investissements d'une part, dont on aura indûment profité d'autre part³. Il s'agit donc bien d'une économie de dépense recherchée par l'auteur d'un acte de parasitisme. Enfin, le gain négatif peut provenir de l'omission volontaire et calculée de contrôle, d'audit, réparations imputables au responsable. Dans l'*affaire Erika*, la minimisation des contrôles et des réparations par l'armateur et le gérant technique, ainsi que l'absence de procédure de *vetting* de l'affréteur ont été mises en évidence par les juges du fond. On regrette toutefois que ces économies de dépense n'aient pas été évaluées quantitativement⁴.

91. **Définition juridique du résultat économique, gain, profit, bénéfice.**

Différents termes de la langue française permettent de désigner le résultat économique d'une faute lucrative. Est un « avantage d'ordre matériel, intellectuel ou moral qu'une personne ou une collectivité peut tirer de quelque chose »⁵. Au sens comptable, le profit désigne un avantage résiduel égal à la différence entre les produits et les charges d'une entreprise, soit « ce qui reste des recettes tous frais déduits »⁶, les frais désignant les coûts de production et de distribution des biens et des services, coûts d'investissement, etc. En d'autres termes, le profit désigne alors le « bénéfice » d'une entreprise. Le « gain » est un terme moins précis, qui embrasse « tout avantage matériel ou non »⁷. Au stade de la qualification de faute lucrative, c'est le profit au sens commun que nous retiendrons, qui plus est matériel, c'est-à-dire qui puisse être quantifié par un agent économique rationnel et mis en balance avec le coût de l'activité illicite.

On en déduit tout d'abord que l'apport conceptuel du droit à la définition de la notion de profit sera faible, car il nous apparaît que le profit est davantage une notion comptable qu'une notion juridique. Toutefois, pour qu'une telle notion produise des effets juridiques, il nous faudra la qualifier en droit, ce qui reviendra à en définir les caractéristiques juridiques. Les développements à venir sur le résultat économique nous permettront de mettre en exergue certaines d'entre elles, le profit doit être quantifiable, illicite et effectif^{f7 bis}. Certains déve-

une partie des bénéfices réalisés sans investissement, c'est-à-dire sans bourse délier. Plus précisément, les économies d'investissements sont les sommes que le contrefacteur n'a pas dépensées pour dégager des bénéfices grâce à la contrefaçon. En tant que dépenses évitées, les économies d'investissements représentent bien un bénéfice (une économie négative) pour le contrefacteur ».

1. Sur la distinction entre les économies d'investissements d'un acte de contrefaçon et d'un acte de parasitisme, Latil (A.), *op. cit.*, spéc. n° 21, « la contrefaçon protège l'atteinte au bien incorporel en imposant la restitution des bénéfices illicites, tandis que la concurrence déloyale protège une activité en réparant le préjudice causé à l'investissement ».

2. Cass. com., 26 janvier 1999, n° 96-22.457, D. 2000, 87, note Y. Serra.

3. Sur les éléments constitutifs du parasitisme, voir : Ballot-Léna (A.), Decocq (G.), « Droit de la concurrence déloyale », *JCPE* 2017/29, 1418, spéc. n° 5 et s.

4. TGI Paris, 11^e ch. corr, 16 janv. 2008, CA Paris, 11^e ch. corr, 30 mars 2010, n° 08/02278, D. 2010.2238 note L. Neyret, RCS 2013.363, note J.-H. Robert.

5. Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales, V° « Profit », en ligne.

6. *Ibid.*

7. CNRTL, V° « Gain », en ligne.

loppements ultérieurs en attesteront, notamment ceux ayant trait à la preuve de la faute lucrative. Les caractères quantifiable et effectif faciliteront la preuve du résultat économique¹. Le caractère effectif du profit permettra par ailleurs d'utiliser cette composante de la faute lucrative comme assiette de la sanction monétaire², ce qui en garantit la conformité au principe de proportionnalité. Le caractère illicite quant à lui, se vérifiera à l'aune du lien causal existant entre la faute et le profit, qui sera abordé à l'occasion de la preuve de la faute lucrative³. Enfin, il apparaîtra que le profit doit être personnel, condition de l'imputabilité de la sanction confiscatoire. Il en résulte que le résultat économique n'est pas nécessairement direct, il peut être également indirect dès lors qu'il a permis à une tierce personne de s'enrichir de manière illégitime⁴.

Pour l'heure, nous nous intéresserons principalement aux raisons d'être de ce profit illicite. Pourquoi et comment le profit issu d'une violation de l'ordre public peut-il demeurer entre les mains de l'auteur ? Cette question est une première étape essentielle, qui plus est encouragée par l'analyse économique du droit, avant la seconde qui consiste à réfléchir aux modalités de confiscation du profit⁵.

92. Réaction insuffisante du droit face au résultat économique d'une faute. La première composante de l'élément matériel d'une faute lucrative consiste en un profit retiré d'une faute, donc illicite, qui demeure entre les mains du délinquant. Il correspond à l'« avantage » escompté dans le calcul coût-avantage et à l'« avantage » réalisé au terme de l'activité rentable et illicite.

Cette composante de la faute lucrative est indubitablement révélatrice d'une « faille » du droit. Si la faute lucrative est possible, si un délinquant économique peut espérer s'enrichir d'une activité illicite, c'est parce que le droit ne saisit pas efficacement ou de manière non dissuasive, ledit profit illicite. Or, il résulte de l'élément légal d'une faute lucrative, que celle-ci puisse s'incarner en divers délits ou infractions. Par conséquent, cette faille du droit n'est pas isolée, mais au contraire transcende les matières juridiques.

Nos propos auront donc pour objet d'identifier ces failles du droit, dans lesquelles se niche la faute lucrative. Aussi est-ce à travers le prisme de l'analyse économique du droit qu'il conviendra d'examiner le résultat économique d'une faute lucrative, afin d'en identifier les zones d'inefficacité. Ces failles procèdent d'une indifférence du droit au résultat économique éventuellement généré par une faute. Et quand bien même certaines disciplines saisiraient le profit illicite d'une faute, elles ne suffisent pas à empêcher les calculs coût-avantage.

Après avoir examiné les failles juridiques en droit répressif (Section I), nous nous intéresserons à celles du droit civil (Section II).

7 bis. En effet, c'est le profit effectif, soit le profit subsistant et non pas le profit escompté au terme du calcul coût-avantage qui est visé au stade de la qualification.

1. Voir *infra*, n° 393 et s.

2. Voir *infra*, n° 230 et s.

3. Voir *infra*, n° 422 et s.

4. Voir *infra*, n° 209 *in fine*.

5. Voir *infra*, n° 221 et s.

SECTION I : RÉACTION INÉGALE DU DROIT RÉPRESSIF FACE AU RÉSULTAT ÉCONOMIQUE D'UNE FAUTE

93. *Prise en compte hétérogène du résultat économique par le droit répressif.* Les failles du droit répressif sont disparates.

En droit pénal, ces failles se rencontrent aussi bien au stade de la qualification de l'infraction qu'au stade de la répression. Parce que le droit pénal est indifférent au résultat économique au stade de la qualification d'une infraction, les peines principales y sont également indifférentes. Le système d'amende à plafond fixe est particulièrement révélateur de cette indifférence et constitue indubitablement une cause d'expansion des infractions lucratives dans la mesure où il facilite les spéculations sur le coût d'une infraction pénale rentable. Et quand bien même le législateur manifesterait un intérêt à l'égard du profit tiré de l'infraction en matière d'infractions contre les biens¹, cet intérêt est non seulement marginal, mais bien souvent très insuffisant. Et si la peine de confiscation permet de remédier ponctuellement à cette faille, elle ne permet pas d'enrayer un espoir de gain illicite (A).

À l'inverse, le droit économique a été élaboré à la lumière de la psychologie des agents du marché, la « rationalité économique »². Aussi, ce droit érige-t-il une frontière entre la recherche de profits légitimes et la recherche de profits illégitimes pour mieux saisir ces derniers. Les premiers procèdent d'un comportement conforme à la loi économique, les seconds procèdent d'un abus de comportement. Si le résultat économique ne constitue pas non plus un élément de qualification des violations du droit économique, il s'érige progressivement en critère de calcul des sanctions pécuniaires, non seulement en droit des pratiques anticoncurrentielles, mais également en droit des pratiques restrictives de concurrence. Cependant, ce critère est encore fragilisé par une pratique frivole des juges civils et commerciaux et par une pratique aléatoire des membres du collège de l'autorité de la concurrence (B).

A. L'indifférence de principe du droit pénal au résultat économique d'une infraction

94. *Prise de conscience tardive de l'infraction lucrative en droit pénal.* Comme le fait remarquer Monsieur Ducouloux-Favard, « les amendes proportionnelles au profit sont rares en droit pénal des affaires »³. Bien que le droit pénal fut édifié dans un contexte économique libéral et favorable au commerce, rares sont les dispositions qui anticipèrent le cas d'un profit généré par la violation de la loi. Ce qui explique une indifférence de principe, sauf exception, du droit pénal aux profits d'une infraction. Ainsi la répression d'une infraction contre la personne humaine laisse impunis les profits amassés par une activité économique néfaste pour l'intégrité physique ou son environnement⁴.

1. Dassa (D.), « Cui bono ? À qui profite le crime », *Gaz. Pal.* 2014, n° 133, p. 5.

2. Voir *supra*, n° 45, *infra*, n° 225.

3. Ducouloux-Favard (C.), « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *LPA* 16 mars 2004, n° 54, p. 3.

4. *Ibid.*, l'auteur relève que la référence au profit jaillit de certaines incriminations dans le domaine

Les peines principales des infractions pénales consistent généralement en une peine d'emprisonnement et une peine d'amende. Or, en droit pénal général, les *quanta* de ces peines dépendent de la gravité du résultat légal, soit de la gravité du trouble à l'ordre social. Ce qui exclut la prise en compte d'un éventuel résultat économique (ou surprofit) d'une infraction. Le système d'amende à plafond fixe est particulièrement révélateur de cette indifférence, dans la mesure où il ne permet pas de déjouer, voire nourrit, les spéculations sur le coût d'une activité illicite rentable. Aussi, les peines d'amende sont-elles fixées généralement dans le respect d'un plafond légal, indépendamment des profits illicites (1).

Toutefois, cette indifférence n'est pas absolue. D'une part, en matière d'infractions contre les biens, le droit pénal manifeste ponctuellement un intérêt à l'égard du profit tiré de l'infraction¹. Cet intérêt s'exprime d'une part à travers des amendes proportionnelles au profit illicite, mais applicables dans des cas strictement limités par la loi et plus généralement à travers la peine complémentaire de confiscation. Pour éviter que le crime ne profite à son auteur, la peine complémentaire de confiscation a vu son rôle se déployer en droit pénal des affaires². Le législateur a adapté cet outil juridique pour confisquer les profits générés par les activités illicites, notamment dans les lois du 5 mars 2007³ élargissant la peine de confiscation et celle du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale⁴. Nécessaire, mais non suffisante, la peine de confiscation ne permet pas de déjouer le calcul coût-avantage des délinquants économiques, car la spéculation sur la probabilité de sanction demeure encore possible (2).

1. *Indifférence du profit illicite au stade de la qualification d'une infraction pénale*

95. **Le « résultat » en droit pénal général, une notion indifférente aux fruits de l'infraction.** En droit pénal général, le « résultat » est une composante de l'élément matériel de certaines infractions. Les « infractions matérielles » requièrent en effet l'obtention d'un certain « résultat » pour être consommées.

Le « résultat » revêt alors un sens bien précis. Traditionnellement désigné comme « le mal du délit »⁵, le résultat renvoie au trouble causé à l'ordre public par l'auteur du délit. Cette appréhension du résultat est l'héritage de la pensée utilitariste du droit pénal, selon laquelle le dommage social est une nécessité

de la protection des personnes (prostitution d'autrui, C. pén, Art. 225-5, exploitation de la mendicité d'autrui C. pén, Art. 225-12-5 etc.).

1. Dassa (D.), « *Cui bono ? À qui profite le crime* », *op. cit.*

2. Mihman (A.), « La confiscation des profits illicites », *in* « Le profit tiré de l'infraction », *Gaz. Pal.* 11 mai 2014, n° 131-133.

3. Art. 66 de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, loi de transposition de la décision-cadre n° 2005/212/JAI du 24 févr. 2005 du Conseil de l'Union européenne relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime.

4. Loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale, dite *loi Warsmann*.

5. Rossi (P.), *Traité de droit pénal*, Paris, 3^e éd. 1863 par F. Hele, T. A, p. 248 et s. cité *in* Maréchal (J.-Y.), *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, Coll. Logiques Juridiques, 2003, n° 13.

pour que la peine fût bien fondée. Ainsi, selon Cesare Beccaria, « la véritable mesure des délits, c'est le dommage causé à la société »¹. Cette définition du résultat en droit pénal sera par la suite affinée par Monsieur Decocq. Parmi les différentes acceptions du résultat qu'il dégage, l'auteur considère que la théorie générale ne doit retenir que « le résultat juridique », soit l'atteinte effective à une valeur socialement protégée².

Dans sa thèse intitulée *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, Monsieur Maréchal propose une définition revisitée du « résultat » à partir de laquelle il construit une théorie générale du résultat. Associant deux définitions, l'une « ontologique » et l'autre « technique », il propose d'envisager le résultat comme « [un] élément constitutif de l'infraction, prévu le cas échéant, par le texte d'incrimination, [qui] consiste en une atteinte, concrète ou abstraite à un intérêt pénalement protégé [et] qui constitue l'effet ou la conséquence des actes d'exécution de l'infraction »³.

De ces enseignements, nous pouvons en déduire d'une part que seule une « atteinte à un intérêt socialement et pénalement protégé » peut déclencher une répression pénale⁴. Et de ce fait, seul un résultat de cette nature peut constituer un « résultat juridique ou légal », soit un résultat incriminé par le droit pénal, d'autre part. *A contrario*, le résultat économique d'une infraction constituée par des profits illicites n'est pas un résultat prohibé par le droit pénal général. Inexorablement, cette acception du résultat génère la subsistance d'un profit illégal.

96. *Conséquence, amende plafonnée et existence d'un profit subsistant.*

Cette approche exclusivement « négative » du résultat a pour effet de déterminer les peines principales exclusivement au regard de la gravité du trouble à l'ordre social. Ceci explique que la classification tripartite des infractions et de leurs peines repose sur la gravité de l'infraction⁵. La qualification et la répression des infractions s'effectuent donc indépendamment du « résultat positif » ou du « produit » de l'infraction. Ce qui a pour effet d'éviter le résultat économique aussi bien au stade de l'établissement d'une infraction que de celui de la répression. Cette indifférence au résultat économique d'une infraction génère l'existence d'un « profit subsistant » identifié et vivement dénoncé par certains auteurs⁶. Cet écueil se manifeste chaque fois qu'une infraction est économiquement fructueuse^{6 bis}. C'est en matière d'infractions contre les biens, que ce principe d'amende plafonnée est le plus inefficace et mérite d'être actualisé.

1. Beccaria (C.), *Des délits et des peines*, chapitre XXIV, cité in Maréchal (J.-Y.), *op. cit.*, n° 1.

2. Decocq (A.), *Droit pénal général*, A. Colin, coll. U, 1971, p. 171, André Decocq a dégagé différentes acceptions du résultat. Selon lui, il faudrait distinguer le résultat « sociologique » qui est le préjudice social redouté ou l'atteinte à une valeur sociale protégée du résultat « juridique » de l'infraction qui est réputé consommé l'infraction au regard du texte d'incrimination (dans l'homicide volontaire, la mort d'un être humain art. 221-1 du C.P.).

3. Maréchal (J.-Y.), *op. cit.*, n° 371.

4. En dehors de l'hypothèse d'une infraction tentée.

5. Classification des infractions : Art. 111-1 C.P. « Les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions ». Classification des peines : Art. 131-1 et 2 C.P. pour les peines criminelles, Art. 131-3 à 9 C.P. pour les peines correctionnelles et Art. 131-12 à 18 C.P. pour les peines contraventionnelles.

6. Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.), *Obligations*, 1. *Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd. 1996, n° 1336, Mesa (R.), « Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », *JCPE*, 21 mai 2012, n° 20, p. 625, « une faute caractérisée par son résultat profitable ».

Ces développements mettent en exergue les limites de la définition pénaliste du résultat. Parce qu'elle traduit une vision exclusivement philosophique¹, cette définition délaisse une réalité. En figeant la sanction sur la valeur sociale attendue, déconsidérant ainsi le produit tiré de l'infraction, le droit pénal sous-évalue la nocivité d'une infraction économique et encourage son expansion.

Cette insuffisance du Droit a été décriée à l'occasion de certaines actualités, visant tout particulièrement certaines infractions.

97. **Exemples d'infractions générant un profit subsistant.** L'écueil du profit subsistant se vérifie avec différentes incriminations parmi lesquelles figurent les délits de tromperie, d'escroquerie et de contrefaçon.

Conformément à l'article L. 213-1 du Code de la consommation, l'auteur d'une tromperie simple est passible d'une peine d'emprisonnement correctionnelle de deux ans au plus et d'une peine d'amende plafonnée à 37 500 €. On s'étonnera de l'unité du dit plafond dans la mesure où l'infraction de tromperie peut reposer sur une infinité de contrats onéreux, et de prix variables. Par conséquent, la peine d'amende est indifférente au coût de transaction subi par le cocontractant trompé. En outre, ce *quantum* est fixé pour une infraction de tromperie, ne faisant qu'une victime. Il ne peut varier en fonction du nombre de victimes trompées par un même contrat. En d'autres termes, qu'un agent économique conclue un contrat ou une multitude de contrats mensongers d'un même type, il encourt la même peine.

La même observation peut être faite pour le délit d'escroquerie qui est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende maximale de 375 000 € et ce, quel que soit le produit de l'escroquerie même s'il dépasse le montant de l'amende. De la même manière, l'article L. 615-14 du Code de propriété intellectuelle punit de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende le délit pénal de contrefaçon de brevet, et ce indépendamment des gains tirés de l'activité de contrefaçon. Ces derniers sont néanmoins pris en compte dans le calcul de l'indemnité civile du délit de contrefaçon de brevet, conformément à l'article L. 615-7 du Code de propriété intellectuelle², nous y reviendrons³.

6 bis. Pour une illustration récente d'une infraction lucrative, Ballot (T.), « Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale », RSC 2013, p. 321, l'auteur cite l'exemple d'un jugement rendu par le tribunal correctionnel de Paris le 5 septembre 2012, en matière de corruption et pointe l'insuffisance de l'amende prononcée à hauteur de 500 000 euros. En l'espèce, le groupe Safran (au moment des faits Sagem) avait versé des commissions illicites et autres avantages d'un montant de plus de 380 000 € à des agents publics nigériens en marge de l'obtention d'un contrat de 171 millions d'euros pour la fourniture de cartes d'identité au Nigéria. L'auteur préconise dans une sanction proportionnelle aux profits illicites.

1. Le résultat juridique, constituant une violation d'une valeur sociale protégée, il rompt le pacte social et appelle de ce fait une sanction.

2. Art. L. 615-7 C.P.I. « Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, *les bénéfices réalisés par le contrefacteur* et le préjudice moral causé au titulaire des droits du fait de l'atteinte. Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte ».

3. Voir *infra*, n° 121.

Cette indifférence du droit pénal à l'égard du profit retiré d'une infraction de tromperie, d'escroquerie ou de contrefaçon affaiblit, si ce n'est anéantit, la fonction dissuasive de la sanction pénale et favorise inéluctablement la prolifération des dites infractions. L'actualité en atteste.

Il existe néanmoins des cas, isolés, dans lesquels le législateur cible précisément le profit illicite au stade de la répression, dans le but d'ôter à certaines infractions, tout caractère lucratif.

2. *Prise en compte insuffisante du profit illicite au stade de la répression*

98. ***La moitié de la valeur des biens délictueux, montant de base insuffisant des amendes des infractions de conséquence.*** L'indifférence de principe du droit pénal général au profit de l'infraction trouve des exceptions ponctuelles. En effet, certaines incriminations de droit des affaires, telles que le délit de recel et de blanchiment, adaptent le *quantum* de l'amende au résultat profitable. Parce qu'elles visent à réprimer ceux qui tirent profit, *a posteriori*, de la réalisation d'une infraction, elles sont communément appelées « infractions de conséquence ». Ici, le résultat profitable d'une infraction préalable est donc précisément l'objet de la répression de l'infraction de conséquence. Ce qui explique qu'il soit pris en compte au stade de la répression.

Incriminé à l'article 321-1 du Code pénal, le délit de recel simple est puni d'une peine d'amende de 375 000 €. En outre, l'article 321-3 dudit code prévoit la possibilité pour le juge de prononcer une peine d'amende s'élevant au-delà de ce *quantum*, « jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés ». À l'instar du délit de recel, le délit de blanchiment est puni d'une amende de 375 000 €, pouvant aller « jusqu'à la moitié de la valeur des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment », conformément à l'article 324-3 du Code pénal. La prise en compte de la valeur des biens, objet de l'infraction, permet ainsi de dépasser le plafond fixe. Cette disposition renforce nettement l'effet dissuasif de la peine dans les cas où la valeur des biens délictueux dépasse le montant du maximum légal.

Parallèlement à ce premier aménagement de la sanction pénale, il conviendra de citer celui tout aussi pertinent du droit pénal des marchés financiers.

99. ***Le champ d'application restreint des amendes proportionnelles, le cas des abus de marché.*** Un autre mode de fixation du montant de l'amende est prévu en matière d'infractions financières. Prenons l'exemple du délit d'initié incriminé à l'article L. 465-1 du Code des marchés financiers et de l'opération d'initié visée à l'article L. 621-15, II c) du code précité. Depuis la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016, les peines prononcées par le juge pénal et l'AMF ont été alignées¹. Examinons l'amende pénale encourue au titre du délit d'initié. Cette infraction financière, appelée « abus de marché », est incriminée et définie à l'article L. 465-1 du Code des marchés financiers².

1. Dezeuze (E.), « La refonte de la répression des abus de marché », *JCPG* 2016.846.

2. Bonneau (T.), Drummond (F.), *Droit des marchés financiers*, Economica, 3^e éd. 2010, n° 477.

À titre de sanctions pénales, l'auteur, personne physique, d'un délit d'initié et quelque soit sa qualité d'initié¹, encourt une peine d'« amende de 100 millions euros² dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple de « l'avantage retiré »³, sans que l'amende puisse être inférieure à cet avantage. Le coefficient multiplicateur, « le décuple » appliqué au profit – base de l'amende – a indubitablement pour effet de renforcer le caractère exemplaire de la sanction et son effet dissuasif. Enfin, le fait de préciser que l'amende ne peut être inférieure au profit, fait de ce dernier, un seuil légal. Ce qui a pour principal but d'éradiquer tout profit subsistant de l'infraction et ce faisant rend à l'amende toute son efficacité.

Ainsi, dans le cas de l'abus de marché, l'« avantage retiré » servant de montant de base au calcul de l'amende, c'est bien le profit illicite qui est sanctionné à travers l'amende. Ce faisant, il ne peut en théorie demeurer un profit subsistant. Une telle incrimination ôte à l'infraction de délit d'initié un éventuel caractère de « faute lucrative ».

En dehors de ces exceptions, et pour remédier aux lacunes des peines principales à plafond fixe, le législateur a renforcé le recours à la peine complémentaire de confiscation.

100. **Le caractère non dissuasif de la peine de confiscation.** L'essor récent de la peine de confiscation témoigne d'une prise de conscience tardive du résultat économique d'une infraction. Définie à l'article 131-21 du Code pénal, la confiscation « spéciale », portant sur un ou plusieurs biens, est l'une des peines complémentaires les plus fréquemment encourues. En effet, depuis la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance⁴, elle est désormais encourue de plein droit en matière de crimes et de délits punis de plus d'un an d'emprisonnement, soit la majorité des « infractions lucratives » souligne Monsieur Gasbouï⁵.

En outre, certaines modalités de la confiscation dite « spéciale » permettent de saisir précisément le profit illicite d'une infraction. Le régime de la confiscation est assez malléable, dans la mesure où son objet et ses modalités d'exécution s'adaptent à l'infraction. Parmi ces modalités, nous retiendrons deux modalités pertinentes en cas de résultat économique d'une infraction, le profit

1. Le texte ancien distinguait la peine selon la qualité d'initié. On distinguait les initiés primaires aussi appelés initiés internes (article L. 465-1 ancien C.M.F, président, directeurs généraux, membres du directoire...), des initiés secondaires (visés à l'article L. 465-1 al. 2 ancien du C.M.F, toute personne disposant dans l'exercice de sa profession une information privilégiée) et des initiés tertiaires (personnes visées à l'article L. 465-1 al. 3 ancien du code précité).

2. Et une peine d'emprisonnement de 5 ans : ces peines ont été aggravées par la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché, venant transposer la directive 2014/57/UE du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché. Sur le cumul des sanctions répressives en matière d'abus de marché : Voir *infra*, n° 324 et s.

3. L'expression « avantage retiré » remplace l'ancienne expression « profit réalisé » : toutes deux faisant référence au profit illicite retiré par l'auteur de l'infraction.

4. Loi de mise en conformité avec la décision-cadre n° 2005/212/JAI du 24 février 2005 du Conseil de l'Union européenne relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime.

5. Gasbouï (J.), « La confiscation des profits illicites », *Rev. Rech. juridique* 2013 n° 4, p. 1571, spéc. n° 9.

comme assiette de la confiscation et la confiscation en valeur comme modalité d'exécution¹.

Toutefois, si cette sanction présente un intérêt certain en matière d'infraction lucrative, elle ne permet pas toujours de déjouer le calcul coût-avantage. Lorsqu'elle est prononcée à titre de peine alternative^{2, 3}, en substitution à la peine d'amende, le délinquant économique se voit seulement retirer le profit illicite, il n'est pas appauvri. Si elle est prononcée à titre de peine complémentaire⁴, en plus d'une amende, le délinquant est seulement appauvri par l'amende. Or, si le montant de l'amende est inférieur au gain illicite espéré, le prononcé des deux sanctions ne permettra pas non plus de déjouer le calcul. Il en résulte que la sanction de confiscation, en droit pénal, est rarement dissuasive.

Synthèse A. Nous avons identifié deux failles du droit pénal qui favorisent l'essor des infractions lucratives, l'indifférence du résultat économique au stade de la qualification et le système d'amendes plafonnées. Ce n'est qu'exceptionnellement que le résultat économique est pris en compte, mais ces modalités sont limitées par le principe de légalité des délits et des peines. L'universalité de l'élément légal d'une faute lucrative requiert au contraire une disposition générale, chaque fois qu'une infraction est lucrative.

Aussi pour pallier les lacunes du droit pénal général, les récentes initiatives du législateur prennent-elles le soin de saisir le profit illicite d'une infraction, au titre de l'assiette d'une amende ou d'une mesure de confiscation. Ces modalités confiscatoires sont néanmoins bornées par le principe de légalité des délits et des peines. Si le déploiement de la peine complémentaire de confiscation témoigne d'une prise de conscience du phénomène de faute lucrative, une telle mesure ne suffit pas à déjouer le calcul coût-avantage. Nous verrons plus tard dans nos développements que la confiscation n'est pas dissuasive, lorsque la probabilité de la sanction est faible, ce qui est le cas d'une sanction publique contrairement à une sanction privée⁵.

B. Mérites et insuffisances du droit de la concurrence face au résultat économique

101. **Le surprofit en droit de la concurrence.** En droit de la concurrence, le surprofit est l'un des effets d'une pratique anticoncurrentielle^{5 bis} ou restrictive

1. Art. 131-21 alinéa 3 C.P. et Art. 131-21 C.P. Sur l'aspect dissuasive de cette peine, voir : Camous (E.), « La confiscation en valeur. Une peine en devenir », *Revue de droit pénal* 2017/7-8, n°5, p. 10-13, spéc. n°18.

2. Desportes (F.), Le Guehec (F.), *op. cit.*, n° 756, p. 720 : « la peine alternative est une peine qui, prévue dans une disposition de portée générale, peut toujours être prononcée par le juge à titre principal pour remplacer l'une des peine principales légalement encourues ».

3. La confiscation est une peine alternative pour les délits et les contraventions de 5^e classe, Art. 131-6, 10^e et 131-14, 6^e C.P.

4. Desportes (F.), Le Guehec (F.), *op. cit.*, n° 756, p. 721 : Sur la définition de peine complémentaire, « les peines complémentaires sont des peines spécialement prévues pour chaque infraction et destinées, comme leur nom l'indique, à compléter les peines principales ». Elles sont donc prononcées cumulativement avec les peines principales.

5. Voir *infra*, n° 234, la probabilité de sanction publique étant faible, le *quantum* de la sanction pécuniaire doit être supérieur au *quantum* du profit illicite.

de concurrence, qui plus est généralement recherché par leurs auteurs. L'objectif d'efficacité d'un opérateur sur le marché se traduit parfois par la commission de pratiques illicites pour optimiser la rentabilité d'une activité licite.

Le surprofit d'une pratique anticoncurrentielle correspond au « surcoût »¹ payé par les clients des entreprises, auteurs de pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit donc d'un transfert de revenus qui s'effectue au détriment des clients des entreprises fautives. Ces clients devant s'entendre des acheteurs directs et indirects de celle-ci. Notons que ce « gain mal acquis » pour les entreprises fautives correspond aussi à une partie du dommage patrimonial des consommateurs, clients finaux qui n'auront pas pu répercuter le surcoût². Enfin, le gain illicite par année se calcule généralement à l'aune de la hausse du prix multipliée par les ventes concernées par ladite hausse.

102. *La prise en compte indirecte du surprofit au stade de la qualification.*

Bien que le surprofit ne constitue pas un élément de qualification d'une violation du droit de la concurrence, il est une conséquence de l'affectation du marché, raison d'être de cette législation économique. L'affectation du marché est en effet un élément de qualification d'une pratique anticoncurrentielle³ ou un élément présumé de caractérisation d'une pratique restrictive de concurrence⁴. Or, parce que le surprofit constitue un indu dans la concurrence, au bénéfice de l'agent économique malhonnête par rapport aux autres opérateurs du marché, il perturbe le marché et compromet l'efficacité de marché.

S'il n'est pas une condition autonome de qualification d'une violation du droit de la concurrence, le surprofit n'en est pas moins un critère « présumé » ou « indirect » de qualification, pris en compte soit à travers la condition d'affectation du marché des pratiques anticoncurrentielles soit à travers la qualification « *per se* » des pratiques restrictives de concurrence. Il en résulte que le résultat économique d'un délit économique serait appréhendé au stade de la répression. En effet, la sanction pécuniaire du droit des pratiques anticoncurrentielles poursuit une finalité confiscatoire et dissuasive, aujourd'hui assumée par les autorités de concurrence. Cependant, l'effet confiscatoire escompté n'est pas toujours atteint, les modalités de calcul de l'amende attestant d'une prise en compte indirecte du surprofit ou celles attestant d'une prise en compte directe, mais facultative semblent ne pas suffire (1). À l'inverse, les amendes administrative et civile du droit des pratiques restrictives de concurrence, en dépit de leur finalité dissuasive, n'atteignent pas encore l'effet escompté, soit en raison de leur caractère plafonné soit en raison de l'ineffectivité du plafond proportionnel (2).

5 bis. Folz (J.-M.), *Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, *op. cit.*, p. 9 et s., le « transfert de revenu » est l'un des trois effets d'une pratique anticoncurrentielle.

1. *Ibid.*, p. 10-11.

2. Ce qui explique que le surprofit peut également être confisqué *via* la réparation des préjudices économiques des victimes de pratiques anticoncurrentielles, voir *infra* n° 119.

3. Voir *infra*, n° 131.

4. Voir *infra*, n° 131.

1. *La prise en compte aléatoire du surprofit dans le calcul de la sanction pécuniaire du droit des pratiques anticoncurrentielles*

103. *Le surprofit n'est pas un critère obligatoire de calcul de la sanction pécuniaire.* Le résultat économique d'une pratique anticoncurrentielle n'est pas expressément visé par les dispositions régissant le calcul de la sanction pécuniaire du droit de la concurrence. C'est ce qui ressort des lignes directrices de la Commission européenne du 1^{er} septembre 2006¹ et du communiqué de sanction de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires².

Les lignes directrices européennes de 2006 prévoient néanmoins, la possibilité de considérer les « gains illicites réalisés grâce à l'infraction » à titre d'ajustement du montant de base, dans une hypothèse particulière. Cette majoration est prévue « afin de dépasser le montant des gains illicites lorsqu'une telle estimation est possible »³, c'est donc dans un but de dissuasion que la Commission pourra porter une attention particulière aux gains illicites. Aussi la prise en compte des gains illicites justifie-t-elle une « augmentation spécifique en vue du caractère dissuasif de l'amende », stipulent les lignes directrices. Cette disposition existait déjà dans les lignes directrices du 14 janvier 1998⁴. En effet, « la majoration de la sanction afin de dépasser le montant des gains illicites réalisés grâce à l'infraction lorsqu'une telle estimation est objectivement possible » constituait une circonstance aggravante. « Possible » la référence au surprofit n'est donc pas un critère obligatoire.

Si le communiqué de sanction de l'Autorité française de la concurrence ne transpose pas cette disposition, les gains illicites peuvent néanmoins être pris en compte par le biais du « dommage à l'économie »⁵. Le dommage à l'économie correspond aux conséquences d'une pratique anticoncurrentielle sur les prix et sur la consommation. Or, l'importance relative de ces deux effets dépend de la sensibilité de la demande au prix (ou élasticité-prix d'un produit). Si l'élasticité est faible, l'augmentation des prix aura un faible impact sur la demande, cette réaction concerne principalement les biens de première nécessité. Il en résulte une perte de « surplus des consommateurs »⁶ et une hausse du « surplus des entreprises »⁷. *L'incitation à mettre en œuvre une pratique anticoncurrentielle est d'autant plus forte que l'élasticité-prix est faible.* À l'inverse, si la demande est élastique ou sensible au prix, une hausse des prix entraîne une baisse des quantités échangées sur le marché. Dans ce cas, le surplus des entreprises sera moindre. En d'autres termes, une pratique anticoncurrentielle génère des mouvements de prix ou de quantités, lesquels ont pour effet de faire varier les

1. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23§2 sous a) du règlement CE n° 1/2003, 1^{er} septembre 2006, *JOUE*, 2006/C 210/2.

2. Aut. conc, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la détermination du calcul de la sanction pécuniaire.

3. Comm. eur. Lignes directrices 1^{er} septembre 2006, csdt 31.

4. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15 paragraphe 2 du règlement n° 17 et de l'article 65 paragraphe 5 du *traité CECA*, *JO C* 9, 14 janvier 1998.

5. Voir *infra*, n° 104 et 144.

6. Gain de pouvoir d'achat.

7. Profit.

« surplus » des consommateurs et des entreprises dans des proportions qui dépendent de l'élasticité-prix de la demande¹. *La sensibilité de la demande au prix est un critère révélateur de l'importance du surcoût payé par les acheteurs directs et indirects, et ce faisant du surprofit des entreprises auteurs de la pratique anticoncurrentielle*. On comprend donc pourquoi le transfert de revenus est l'un des trois phénomènes du dommage à l'économie, selon le *Rapport Folz*². Or, ce transfert de revenus correspond au surcoût par rapport au prix d'équilibre, payé par les clients des entreprises adoptant une pratique anticoncurrentielle. Par conséquent, le transfert de revenus n'est autre que le surprofit des auteurs de la pratique anticoncurrentielle³.

Cependant, le surprofit n'est qu'un des critères pris en compte pour « qualifier » le dommage à l'économie. Le communiqué des sanctions de l'autorité de la concurrence explique que « le dommage à l'économie [...] ne se limite par ailleurs pas aux seuls gains illicites que son ou ses auteurs ont pu escompter en retirer [...] »⁴. Le dommage à l'économie embrasse les gains illicites sans pour autant se limiter à eux. Les surprofits d'une pratique anticoncurrentielle sont donc bel et bien visés, bien qu'indirectement, par le biais de l'évaluation du dommage à l'économie.

En outre, parce que la notion de dommage à l'économie est difficile à quantifier, seule une évaluation « qualitative » est requise. Et le cas échéant, si des éléments disponibles et fiables le permettent, cette appréciation peut se faire de manière « quantitative », selon les termes du communiqué⁵. Mais encore une fois, le texte ne l'impose pas. Aussi, l'évaluation des surprofits pour fixer le montant de base de l'amende n'est-elle en aucun cas une obligation pour les membres du collège de l'Autorité, ce n'est qu'une faculté. On remarque néanmoins que lorsqu'ils s'y réfèrent afin de souligner la rentabilité, le caractère particulièrement lucratif de l'infraction, ils le quantifient, conformément à la jurisprudence de la Commission européenne.

104. ***La quantification des surprofits, une pratique « trop » ponctuelle.*** Lorsque l'on compare les jurisprudences européenne et française, on constate que la référence aux surprofits est plus rare dans la première que dans la seconde.

La rare et récente référence de la Commission européenne au surprofit est l'occasion pour elle de préciser « l'impossibilité de déterminer les effets précis de l'infraction »⁶ dans le *cartel des escalators*. Pourtant l'infraction est qualifiée de « très grave même si l'impact réel ne peut être mesuré » et sanctionnée d'une amende de 992 millions d'euros. Dans les *cartels des Vitamines* en 2001⁷ et du

1. Cons. conc, Étude thématique, « Les sanctions pécuniaires et les injonctions », in *Rapport d'activité 2003*, p. 117.

2. Folz (J.-M.), *Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, *op. cit.*, p. 9 et s.

3. Sevy (D.), « L'évaluation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », « Séminaire Économie et droit de la concurrence », *Concurrences* n° 4/2010.

4. Communiqué, *op. cit.*, n° 27.

5. Communiqué, *op. cit.*, n° 28.

6. Comm. europ, 21 février 2007, aff. 38/823, *Ascenseurs et escaliers mécaniques*, csdt 660, partage des marchés, attribution des appels d'offre et fixation des prix entre les quatre concurrents.

7. Comm. europ, 21 novembre 2001, aff. COMP/E-1/37.512, *Vitamines*, Arhel (P.), « Le cartel des vitamines, des sanctions exemplaires », *LPA* 2003, n° 73, p. 4, huit ententes occultes ayant pour objet le

caoutchouc synthétique en 2006¹, qui ont pourtant donné lieu à des amendes très élevées, on déplore l'absence de référence au surprofit quand bien même il s'agirait d'infractions très graves.

Dans la jurisprudence de l'Autorité de la concurrence, la référence au surprofit est tout aussi ponctuelle. Elle apparaît dans certaines affaires particulièrement nuisibles pour le marché français, au stade de l'appréciation du critère de dommage à l'économie. Deux affaires illustrent la prise en compte des surprofits par l'autorité de régulation française. Dans l'*affaire du cartel de l'Acier*², les membres du collège se sont livrés à une quantification des surprofits, au stade de l'appréciation du dommage à l'économie. Élément de quantification du dommage à l'économie, le surprix des pratiques litigieuses a été estimé « entre 165 millions et 325 millions d'euros » (§ 389), ce qui justifiait le prononcé d'une sanction de 575 millions d'euros. La réformation de ladite décision par la Cour d'appel de Paris a cependant retiré toute fonction confiscatoire et dissuasive à la sanction pécuniaire prononcée³. Par ailleurs, dans la décision du 2 février 2009, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire⁴, des leaders de l'intérim se sont vus reprocher des échanges d'information sur le niveau des prix de vente, remises de fin d'année et rétrocessions des allègements sociaux. La motivation au titre du critère du dommage à l'économie est intéressante. L'autorité explique tout d'abord que la réduction de la compétition par les prix entre les trois principaux opérateurs du travail temporaire en France a engendré différents types de conséquences pour l'économie dont « un transfert de profit depuis les entreprises utilisatrices vers les entreprises de travail temporaire » (§ 121). Puis, elle se livre à une estimation des surprofits (en millions d'euros) engrangés par chaque opérateur au regard des informations produites. Le montant de ces profits s'élèverait à 72 millions d'euros pour Adecco et à 24,1 millions d'euros pour Vedior, sur les trois années litigieuses (§ 135). Par ailleurs, on regrette qu'aucune quantification du surprofit n'ait été effectuée, ni dans le *cartel des Lessives*⁵ ni dans le *cartel de la téléphonie mobile*^{5 bis}, en dépit des importantes amendes prononcées.

partage des marchés et la fixation des prix des produits vitaminiques sur le marché mondial, prononcé d'une amende totale de 790 millions d'euros.

1. Comm. europ, 29 novembre 2006, aff. COMP/F/38.638, entente sur le marché européen des produits synthétiques portant sur les prix, échanges d'informations sur les clients et quantités livrées, prononcé d'une amende de 519 millions d'euros.

2. Cons. conc. n° 08-D-32, du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques, onze entreprises du négoce de produits sidérurgiques ainsi que le syndicat de la profession ont été condamnés pour des pratiques d'entente tant sur les prix, que les clients et les parts de marchés, en violation de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

3. CA Paris, ch. 5-7, 19 janvier 2010, *AMD Sud-Ouest e.a.*, Déc. Cons. conc. n° 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques, les juges d'appel réduisent le montant de la sanction à 73 millions au motif que l'atteinte à l'économie était moyennement grave.

4. Aut. conc. n° 09-D-05 du 2 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire, Parce que ces pratiques ont eu pour objet et effet anticoncurrentiel d'éviter une compétition sur les prix au niveau du marché national du travail temporaire, elles ont été jugées contraires à l'article L. 420-1 du Code de commerce.

5. Aut. conc. n° 11-D-17 du 8 décembre 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives, entente sur les prix et promotions des quatre lessiviers sur le marché national. Sanction pécuniaire prononcée à l'encontre de 3 des 4 lessiviers (Unilever ayant bénéficié de la clémence pour avoir dénoncé le cartel) s'élève à 367, 9 millions d'euros.

Cette analyse des jurisprudences européennes et françaises converge vers une référence quantitative, mais seulement ponctuelle des surprofits, ce qui n'est pas suffisant.

2. *Inefficacité et ineffectivité des amendes en droit des pratiques restrictives de concurrence*

105. ***Les carences suscitées par la dépenalisation des pratiques commerciales abusives.*** Depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les règles relatives aux pratiques restrictives de concurrence ont été dépenalisées. Cette dépenalisation était un corollaire de l'avènement de l'économie de marché.

Or, si certaines pratiques restrictives se sont vues assorties d'une sanction administrative, d'autres revêtant une qualification civile, n'ont pendant longtemps pas été assorties d'une sanction civile distincte de la réparation. Cette lacune avait été soulignée par Monsieur Blanchot, alors ancien premier substitut du procureur de la République, chef de la section économique et sociale du Parquet de Paris. Selon lui, « la dépenalisation opérée par ladite ordonnance n'empêchait pas que la faute soit sanctionnée »¹. Aussi, préconisait-il de « réécrire l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ». L'auteur soulignait en effet une confusion entre « réparation, conséquence de la responsabilité civile et faute qui doit être sanctionnée ». Aussi, appela-t-il le législateur à donner la possibilité aux autorités publiques d'infliger une sanction. Ce vœu sera exaucé puisque par la *loi NRE* du 15 mai 2001, le législateur réhabilitait une sanction civile peu connue, mais déjà existante en droit français, l'amende civile.

Cependant, qu'il s'agisse des amendes administratives ou de l'amende civile, elles recouvrent les mêmes carences que celles des amendes pénales, à savoir le plafond fixe.

106. ***Le plafond fixe, source d'inefficacité des amendes.*** Qu'elles soient administratives ou civile, les amendes encourues en matière de pratiques restrictives de concurrence sont principalement plafonnées, sur le modèle de l'amende pénale.

Prenons l'exemple du retard de paiement incriminé à l'article L. 441-6, VI du Code de commerce. Doctrine et pratique rappellent régulièrement les risques économiques lourds occasionnés par des retards de paiement sur les trésoreries limitées des petites ou moyennes structures. À cet effet, Monsieur Tomasin souligne des difficultés dans les marchés privés de bâtiment ou de travaux². La question est d'une aussi grande actualité en matière de distribution alimentaire³.

5 bis. Cons. conc. n° 05-D-65, 30 novembre 2005, relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, échanges d'informations sur les parts de marchés entre les trois opérateurs. Sanction pécuniaire prononcée s'élève à 534 millions d'euros.

1. Blanchot (A.), « Les pratiques civiles et leurs sanctions dans le cadre de l'application de l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », *Revue de la concurrence et de la consommation*, n° 115, mai-juin 2000, p. 12.

2. Tomasin (D.), « Les sanctions du non paiement », in *Le paiement des travaux dans les marchés privés*, *Revue de droit immobilier*, 2013, n° 1, p. 46.

3. Observatoire des délais de paiement, *Rapport Annuel* 2011, p. 45.

L'auteur dénonce ainsi les manœuvres de « débiteurs puissants qui ne payant pas, se constituent une trésorerie au détriment de celle des entrepreneurs ». Or, une fois les garanties de paiement épuisées sans succès, il reste au créancier à faire sanctionner la défaillance de son partenaire en usant les voies de droit commun. Si la sanction de résolution prévue à l'article 1224 du Code civil (anc. 1184 du Code civil) est peu pertinente en présence d'une relation commerciale longue et économiquement stratégique pour les fournisseurs, l'exécution forcée serait plus opportune, mais risquerait de compromettre l'avenir de la relation commerciale. Ce qui explique le choix du législateur français, sous l'impulsion européenne¹, de recourir à des sanctions publiques pour contraindre les professionnels à payer dans le respect du délai légal de 60 jours à compter de la date d'émission de la facture (ou 45 jours à compter de la date d'émission de la facture, sur accord exprès des parties), conformément à l'article L. 441-6, I alinéa 9 du Code de commerce. L'article L. 441-6, VI du dit code punit d'une amende administrative de 75 000 € pour une personne physique ou 2 millions d'euros pour une personne morale « le fait de ne pas respecter les délais de paiement mentionnés aux huitième neuvième et onzième alinéas [...] »². Cette intervention du législateur est à encourager, compte tenu de l'effet nuisible au bon fonctionnement du marché provoqué par les retards de paiement. Cependant, l'efficacité de cette disposition se trouve une fois encore limitée par les modalités de l'amende, bien que les plafonds concernant la personne morale aient été augmentés, car le plafond fixe nourrit le calcul bénéfice-risque au lieu de l'enrayer³.

Le même constat peut être dressé à l'endroit de l'amende civile. Rappelons préalablement qu'une telle sanction a été introduite par la *loi NRE* du 15 mai 2001 et insérée à l'article L. 442-6, III du Code de commerce, pour renforcer l'efficacité de la règle de droit⁴. Une telle innovation suscita un enthousiasme unanime au sein de la doctrine. En effet, le but poursuivi par le législateur du 15 mai 2001 était alors « d'éviter qu'une entreprise considère que mettre en œuvre une pratique restrictive de concurrence lui donnera toujours un avantage dans la concurrence même si elle doit réparer le dommage causé à ses concurrents »⁵. La loi prévoyait alors que le montant de l'amende civile prononcée par le juge saisi n'excède pas 2 millions d'euros⁶. Cependant, ce dispositif s'avéra vite insuffisant et non dissuasif dans certains cas de coopération fictive. Monsieur Ferrier et

1. Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, *JOUE* L 200 du 8 août, Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011, *JOUE* L 48 du 23 février, transposée par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

2. Les *quanta* de l'amende administrative en la matière ont été rehaussés successivement par l'article 123 de la loi du 17 mars 2014, relative à la consommation, dite *loi Hamon*, puis par art. 46-I-2° de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, et par l'article 123-I de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite *Sapin II*.

3. Voir *supra*, n° 82.

4. Vilmart (C.), « L'effectivité de la lutte contre les pratiques commerciales abusives dans la *loi N.R.E.*, 2 - Du renforcement de l'action du Ministre de l'économie et du Ministère public à celle des amendes », *JCPE*, n° 51-52 du 20 décembre 2001, p. 2046.

5. Doc. AN, n° 2050, 2^e partie, titre 1^{er} et n° 2319, p. 35, Exposé des motifs du Projet de *loi NRE*.

6. Aujourd'hui ce plafond fixe s'élève à 5 millions d'euros (issu de l'art. 11 L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016).

Monsieur Ferré rapportèrent en effet que plusieurs affaires ayant révélé « l'importance des rémunérations payées par des fournisseurs pour des services fictifs, leur disproportion par rapport au montant maximal de l'amende a inspiré l'adoption [de ce] d'un nouveau dispositif dissuasif »¹. Comme nous l'avons vu au titre des amendes pénales, le produit du délit d'une infraction ne peut véritablement être saisi dans son intégralité lorsque l'amende (ou la confiscation) porte sur lesdits profits. Or, une amende plafonnée ne satisfait pas cette exigence. C'est ce qui fut souligné dans le *Rapport Hagelsteen*, « il apparaît toutefois que le montant de l'amende civile susceptible d'être infligé aux auteurs de pratiques prohibées est encore insuffisamment dissuasif »². Les experts préconisent par conséquent une augmentation du montant des sanctions encourues en cas de pratiques abusives. Aussi proposent-ils de « s'inspirer des dispositions relatives aux sanctions prononcées par le conseil de la concurrence, avec un plafond fixé non pas en valeur absolue, mais en proportion du chiffre d'affaires de l'entreprise (5 % du chiffre d'affaires réalisé en France) ». L'idée d'une amende civile proportionnelle au chiffre d'affaires de l'entreprise ne sera pourtant pas consacrée. En revanche, la suggestion d'opter pour une sanction pécuniaire proportionnelle en lieu et place d'une amende plafonnée, sera quant à elle entendue par le législateur.

107. ***L'ineffectivité de l'amende civile proportionnelle.*** L'évolution de l'amende civile se poursuivra sept ans après sa consécration, jusqu'à la *loi LME* du 4 août 2008. Celle-ci modifia le mode de calcul de l'amende civile. Désormais, outre le plafond fixé en 2001, l'amende civile peut s'élever au « triple du montant des sommes indûment versées ».

Cette proportionnalité de l'amende civile à partir du montant des profits illicites converge avec les modalités de la « sanction optimale » que nous verrons ultérieurement³. Ce faisant, le profit illicite servant de montant de base à la sanction pécuniaire, il semblerait que l'objectif du législateur de 2001 soit désormais atteint, du moins en théorie. Le montant des amendes civiles prononcées sur le fondement de l'article L. 442-6, III du Code de commerce ne cesse de croître⁴. La frilosité des juges du fond s'estompe progressivement, les juges consulaires de Meaux ont condamné EMC Distribution à une amende de 400 000 € sur le fondement du déséquilibre significatif⁵. Ceux de Lille ont condamné Eurauchan à une amende de 1 million d'euros sur le même fondement⁶. Le plafond légal a été atteint par la Cour d'appel de Paris à l'encontre de Le Galec qui s'est vu infliger une amende de 2 millions d'euros⁷. Toutefois, le plafond proportionnel

1. Ferrier (D.), Ferré (D.), « La réforme des pratiques commerciales », *D.* 2008, chron. 429.

2. *Rapport Hagelsteen*, *op. cit.*, p. 33.

3. Voir *infra* n° 226.

4. Ferré (D.), Piphery (R.), « Pratiques restrictives de concurrence, Étude du rapport de la CEPC 2013 », *op. cit.*, n° 11, les auteurs observent une forte augmentation du *quantum* des amendes, 4 827 000 € en 2012 comparé à 2 288 000 € en 2011.

5. T. com. Meaux, 24 janvier 2012, n° 2009/02296, *Ministre de l'Économie c/E.M.C.*, confirmé par CA Paris, 4 juillet 2013, n° 12/07651, Cass. com. 29 sept. 2015, n° 13/25043.

6. T. com. Lille 7 septembre 2011, *JurisData* 2011-020988, *Min. de l'Éco c/SAS Eurauchan*, n° 2009/05105.

7. CA Paris, 18 septembre 2013, n° 12/03177, *Galec*, CA Paris 18 décembre 2013, n° 12/00150, *Galec*, Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-21804, *Carrefour hypermarchés c/Ministre de l'Économie*,

correspond au triple des restitutions n'a encore jamais été utilisé par les juges du fond. Or, en l'absence de sanction de nullité et de répétition de l'indu, le prononcé de l'amende plafonnée explique que les responsables conservent une partie des profits illicites.

En dehors des cas de déséquilibre significatif¹ et des cas d'avantage ne correspondant à aucun service rendu², dans lesquels le surprofit peut être retiré des mains de l'auteur par le truchement de la répétition de l'indu, consécutive à la nullité des clauses illicites, seule une amende civile proportionnelle permettrait de confisquer le résultat économique d'une pratique commerciale déloyale listée à l'article L. 442-6, I du Code de commerce.

Synthèse B. Contrairement au droit pénal, le droit économique, notamment le droit de la concurrence est intrinsèquement soucieux du résultat économique procuré par tout délit ou infraction. Pour autant, le surprofit ne constitue ni un élément de qualification des violations au droit de la concurrence, ni un critère de calcul de la sanction. Qu'il s'agisse de la sanction pécuniaire en droit des pratiques anticoncurrentielles ou des amendes administratives en droit des pratiques restrictives de concurrence, le surprofit n'étant pas un critère formel, il risque de rester pour tout ou partie entre les mains du délinquant économique. Dans le premier cas, la référence au surprofit est indirecte (*via* le chiffre d'affaires en lien avec l'infraction) et théorique (taux fixé arbitrairement par le législateur entre 0 et 30 %), la quantification du surprofit est donc aléatoire. Dans le second cas, les amendes sont assorties d'un plafond fixe et s'exposent donc aux mêmes limites qu'en droit pénal. Quant à l'amende civile du droit des pratiques restrictives de concurrence, le plafond proportionnel au surprofit désormais applicable, n'en demeure pas moins inusité. Or, en dehors des cas où une mesure de répétition de l'indu est prononcée, tant que l'amende civile sera prononcée au regard du seul plafond fixe, l'auteur de la pratique sanctionnée pourra espérer conserver une partie du surprofit.

SECTION II : RÉACTION INSUFFISANTE DU DROIT CIVIL FACE AU RÉSULTAT ÉCONOMIQUE D'UNE FAUTE

108. **Droit de la responsabilité civile délictuelle, terre de prédilection de la faute lucrative.** C'est en droit de la responsabilité civile que la faute lucrative a fait ses premières apparitions. Le droit commun de la réparation est en effet le terrain de prédilection de ces comportements. Deux raisons expliquent l'expansion du phénomène de faute lucrative en droit de la responsabilité civile.

La première raison est moins clairement identifiée, l'absence de sanction de la faute indépendamment de la réparation du dommage. Tout d'abord, on se tour-

JurisData n° 2013-018949, à propos d'une clause relative à la rémunération de services distincts de ceux favorisant la commercialisation des produits des fournisseurs jugée disproportionnée au regard des services rendu, cour de cassation confirme arrêt d'appel qui a prononcé la nullité de la clause et a ordonné la répétition de l'indu ainsi qu'une amende civile de 2 millions d'euros, CA Paris, 11 septembre 2013, n° 11/17941, *Eurauchan*, CA Paris, 2 février 2012, *Carrefour*, n° 09/22350.

1. Art. L. 442-6, I, 2° C. com.

2. Art. L. 442-6, I, 1° C. com.

nera vers le droit des quasi-contrats dont la logique de rééquilibrage des patrimoines entre l'appauvri et l'enrichi aurait pu présenter un intérêt pour saisir le résultat économique d'une faute. Cependant, la répétition de l'indu n'est applicable qu'à l'hypothèse du *dol contractuel lucratif*, la nullité de l'acte illicite entraînant ainsi la restitution de l'indu perçu. Quant à l'action *de in rem verso*, les nombreuses conditions dont notamment le caractère subsidiaire la rendent irrecevable lorsque l'enrichissement est fautif. Puis on se tournera vers le droit de la responsabilité civile. Parce que pour l'heure, elle ne s'exprime qu'à travers sa fonction indemnitare, le principe de réparation intégrale empêche que la dette de réparation prenne en compte la gravité de la faute ou le profit tiré de celle-ci (A).

La seconde raison est à l'inverse évidente, focalisée sur le dommage, le principe de réparation intégrale ignore les profits illicites générés par une faute civile. La fonction indemnitare est donc impuissante face au résultat économique chaque fois que la victime ne peut justifier d'un préjudice économique concordant avec tout ou partie du profit illicite (en cas de préjudice moral causé par un acte de concurrence déloyale ou en cas de dommage moral causé par une violation d'un droit de la personnalité). Et le cas échéant, soit cette concordance est totale, mais encore faut-il que les actions en réparation des victimes soient exercées (pratiques anticoncurrentielles), soit cette concordance est partielle et le principe de réparation intégrale empêche de restituer à la victime le reliquat de profit illicite qu'elle n'aurait pu elle-même réaliser (parasitisme, violation d'une obligation de non-concurrence), sauf dérogation légale (contrefaçon civile) (B).

A. L'absence de sanction du profit tiré d'une faute civile

Annexe. Si la logique des quasi-contrats avait pu résoudre une partie des fautes lucratives, force est de constater que toutes ne procèdent pas d'un transfert de valeurs, sans cause, entre deux patrimoines, celui du fautif et celui de la victime. La répétition de l'indu ne présente donc un intérêt qu'à l'égard de certaines fautes lucratives contractuelles, les *dols contractuels* (1).

Quant à la responsabilité civile, son impuissance face au résultat économique d'une faute est notamment due au mutisme de sa fonction normative. C'est à l'hégémonie de la fonction indemnitare de la responsabilité civile que l'on doit la pauvreté des sanctions normatives en la matière. Dans une étude dédiée *aux principes originels du droit de la concurrence et du parasitisme*, Madame Frison-Roche observe une certaine « pauvreté imaginative quant aux modes de sanction »¹ de la concurrence déloyale (2). Il en résulte qu'il n'existe pas de mécanisme de droit commun permettant de saisir le résultat économique d'une faute.

1. Les carences du droit des quasi-contrats

109. **L'inadaptation de l'enrichissement sans cause.** Il existe en droit civil des mécanismes de restitution d'un indu, fondés sur une règle morale selon

1. Frison-Roche (M.-A), « Les principes originels du droit de la concurrence et du parasitisme », *RJDA*, 1994, n° 6, p. 483-488, spéc. p. 485.

laquelle « nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui »¹. Le droit des quasi-contrats prévoit donc des mécanismes de rééquilibrage de patrimoines en cas d'appauvrissement/enrichissement sans cause. Cependant, ce droit à vocation à ne s'appliquer que dans les situations où l'indu est causé par un fait non fautif, contrairement au résultat économique d'une faute lucrative.

Dans le cas des quasi-contrats, le fait générateur du profit est non fautif, tandis que dans le cas d'une faute lucrative, le fait générateur du profit l'est. Ce qui explique que l'enrichissement sans cause n'a pas vocation à s'appliquer à l'hypothèse d'une faute lucrative. L'enrichissement est « causé » par la faute, lequel relève de la responsabilité civile. Les conditions d'absence de cause et de subsidiarité de l'action *de in rem verso* ne sont donc pas remplies. L'existence d'une cause et d'un autre fondement à l'action en restitution explique que l'action *de in rem verso* soit irrecevable en présence d'une faute délibérée de l'enrichi².

La répétition de l'indu pourrait néanmoins être utilisée dans des cas de fautes lucratives contractuelles.

110. **Le champ étroit de la répétition de l'indu, le cas du dol lucratif contractuel**³. Un autre mécanisme de restitution du profit de droit positif pourrait s'appliquer en présence d'une faute lucrative civile, la répétition de l'indu. En effet, la nullité d'une clause d'un contrat déséquilibré au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ou le réputé non écrit d'une clause créant un déséquilibre significatif au sens des article L. 212-1 du Code de la consommation et désormais de l'article 1171 du Code civil, entraînent naturellement l'anéantissement rétroactif de la clause ou du contrat⁴.

En vertu des articles 1302 et 1302-1 nouveau du Code civil, l'*accipiens* est tenu de restituer au *solvens* la somme (ou la chose) qu'il a indûment perçue, par erreur ou sciemment. Notons que cette obligation de restitution est « élargie » aux fruits et intérêts de l'indu en cas de mauvaise foi de l'*accipiens*⁵. En présence d'une faute lucrative contractuelle, qui correspondrait à l'hypothèse d'un indu perçu sciemment, le prononcé de répétition de l'indu oblige le cocontractant de mauvaise foi à restituer l'indu tiré d'un avantage sans contrepartie.

Le prononcé systématique de cette obligation de restitution permettrait de retirer le gain indûment perçu des mains du cocontractant auteur d'une faute lucrative contractuelle au profit du cocontractant victime, qui est le bénéficiaire. Cette sanction « restitutoire » est utilisée en droit des pratiques restrictives de concurrences. En vertu de l'article L. 442-6, III du Code de commerce, les

1. Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.), *op. cit.*, n° 1028, p. 1084.

2. Bandrac (M.), « À propos de l'action exercée par le Ministre de l'Économie (Art. L. 442-6, III, C. com.). Quelques observations de l'ordre de la tétatologie juridique, *D.* 2008, p. 3048, spéc. n° 7, « Mais, en droit administratif comme en droit civil, le succès de l'action *de in rem verso* suppose qu'aucune faute, en tout cas aucune faute délibérée, de l'appauvri ne soit à l'origine de son appauvrissement. Or n'est-ce pas, justement, une faute délibérée que prétend sanctionner « l'autonomie » attribuée à l'action du ministre ? »

3. Sur le *dol lucratif*, vice du consentement, Voir *supra*, n° 87.

4. Sur l'issue du contentieux généré par le contrat de location financière, Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-24.270 : *JurisData* n° 2014-026529, le prononcé de la nullité du contrat de prestation entraîne la caducité du contrat de location, permettant la restitution des loyers payés sans contrepartie aux locataires.

5. Art. 1352-7 nouveau C. civ.

victimes de pratiques commerciales abusives « peuvent aussi faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites » et « demander la répétition de l'indu ». Il résulte de l'effet rétroactif de la nullité que la victime d'une pratique restrictive de concurrence peut demander le versement des sommes indûment versées. Ici, la répétition de l'indu est bien l'accessoire de la nullité.

Par « indu », il faut entendre, selon la chambre commerciale, « un avantage indu reçu par le distributeur du fournisseur ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu par le distributeur au fournisseur ou manifestement disproportionné au regard du service rendu »¹. En d'autres termes, « l'indu » serait un « avantage sans contrepartie ». Cette mesure a donc pour objectif de confisquer l'avantage indu, soit le profit déloyalement gagné par un opérateur. Cependant, force est de constater que par peur des représailles, l'action en répétition de l'indu est rarement exercée par les victimes. En effet, « certains fournisseurs renoncent même à percevoir les sommes qui leur sont dues par crainte d'un déréférencement » faisait observer le *Rapport Hagelsteen*². Pourtant, la répétition de l'indu aurait pu être une sanction efficace en ce qu'il emporte confiscation et restitution de l'avantage illégitime, qui n'est autre que le profit du délit. Mais l'inaction des cocontractants lésés le prive de toute efficacité.

Enfin, cette sanction n'est pertinente que dans les cas où la victime et l'auteur de la pratique déloyale sont encore contractuellement liés au jour du jugement³. Par conséquent, la répétition de l'indu n'a pas vocation à s'appliquer à toutes les pratiques abusives définies par l'article L. 442-6, I du Code de commerce. Si l'on prend le délit de rupture brutale, il n'y a pas véritablement d'indu retiré par son auteur. Il y a en revanche un préjudice subi qui doit alors être réparé conformément au droit commun. En revanche, la répétition de l'indu se justifie en cas de condamnation des pratiques « d'avantage ne correspondant à aucun service rendu » et de « déséquilibre significatif », pratiques visées à l'article L. 442-6, I, 1° et 2° du Code de commerce.

Un tel mécanisme est tout à fait adapté au cas de *dol lucratif contractuel*, dans la mesure où le gain illicite résulte d'un transfert de patrimoine illégitime entre celui du débiteur et celui du créancier. L'un s'enrichit de manière illicite au détriment de l'autre. L'indu correspond donc à une partie du préjudice patrimonial de la victime. La répétition de l'indu correspond alors à l'obligation de restituer les sommes perçues par la partie déloyale, suite au prononcé de la nullité des clauses ou du contrat. Aussi en présence d'une violation efficace du contrat ou d'une faute lucrative commise en dehors de toute relation contractuelle, la répétition de l'indu n'est plus adaptée. Or, pour l'heure, le droit positif français n'offre pas d'autre sanction civile confiscatoire comme celles pratiquées dans certains pays voisins⁴.

1. Cass. com., 18 octobre 2011, n° 10-15296, D. 2011. 2961, note Y.Serra.

2. *Rapport Hagelsteen, op. cit.*, p. 33.

3. Bien que la jurisprudence ait jugé que l'action en responsabilité de l'article L. 442-6, I du Code de commerce relève de la responsabilité délictuelle, Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-16.633, *Bull. civ.* 2009, IV, n° 96, nature délictuelle de la responsabilité déduite de l'application de l'article 46 du code de procédure civile régissant la compétence territoriale d'une action en responsabilité délictuelle « La juridiction à saisir est celle du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi », Rap. CEPC 2008-2009, p. 96.

4. Voir *infra*, n° 252 et 253.

2. *La démission de la fonction normative de la responsabilité civile*

111. *À l'origine...* « Traditionnellement, la responsabilité civile [délictuelle] poursuit une double fonction, indemnitaire et normative. L'obligation mise à la charge du responsable avait pour but non seulement de réparer le dommage causé à la victime, mais également de sanctionner le comportement répréhensible de l'auteur du dommage »¹. Cette dualité est héritée des droits traditionnels en vertu desquels la victime d'un dommage exerçait un « droit de vengeance » qui consistait en une punition et une réparation. Notre Ancien droit a célébré la séparation entre punition et réparation, tandis que la première se vit confier à l'autorité publique (action pénale), la seconde demeura entre les mains des victimes (action civile privée)². Aussi la réparation devint-elle très vite la quintessence de la responsabilité civile.

112. *L'absence de sanction de la faute indépendamment de la réparation du dommage.* D'origine canonique, le principe de responsabilité du fait personnel fut consacré à l'article 1382 devenu article 1240 du Code civil. Ce faisant, les codificateurs posèrent la pierre angulaire de la responsabilité civile. À ce titre, tous les dommages causés par un fait personnel devaient être réparés par l'auteur du fait dommageable. En d'autres termes, « Une personne est civilement responsable lorsqu'elle est tenue de réparer un dommage subi par autrui »³. Par cette annonce de la 18^e leçon du traité de droit civil des Professeurs Mazeaud consacrée à la notion de responsabilité civile et à son évolution, on perçoit d'ores et déjà que la fonction hégémonique, si ce n'est la raison d'être, de la responsabilité civile est précisément sa fonction indemnitaire. À la fin du XIX^e siècle, différents facteurs allaient de surcroît ériger la réparation du dommage comme nouveau leitmotiv de la responsabilité civile. La principale conséquence de l'engagement de la responsabilité civile consistera pour l'auteur du fait dommageable ou du manquement contractuel à « réparer » le préjudice causé à la victime, qu'il résulte d'un manquement contractuel (responsabilité civile contractuelle) ou d'un fait dommageable (responsabilité civile délictuelle). La dette de réparation issue de la responsabilité contractuelle est fondée sur l'article 1231-1 nouveau du Code civil. Il en résulte que le débiteur défaillant qui par son fait (retard, inexécution) cause un préjudice au créancier éconduit devra verser à ce dernier des dommages et intérêts couvrant le dommage prévisible. En droit de la responsabilité civile délictuelle, c'est l'article 1382 devenu article 1240 du Code civil qui assoit la dette de réparation issue de « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage ». Il en résulte que toute inconduite sociale dommageable entraîne une obligation de réparation du dommage, à la charge de son auteur.

1. Bacache-Gibeili (M.), *Les obligations, La responsabilité civile extra-contractuelle*, Economica, 3^e éd. 2016, n^o 5.

2. Sur l'évolution de la responsabilité civile, voir, Descamps (O.), *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, thèse Paris, 2003.

3. Mazeaud (H.), (L.) et (J.), *Leçons de droit civil, obligations, théorie générale*, T. 2 vol. I, Monchrestiens, 4^e éd. 1969, p. 307.

En droit civil français, la responsabilité civile exerce donc principalement une fonction indemnitaire¹. Mais une telle fonction s'avère également limitée en ce qu'elle ne permet pas de confisquer systématiquement le profit illicite généré par une faute civile, dès lors qu'il n'y a pas identité entre ce profit et le dommage subi par la victime.

Conclusion synthèse. Il ressort de ces développements que d'une part le droit des quasi-contrats ne permet pas de confisquer le profit illicite de toutes les fautes lucratives, en dehors de l'hypothèse du *dol contractuel lucratif*. En outre, la fonction normative de la responsabilité civile ne s'exprimant qu'à travers la fonction indemnitaire, il n'existe pour l'heure aucun mécanisme de confiscation du profit illicite d'une faute, indépendamment de la réparation du dommage.

B. Les limites de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile face à la confiscation du profit illicite

113. **Concordance et divergence entre profit illicite et « préjudice économique pur ».** Il conviendra d'entendre par « préjudice économique pur », le préjudice économique qui résulte d'une atteinte au patrimoine de la victime². Un tel préjudice économique peut revêtir différentes formes³, une dépréciation des biens, ou une perte de gain ou d'espoir de gain pécuniaire.

Or, il existe des hypothèses de faute lucrative dans lesquelles le profit illicite correspond à tout ou partie du préjudice économique de la victime. Auxquels cas, la compensation du dommage patrimonial et l'application du principe de réparation intégrale autorisent la confiscation du profit illicite, qui est alors restitué à la victime au titre du « manque à gagner ». Cette concordance existe notamment dans le cas du *dol lucratif contractuel*⁴, de la violation efficace de certaines obligations, d'une pratique anticoncurrentielle⁵, ou encore de la contrefaçon. Mais elle n'est souvent que partielle. La réparation par équivalent des préjudices économiques subis par les victimes de faute lucrative présente donc parfois l'avantage de contribuer à la confiscation partielle (le plus souvent) du surprofit.

En effet, la réparation par équivalent d'un préjudice, économique notamment, suppose au préalable son évaluation. Or, cette évaluation s'effectue à l'aune de l'article 1231-2 nouveau du Code civil (anc. art. 1149 C. civ.), lequel précise que les dommages et intérêts doivent couvrir « la perte subie » et le « gain manqué ».

1. Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd. 2017, n° 2.

2. Contrairement au préjudice économique qui est la conséquence d'une atteinte à la personne.

3. Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 251 et s., p. 43 et s.

4. Le déséquilibre significatif qui procure un avantage sans contrepartie à l'un des cocontractants, constitue un gain illicite pour l'un et un manque à gagner pour l'autre.

5. Le surprofit tiré d'une entente résulte du surcoût payé par les consommateurs. Auquel cas la réparation des préjudices économiques des victimes permet une confiscation du profit illicite qui plus est, restitué aux victimes. Ce qui explique que les actions privées en réparation des préjudices subjectifs issus des pratiques anticoncurrentielles soient devenues une priorité pour une lutte efficace contre les infractions au droit de la concurrence.

Tandis que la *perte subie* (ou *damnum emergens*) équivaut à l'amenuisement du patrimoine, le *gain manqué* (ou *lucrum cessans*) se définit comme la perte d'un gain certain ou la perte de chance d'un gain probable¹. En d'autres termes, il représente le bénéfice escompté par la victime en l'absence de la faute.

Soit cette concordance est inexistante, faute de préjudice économique de la victime d'une faute lucrative. La fonction indemnitaire est alors impuissante pour confisquer le profit illicite de l'auteur d'une faute lucrative (1). Soit cette concordance existe, mais elle n'est que partielle. La fonction indemnitaire est alors limitée. Et dans les cas où cette concordance est totale, la confiscation est frappée d'ineffectivité faute d'action en réparation dans certains contentieux (2). Aussi la fonction indemnitaire de la responsabilité civile ne suffit-elle pas à confisquer intégralement le profit illicite de l'auteur d'un délit civil, ce qui explique que certains délits civils puissent être lucratifs.

1. *La prise en compte du profit illicite interdite par le principe de réparation intégrale (notamment en présence d'un seul préjudice moral)*

114. **Compensation du dommage et principe de réparation intégrale, objet de la fonction indemnitaire.** Qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, la réparation consiste en une « compensation » du dommage, ce qui implique de faire en sorte que ce dernier n'ait jamais existé, ou de rétablir la situation antérieure à sa survenance. Le premier sens de la réparation consiste donc à « remettre en bon état un bien, rétablir, effacer ou faire disparaître »². De façon constante, la Cour de cassation proclame que « Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »³. Il s'agit donc de rétablir la victime dans un état d'équilibre antérieur, un retour au *statu quo ante*.

Pour ce faire la réparation peut s'exécuter en nature si les conditions le permettent et qu'elle est adéquate, ou à défaut, par équivalent. La réparation en nature d'un dommage contractuel est possible si l'obligation consiste en un paiement, mais elle ne l'est plus si elle consiste en le transport d'une personne à l'heure et au lieu convenu, après le décollage de l'avion, par exemple. Quant au dommage délictuel, la réparation en nature peut consister en la cessation du trouble commercial généré par une publicité dénigrante. À l'inverse, une réparation par équivalent procède du versement d'une somme d'argent « les dommages et intérêts », compensant les dommages non réparables en nature. C'est le cas du préjudice économique.

Qu'il s'agisse d'une réparation en nature ou par équivalent, son étendue doit satisfaire une règle cardinale, commune aux responsabilités contractuelle et dé-

1. Dans le cas d'une contrefaçon, au titre du préjudice matériel, la perte éprouvée se compose notamment d'une « perte de croissance » ou de parts de marché, d'une perte de recettes fiscales et les frais engagés « pour combattre les atteintes à leurs prérogatives », Azzi (T.), *La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon*, D. 2008, p. 700, spéc. n° 13-15-16.

2. Fabre-Magnan (M.), *Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats*, T. 2, PUF, Thémis droit, 3^e éd. 2013, p. 54.

3. Civ. 2^e, 28 oct. 1954, *Bull. civ.* II n° 328, *RTD civ.* 1955.324, obs. H et L. Mazeaud.

lictuelle, la compensation de l'entier dommage (respectivement prévisible et imprévisible).

115. **L'étendue de la réparation régie par le principe de réparation intégrale.** L'auteur d'une faute lucrative est débiteur d'une dette de « réparation appropriée » du préjudice causé à sa victime, de sorte qu'il ne subsiste ni perte ni profit. Ce principe de l'équivalence entre la réparation et le dommage est appelé principe de « la réparation intégrale ». Cette règle a vocation à s'appliquer, quelle que soit la nature de la responsabilité civile, contractuelle ou délictuelle. Pour la première, elle est posée à l'article 1231-2 nouveau du Code civil en les termes suivants « les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé [...] ». Tandis que pour la seconde, faute de texte, c'est une jurisprudence constante qui le rappelle, « La réparation d'un dommage, qui doit être intégrale, ne peut excéder le montant du préjudice »¹.

Il en découle deux séries de conséquences synthétisées par la doctrine, d'une part, la réparation doit couvrir tous les chefs de préjudices indemnisables invoqués par la victime (dès lors qu'ils ont été causés par le fait dommageable) et d'autre part, elle doit être faite de façon à compenser entièrement et efficacement ces différents préjudices². Le principe de réparation intégrale pose une équivalence stricte entre l'avant et l'après-préjudice, il ne doit en résulter ni appauvrissement ni enrichissement de la victime.

116. **Conséquence, exclusion des gains tirés de la faute du champ de la réparation.** Cette règle impose au juge une évaluation concrète du dommage pour fixer un montant de réparation équivalent ni plus ni moins au dommage réparable. La règle de la réparation intégrale empêche donc de proportionner le montant de la réparation à la gravité de la faute, ou au profit tiré de la faute. Les dommages et intérêts que l'auteur du dommage doit verser à la victime ont donc pour seule vocation de « compenser » le dommage. Par conséquent, les profits tirés de la faute sont exclus du champ de la réparation. Aussi, lorsque le *quantum* de la réparation est inférieur au profit tiré de la faute dommageable, l'application stricte de la règle précitée a pour méfait de créer un profit subsistant.

L'*affaire Champagne* en atteste. Souvenons-nous de ce cas de parasitisme commis par la Société Yves Saint-Laurent Parfums. En créant et commercialisant un parfum *Champagne*, dont le flacon rappelait sans équivoque les bouteilles de ce vin et en dépit des protestations de l'Institut national des appellations d'origine, le parfumeur s'était sciemment placé dans le sillage de la célèbre appellation d'origine. Il fut condamné pour avoir « détourné la notoriété dont seuls les producteurs et négociants en Champagne peuvent se prévaloir pour commercialiser le vin ayant droit à cette appellation »³ à cesser l'utilisation du terme *Champagne* pour désigner ce parfum et à verser la somme de 225 000 francs à titre de dommages et intérêts. La Cour d'appel confirmera le jugement

1. Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 2004, *Bull. civ.*, I, n° 264.

2. Viney (G.), Jourdain (P.), *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 116, p. 154 et s.

3. Sur le fondement de l'article L. 115-5 al. 4 C. conso. devenu Art. L. 431-2, 3° C. conso.

sur ces points¹. La courte commercialisation de ce produit en France et à l'étranger généra néanmoins un chiffre d'affaires de 200 millions de francs. Juridiquement vaincu, Yves Saint-Laurent n'en sortit pas moins économique vainqueur. Puisé dans l'investissement des Maisons de Champagne, ce profit retiré par le parfumeur parasite est illégitime.

Le principe de réparation intégrale exclut donc la prise en compte des gains illicites dans le champ de la réparation. C'est ce que Monsieur Fasquelle et Monsieur Mesa ont dénoncé avec force et avant-gardisme². Ils démontrèrent tous deux que la cause principale d'une faute lucrative réside dans l'application du principe de réparation intégrale du préjudice, lequel commande une concordance stricte entre le montant des dommages-intérêts et le préjudice subi par la victime. Dès lors, le produit de la faute étant exclu du champ de la réparation, il demeure entre les mains de son auteur. Ce qui a pour effet de rendre une faute « lucrative ».

117. L'exclusion du profit illicite dans la réparation d'un préjudice moral. Certaines fautes lucratives civiles ne causent qu'un dommage moral à leurs victimes, c'est le cas de la presse à scandale. Certaines publications scandaleuses et lucratives de « secret d'alcôve » dans la presse grand public, furent vertement dénoncées *ab initio* par l'Avocat général Lindon³. Ce dernier pointa du doigt des organes de presse qui publiaient des informations relevant de la vie privée dans le but de « doper » leurs ventes.

Or, dans un tel contentieux, le préjudice des victimes est principalement moral⁴. La réparation du strict préjudice moral ne permet donc pas de confisquer en valeur le profit illicite, conformément au principe de réparation intégrale. Toutefois, pour contourner cette limite de la fonction indemnitaire, on a vu poindre en jurisprudence des condamnations à des dommages et intérêts extra-compensatoires, prononcées sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (devenu art. 1240 C. civ.), mais en violation de celui-ci. Ainsi, certaines atteintes à la vie privée ont été indemnisées au-delà du préjudice moral, voire proportionnellement au profit résultant des ventes du journal⁵. Monsieur Mesa

1. CA Paris, 15 déc. 1993, 5^è Yves Saint-Laurent c/Comité des vins de Champagne, D. 1994. 145, note P. Le Tourneau, JCP 1994 éd. E. II. 540, note F. Pollaud-Dulian, Voir aussi, Lampre (C.), « Le champagne ou le parfum de la renommée », D. 21 juillet 1994, n° 27, p. 213-216, Cuzacq (N.), « Le luxe et le droit », RTD. com. 2002, p. 605, Frison-Roche (M.-A.), « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », RJDA 6/94, p. 483.

2. Fasquelle (D.), « L'existence des fautes lucratives en droit français », in « Faut-il moraliser le droit de la réparation », colloque, Behar-Touchais (dir.), LPA 2002, p. 27, Mesa (R.), *Les fautes lucratives en droit privé*, thèse, 2006, Du même auteur, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », D. 2012, p. 2754.

3. Lindon (R.), note sous CA Paris, 13 février 1971, JCPG, II, 16774, CA Paris, 26 avril 1983, D. 1983, p. 376, note R. Lindon.

4. Sauf dans les cas où l'image de la victime a été exploitée sans son autorisation, auxquels cas, elle pourrait exciper d'un préjudice économique résultant d'un dommage extra-patrimonial. La cour de cassation a en effet refusé de lui reconnaître le statut de « droit patrimonial transmissible ». Sur ce point, voir Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité civile*, op. cit., n° 259, p. 61.

5. Sur ce thème voir, Ravannas (J.), *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1978, p. 370, Kayser (P.), « Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain », in *Études offertes à Jean Macqueron*, PUAM, 1970, p. 411.

identifie quatre techniques de saisine des profits illicites en matière d'atteinte au droit à l'image¹, une appréciation large du dommage moral, une appréciation du préjudice économique de la victime, la prise en compte des conséquences profitables de la faute et celle de l'état de récidive du journal. Mais parmi toutes ces pratiques jurisprudentielles, seule la prise en compte du préjudice économique de la victime est permise par les règles de la réparation. Les autres sont contraires au principe de réparation intégrale. Encore faut-il établir le préjudice économique.

Bien qu'encouragée notamment par Raymond Lindon, cette jurisprudence consistant à dévoyer la fonction indemnitaire à des fins « confiscatoires et punitives » est restée marginale, car susceptible d'être rabrouée par la juridiction suprême pour violation du principe de réparation intégrale². Les règles de la responsabilité civile demeurent donc inefficaces lorsqu'une faute lucrative ne cause qu'un préjudice moral.

2. *La prise en compte du profit illicite autorisée, mais limitée par le principe de réparation intégrale en cas de concordance entre profit illicite et préjudice économique*

Annnonce. Le seul moyen de saisir le résultat économique d'une faute, permis par le droit de la responsabilité civile, consiste à le restituer à la victime au titre de l'indemnisation de son préjudice économique. Or, il y a des hypothèses dans lesquelles le gain manqué de la victime correspond à tout ou partie du profit illicite.

Toutefois, nous verrons que non seulement les cas de concordance totale sont rares et disparates et rendues parfois ineffectives faute d'action en réparation des victimes (a). Mais en outre, lorsque cette concordance est partielle, il demeure un reliquat de profit illicite entre les mains de l'auteur de la faute lucrative (b). Par conséquent, la fonction indemnitaire de la responsabilité civile ne permet pas de confisquer le résultat économique d'une faute de manière systématique.

a. *Les hypothèses de confiscation totale du surprofit par l'intermédiaire de la réparation du préjudice économique*

118. **Concordance entre préjudice économique et profit illicite tiré de certains cas de violation efficace du contrat.** C'est tout d'abord le cas de certaines violations efficaces du contrat. La restitution du gain illicite à la victime par le truchement de la réparation du préjudice économique peut se justifier en matière de surréservation, qui est un cas de faute lucrative aujourd'hui bien connu³. Elle consiste pour un transporteur, compagnie aérienne à vendre plus de places que l'avion n'en contient dans le but d'obtenir un taux de remplissage

1. Mesa (R.), *Les fautes lucratives en droit privé*, op. cit., n° 554 à 558.

2. Hassler (T.), « Les droits de la personnalité et la presse à sensation en jurisprudence », *LPA* 2010, n° 43, p. 5.

3. Delebecque (P.), note sous CA Paris, 15 septembre 1992, *D.* 1993, Jurisprudence, p. 98, voir aussi Mesa (R.), *Les fautes lucratives en droit privé*, op. cit., n° 644 et s.

maximal malgré les défections inévitables. Ce qui a pour conséquence, en l'absence de défection, d'éconduire certains passagers faute de place dans l'avion. La jurisprudence est aujourd'hui unanime « une compagnie aérienne qui en raison de surréservations, n'assure pas la prestation de transport à laquelle elle s'est contractuellement engagée à l'égard des agents de voyages, commet une faute dans l'exécution du contrat [...] »¹. Confrontés à ces cas de surréservation, les juges français appliquent strictement le droit des contrats. Conformément à l'article 1142 du Code civil alors en vigueur, l'obligation de transport étant une obligation de faire, elle se résolvait systématiquement en dommages et intérêts en cas d'inexécution. Or, le profit illicite retiré par la compagnie aérienne résulte des billets supplémentaires vendus. Et le préjudice économique du passager dont la réservation est annulée le jour du vol est composé, notamment², du coût du billet. Aussi le remboursement du prix participe tant de l'indemnisation du préjudice de la victime que de la confiscation du profit illicite retiré par le transporteur³.

Mais cette concordance ne se vérifie pas dans tous les cas de violation efficace. Dans le cas de la violation efficace d'une obligation de non-concurrence, par exemple, l'adéquation entre profit illicite et préjudice économique n'est pas aussi nette, sauf à adopter une conception extensive du manque à gagner de la victime. Le chiffre d'affaires réalisé par l'auteur de la violation efficace ne peut correspondre exactement à celui que la victime aurait pu développer si le débiteur de l'obligation avait respecté son engagement. Non seulement il faut démontrer l'existence d'un lien causal, qui plus est certain, entre le préjudice économique de la victime et la faute lucrative, mais en outre il faut établir une similitude de capacités commerciales pour justifier que le profit illicite de l'un pourrait correspondre au manque à gagner de l'autre. En dépit de ces incertitudes, c'est « le mode de calcul habituellement retenu par les juges, qui consiste à prendre en considération l'intégralité du chiffre d'affaires réalisé par le débiteur de non-concurrence dans l'exercice de l'activité concurrentielle prohibée »^{4,5}.

119. *Concordance entre préjudice économique et surprofit des pratiques anticoncurrentielles.* Cette concordance se vérifie également en droit de la concurrence. Rappelons que le surprofit d'une pratique anticoncurrentielle, correspond au « surcoût »⁶ payé par les clients des entreprises, auteures de pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit donc d'un transfert de revenus qui s'effectue

1. CA Versailles, 10 novembre 2000, n° 1999-202, *D.* 2000.IR 307.

2. Ce préjudice économique de la victime n'est bien sûr qu'une des conséquences de son dommage patrimonial causé par l'annulation du billet.

3. Le remboursement du billet dans un délai de sept jours est d'ailleurs l'une des options offertes à la victime par l'article 8-1 du Règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91.

4. Malaurie (M.), *JCL Contrats-Distribution*, Fasc. 125, « Clauses de non concurrence - sanctions », 2004, pt. 46.

5. Cass. soc, 6 nov. 1984, n° 82-41.888, *Bull. civ.* V, n° 409, en l'espèce, la chambre sociale rejette le pourvoi formé contre un arrêt d'appel qui avait évalué le préjudice subi par l'employeur du fait de l'activité illicite de son ancien salarié à partir du chiffre d'affaires réalisé pendant la période visée à la clause de non concurrence.

6. Voir *supra* n° 101.

« au détriment des clients des entreprises fautives »¹. Il y a donc concordance entre le *surprofit* des auteurs d'une pratique anticoncurrentielle et une partie de la perte subie des victimes. La réparation des préjudices économiques individuels des victimes des pratiques anticoncurrentielles participerait donc à la confiscation du profit illicite. Aussi les institutions européennes incitent-elles les victimes à réclamer réparation des préjudices individuels causés par une pratique anticoncurrentielle ainsi que les États à faciliter de tels recours en réparation². *A contrario*, l'absence de tels recours participe au caractère lucratif des pratiques anticoncurrentielles lorsque la sanction pécuniaire prononcée le cas échéant laisse subsister une partie du surprofit entre les mains des responsables.

120. ***Autre cas marginal, la violation d'une mesure administrative d'interdiction volontaire de jeux.*** Observons l'exemple suivant, une personne interdite de jeux de casino en raison de son addiction au jeu³, agit en réparation de son préjudice contre le casino au moyen qu'il n'avait pris aucune disposition pour assurer la mesure d'exclusion la concernant. Son action est accueillie en première instance et en appel. Le pourvoi du casino est rejeté⁴. Le profit retiré par le casino était illégitime en ce qu'il a profité du comportement irrationnel et compulsif de sa cliente. Toutes les mises perdues par la victime lui ont donc été restituées sous forme de dommages et intérêts, en réparation de son préjudice économique.

b. *Les hypothèses de concordance partielle*

121. ***L'hypothèse de la contrefaçon.*** Cette concordance partielle entre préjudice économique et profit illicite se rencontre tout d'abord en matière de contrefaçon.

En effet, le préjudice économique (manque à gagner) du titulaire du droit de propriété intellectuelle bafoué se compose tout d'abord des redevances d'exploitation du droit de propriété intellectuelle impayées par le contrefacteur (ce qui correspond à une partie du profit illicite du contrefacteur). Il y a donc une stricte équivalence entre cette part du profit illicite et une partie du gain man-

1. *Rapport Folz, op. cit.*, p. 10-11.

2. CJCE, 20 septembre 2001, Aff. C-453/99, *Courage et Crehan*, Recueil 2001, page I-6297, CJCE, 13 juillet 2006, Aff. jointes C-295-298/04, *Manfredi*, Recueil 2006, page I-6619, Comm. CE, *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM (2005) 672 final, disp. en ligne sur le site de la Commission, déc. 2005, Comm. CE, *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM (2008) 165 final, Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, transposée par l'ordonnance n°2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

3. Sur la mesure administrative volontaire d'interdiction de jeu de casino, voir [<http://www.joueurs-info-service.fr/joueurs/comment-reussir-a-arreter-de-jouer/se-faire-interdire-ou-exclure-des-casinos-et-sites-de-jeux/>]

4. Cass. 2^e civ, 30 juin 2011, n° 10-30838, *S^{te} Casino de la Baule c/Mme X*, RTD civ. 2011. 770, note P. Jourdain : désormais la perte de rémunération illicite est un préjudice réparable, *contra* sur la perte de jeux, Cass. 2^e civ, 22 fév. 2007, n° 06-11838, *Bull. civ.* 2007, II, n° 47, « une victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si celles-ci sont licites ».

qué de la victime. La restitution de cette partie du profit illicite au titre de la réparation du préjudice économique de la victime aurait donc pu s'effectuer en dehors de toute habilitation légale.

À l'inverse, la restitution du profit généré par l'activité contrefaisante à la victime, faute de concordance stricte entre profit illicite et profit manqué¹, parce qu'elle contrevient au principe de réparation intégrale, nécessitait une habilitation légale². Les dernières réformes en matière de réparation du préjudice causé par une contrefaçon attestent d'une double volonté, d'une part rendre au titulaire du droit privatif bafoué le fruit de la contrefaçon³ et mieux l'indemniser, d'autre part retirer des mains du contrefacteur le profit illicite. C'est précisément sur ce point que la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007⁴ a fait œuvre novatrice⁵, laquelle sera complétée par l'article 2 de la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014⁶. Désormais, en vertu de l'article L. 615-7 du Code de propriété intellectuelle⁷, « Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement, 1° Les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée, 2° Le préjudice moral causé à cette dernière, 3° Et les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de la contrefaçon ».

La restitution du profit illicite du contrefacteur à la victime au titre de l'indemnisation de ses préjudices économiques est donc entérinée par la loi et n'est absolument pas contredite par la doctrine. Une telle solution se justifie sans doute par le caractère réel du droit de propriété intellectuelle qui procure à son titulaire l'utilité économique de ce dernier. Certains auteurs comme Monsieur Grynbaum⁸ ou Monsieur Korman^{8 bis} se réfèrent au droit des biens pour conforter la modalité

1. Comme en matière de violation efficace d'une obligation de non concurrence, on ne peut établir une parfaite similitude entre le chiffre d'affaires retiré par le contrefacteur et celui qu'aurait retiré le titulaire du droit, notamment lorsque les capacités de production, diffèrent entre l'un et l'autre.

2. Avant la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, le principe de réparation intégrale limitait la mesure de confiscation prévue à l'article L. 335-6 du Code de propriété intellectuelle. À ce titre, « le matériel, les objets contrefaisants et les recettes ayant donné lieu à confiscation seraient remis à la victime ou à ses ayants droit pour les indemniser de leur préjudice ». Néanmoins la restitution des recettes ne devait pas excéder la réparation intégrale. Par conséquent, les recettes du contrefacteur étaient saisies par le droit mais encore une fois, dans la limite du principe de réparation intégrale. En d'autres termes, les dispositions avaient pour effet de renvoyer à l'article 1382 du Code civil, alors en vigueur.

3. Art. 14 de la Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007, art. 2 de Loi n° 2014-315 du 11 mars 2014.

4. Transposant la Directive CE du Parlement européen et du Conseil n° 2004-48 du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle. Elle fixe deux objectifs, harmoniser les procédures civiles pour réduire la tentation du *forum shopping* et améliorer l'indemnisation des victimes de contrefaçon.

5. Azzi (T.), « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *D.* 2008, p. 700, Caron (C.), « La contrefaçon nouvelle est arrivée », *Com. com. électr.*, décembre 2007, n° 12, repère 11, May (B.), « Améliorer l'indemnisation de la contrefaçon, la loi ne suffira pas », *Propt. ind.* mars 2008, n° 3, étude 4.

6. Évolution complétée (et achevée ?) par l'article 2 de la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 qui modifie l'article L. 615-7 C.P.I. en ce qu'il énumère les chefs de préjudice devant être indemnisés et ajoute au titre des bénéfices réalisés, les « économies d'investissements » dans un alinéa 3°.

7. Ces dispositions concernent également les dessins et modèles (Art. L. 521-7), les topographies de produits semi-conducteurs (par renvoi de l'Art. L. 622-7), les obtentions végétales (Art. L. 623-28), les marques (Art. L. 716-14) et la propriété littéraire (Art. L. 331-1-3).

8. Grynbaum (L.), Le Goffic (C.), Morlet-Haidara (L.), *Droit des activités numériques*, Dalloz, Précis, 1^{re} édition, 2014, spéc. n° 1319, p. 959, les auteurs comparent le piratage de logiciels à « l'usage non

de restitution. « La propriété d'une chose donne droit à tout ce qu'elle produit » affirme l'article 546 du Code civil. Et la possession de mauvaise foi d'une chose oblige le possesseur de mauvaise foi à restituer tous les fruits de la chose à son propriétaire, dispose l'article 549 du Code précité.

Notons que pour l'heure, peu de décisions osent se référer aux bénéfices du contrefacteur pour aggraver la réparation. Comme le remarque Madame Maréchal, « Au mieux, les bénéfices du contrefacteur sont mentionnés, mais ils apparaissent rarement comme un élément de calcul des indemnités. On peut même douter que l'application de la nouvelle loi ait conduit à un alourdissement des condamnations pour contrefaçon »¹.

Cette solution est-elle transposable à l'hypothèse de la concurrence déloyale ou de parasitisme ?

122. **L'hypothèse de la concurrence déloyale.** Des prétendues victimes d'agissements déloyaux ont pu invoquer au titre de leur préjudice économique que leur soit restituée une partie du profit illicite du concurrent déloyal composé « des économies d'investissement publicitaire de prospection et de charges de personnel »², des « économies d'investissement de marketing »³ ou encore « d'économies d'investissement nécessaires à la commercialisation du produit litigieux »⁴.

Dans un arrêt du 21 février 2012, la chambre commerciale exprime fermement son opposition à un tel mode de calcul. Elle casse, au visa de l'article 1382 du Code civil, un arrêt d'appel qui avait condamné l'auteur d'un comportement déloyal et parasitaire à restituer à la victime « l'économie réalisée pour le développement de son produit ». La Cour de cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir méconnu le principe de réparation intégrale au motif qu'« en statuant ainsi, alors que le préjudice subi du fait d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme ne s'identifie pas à l'économie réalisée par l'auteur de ces actes »⁵. La transposition de la solution applicable en matière de contrefaçon à la concurrence déloyale ne semble donc pas exempte de critique. Nous y reviendrons⁶.

Si l'on examine les différents cas de pratiques de concurrence déloyale et parasitisme, on peut avancer avec prudence que chaque fois qu'un opérateur cherche à nuire à un concurrent pour capter une partie de sa clientèle, et si un

autorisé d'un bien ». À l'instar du droit des biens, l'occupation sans droit ni titre d'un bien ouvre droit au propriétaire à une indemnité d'occupation.

8 bis. Korman (C.), « Les fruits restitués du parasitage économique », *Gaz. Pal.* 1988, II, doct. 703.

1. Maréchal (C.), « L'évaluation des dommages et intérêts en matière de contrefaçon », *RTD com.* 2012, p. 245, spéc. Conclusion.

2. CA Nancy, ch. com, 10 octobre 2002, n° 10/01499, en l'espèce, acte de concurrence déloyal n'est pas établi, la cour d'appel infirme donc le jugement de première instance qui avait alloué une indemnisation notamment au titre de l'économie d'investissement de 10 000 €.

3. CA Poitiers, 2^e civ, 4 octobre 2011, n° 10/02787, à propos d'une reproduction de packaging d'un concurrent, acte de concurrence déloyal et de parasitisme commercial confirmé par la Cour d'appel mais ordonne une expertise relative à l'indemnisation.

4. CA Bordeaux, 17 mars 2005, n° 03/01278, en l'espèce, acte de concurrence déloyal est établi et résulte d'une démarche publicitaire entretenant une confusion avec des produits concurrents.

5. Cass. com. 21 février 2012, n° 10-27866, *S^{te} Coudene Michel c/S^{te} Midi Tielles*, D. 2012. 2760, note Y. Serra.

6. Voir *infra*, n° 250.

préjudice économique est établi¹ par la victime, la concordance entre ledit préjudice et le surprofit éventuellement retiré par le concurrent déloyal est au mieux, « partielle ». À l'inverse en matière d'actes parasitaires commis au préjudice d'un opérateur agissant sur un autre marché que l'agent déloyal, il n'y a pas véritablement de concordance entre les « économies de dépense »² de l'opérateur, auteur de parasitisme, et le préjudice éventuel de la victime dans la mesure où leurs activités commerciales sont par principe différentes. Une telle adéquation est encore plus contestable si la victime de l'acte parasitaire subit un préjudice moral essentiellement (dévalorisation de la marque).

Synthèse section II. Il ressort de ces développements que rares sont les cas de fautes lucratives dans lesquels la fonction indemnitaire de la responsabilité autorise la confiscation, restitution du profit illicite à la victime, sans contrevenir au principe de réparation intégrale. Il s'agit principalement de certains cas de violations efficaces du contrat (*surbooking*) et des pratiques anticoncurrentielles. Encore faut-il néanmoins que l'action en réparation du préjudice économique causé par une telle faute lucrative soit exercée par les victimes.

Dans les autres cas, soit la fonction indemnitaire est impuissante notamment lorsque la faute lucrative ne cause qu'un préjudice moral à la victime (presse à scandale), soit elle est limitée faute de concordance totale entre le profit illicite et le manque à gagner de la victime.

Tant qu'il n'y aura pas de sanction du profit, indépendante de la réparation, le reliquat de profit illicite non restitué à la victime *via* la réparation de son préjudice économique demeurera entre les mains de l'auteur de la faute.

1. En matière de dénigrement, seul un préjudice d'image a pu être établi, Cass. com., 24 sept. 2013, *Plein Air international et K France contre ADG*, n° 12-19.790, note *Rev. Concurrences*, 2014-1, chron, R. Mesa : une cour d'appel condamne une société fabricant et commercialisant des appareils au gaz pour avoir envoyé une lettre recommandée à trois distributeurs leur informant de la non-conformité des produits concurrents qu'ils distribuaient à une directive européenne, caractérisant ainsi un acte de dénigrement, en dépit de la véracité des informations divulguées. Les sociétés concurrentes ont obtenu réparation de leur préjudice d'image en appel. Le pourvoi formé contre cette décision par la société condamnée a été rejeté.

2. Cass. com., 26 janvier 1999, n° 96-22.457, *D.* 2000, 87, note Y. Serra, la notion de parasitisme suppose un comportement « économe » consistant à profiter de la notoriété d'autrui « sans rien dépenser de ses efforts et de son savoir faire ».

CONCLUSION DU CHAPITRE I

L'examen de cette première composante d'une faute lucrative, son résultat économique, a révélé les failles du Droit qui ont sans nul doute contribué à l'expansion de ce phénomène.

En droit « classique » (ou non économique), ces failles sont saillantes et témoignent d'une indifférence de principe au profit illicite tiré d'une faute. En droit pénal, cette faille consiste essentiellement en un système d'amende à « plafond fixe » ce qui laisse espérer à tout agent économique qu'une activité économique lucrative, fût-elle une infraction pénale, lui rapporte plus qu'elle ne coûte. En droit civil, cette faille est double et résulte des limites des fonctions de la responsabilité civile, d'une part l'ataraxie de la fonction normative de la responsabilité civile explique l'absence de sanction du profit illicite d'une faute indépendante de la réparation du dommage. D'autre part, la fonction indemnitaire enserrée dans le principe de réparation intégrale empêche de prendre en compte les profits d'une faute dans la réparation du dommage. Et quand bien même il y aurait une certaine concordance entre le profit illicite de l'auteur et le gain manqué de la victime, rares sont les hypothèses dans lesquelles le principe de réparation intégrale autorise la confiscation intégrale du résultat économique par l'intermédiaire de la réparation du préjudice économique.

En droit économique, ces failles sont moins manifestes dans la mesure où le surprofit est intrinsèque au droit de la concurrence. Toutefois, parce qu'il ne constitue pas un critère formel de qualification ou de répression des infractions et délits du droit de la concurrence, le surprofit n'est pas systématiquement pris en compte. Tant que le surprofit ne constituera pas un critère autonome d'évaluation de la sanction, l'espoir d'un gain illicite généré par une pratique anticoncurrentielle sera permis. Et tant que les amendes administratives du droit des pratiques restrictives de concurrence seront assorties d'un plafond fixe, en dépit du rehaussement des *quanta*, elles permettront la réalisation d'un gain illicite.

Le résultat économique d'une faute lucrative s'explique donc par des failles du Droit, instrumentalisées par les opérateurs économiques. Ce sont précisément ces failles, ou zones d'inefficacité du Droit, qui nourrissent l'espoir d'un gain illicite issu d'une faute. Néanmoins, il ressort de cette étude du résultat économique que le profit illicite d'une faute, infraction n'est pas (plus) une inconnue du Droit. Les lacunes soulevées en Droit pénal et en Droit civil sont aujourd'hui bien identifiées et certaines solutions ont été développées par le législateur pour pallier ces carences. On pense notamment à la peine de confis-

cation en droit pénal et aux dommages et intérêts extra-compensatoires en droit civil de la contrefaçon. Mais de telles mesures, cantonnées par un champ d'application trop strict, ne permettent pas d'enrayer systématiquement tout espoir de gain illicite.

CHAPITRE II

Le résultat dommageable

123. **Description du résultat dommageable d'une faute lucrative.** La seconde composante de l'élément matériel d'une faute lucrative réside dans le dommage qu'elle provoque. Lorsque pour des raisons économiques, un opérateur du marché ne respecte pas les obligations légales ou réglementaires afférentes à son activité économique, ou viole délibérément la loi, il prend le risque de causer un dommage à autrui, voire en outre à la collectivité.

Le résultat dommageable d'une faute lucrative se décrit ainsi, quant à sa nature, il constitue soit un dommage subjectif (atteinte au droit particulier patrimonial ou extrapatrimonial de la victime) soit un dommage objectif (atteinte à l'ordre public de marché). Quant à son étendue, le résultat dommageable constitue *a minima* un dommage potentiel ou risque de dommage, et *a maxima*, un dommage réalisé.

124. **Nature du résultat dommageable, dommage objectif, dommage subjectif.** La nature du résultat dommageable dépend tout d'abord de l'élément légal de la faute lucrative.

Lorsque la faute lucrative consiste en une infraction pénale ou une infraction au droit de la concurrence (faute assortie d'une sanction publique expresse¹), elle cause non seulement un dommage objectif à l'ordre public de Marché, mais également des dommages subjectifs aux victimes de la faute. Nous préciserons que ce dommage objectif peut constituer en une atteinte à une valeur marchande de l'ordre public de marché (la concurrence) ou une valeur non marchande (la santé publique, l'intégrité physique, l'environnement). En effet, certaines infractions à l'ordre public de marché peuvent avoir des conséquences sur le Vivant, c'est le cas d'une tromperie portant sur un produit agro-alimentaire, ou d'une contrefaçon de médicaments². L'infraction de tromperie simple parce qu'elle porte atteinte à l'intégrité du consentement du consommateur, porte atteinte à la libre concurrence. L'infraction de tromperie aggravée, parce qu'elle génère un risque pour la santé humaine, porte atteinte à l'intégrité physique.

1. Voir *supra*, n° 76 et s.

2. Voir *supra*, n° 78, il s'agit des infractions pénales de tromperie aggravée, contrefaçon aggravée.

À l'inverse si la faute lucrative ne constitue qu'un délit civil de droit commun (non assorti de sanction publique expresse¹), son résultat dommageable se compose de dommages subjectifs. Dommages subjectifs qui peuvent être patrimoniaux ou extra-patrimoniaux, selon la nature de l'intérêt auquel la faute lucrative porte atteinte.

Par conséquent, le résultat dommageable est composé soit d'un dommage objectif et d'un dommage subjectif², soit d'un seul dommage subjectif.

125. **Étendue du résultat dommageable, dommage potentiel, dommage réalisé.** L'étendue du résultat dommageable d'une faute lucrative est variable. En effet une faute lucrative peut générer soit un risque de dommage, soit un dommage réalisé.

Lorsqu'un armateur donne en affrètement un navire dont il pouvait ignorer l'état de délabrement avancé et que l'affrètement n'apporte pas les réparations nécessaires à son navire pour économiser une dépense, tous deux créent un risque que ce dernier fasse naufrage en cas de mauvais temps et déverse ses hydrocarbures dans la mer. Le résultat dommageable d'un tel comportement est au moins un risque d'atteinte à l'environnement civilement répréhensible³, au plus un délit pénal de pollution par hydrocarbure non intentionnelle⁴. Par ailleurs, lorsqu'un agent commercialise un faux médicament qu'il sait non conforme à la réglementation ou présentant un risque pour l'homme, le résultat dommageable généré est *a minima* un risque pour la santé de l'homme (*affaire Poly Implant Mammaires*) et *a maxima* une atteinte à son intégrité physique (*affaire du Mediator*).

Mais le constat d'un dommage potentiel suffit à caractériser le résultat dommageable d'une faute lucrative. Si le dommage se réalise, la faute lucrative n'en est pas moins déjà constituée dès le stade du risque de dommage. Le dommage potentiel est alors absorbé par le dommage réalisé. Par conséquent, le dommage potentiel, au titre du résultat dommageable, suffit à caractériser une faute lucrative (Section I). Dans la définition doctrinale de la faute lucrative, il est d'usage de comparer le profit illicite au montant de la réparation, ce qui suppose que la faute lucrative cause (ou puisse causer) un dommage réalisé⁵. S'il n'est pas un élément constitutif de la faute lucrative, le dommage réalisé n'en demeure pas moins un élément de calcul. Car si le montant des réparations ou si la probabi-

1. Voir *supra*, n° 85 et s.

2. Sur la notion d'infraction d'intérêt général, voir : Desportes (F.), Lazerges-Cousquer (L.), *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e éd. 2016, n° 1375-1376, p. 944-945, il s'agit d'une infraction qui ne cause qu'un préjudice social (dommage objectif) et entraîne ce faisant l'irrecevabilité de l'action civile en réparation d'un préjudice particulier.

3. Art. L. 161-1, III C. env. « III. Constitue une menace imminente de dommage causé à l'environnement pour l'application du présent titre une probabilité suffisante que survienne un tel dommage dans un avenir proche ».

4. Art. L. 218-19 C. env.

5. À propos de la faute lucrative, Grare-Didier (C.), *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005, n° 507 « la faute engendre bien un dommage, mais le bénéfice résultant de la faute est supérieur au coût de la réparation imposée à l'auteur », Mesa (R.), « Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », *op. cit.*, du même auteur : « La consécration d'une responsabilité civile punitive, une solution au problème des fautes lucratives », *Gaz. Pal.* 20 nov 2009, p. 15 : cet auteur défend l'idée que la faute lucrative est un comportement illicite générateur d'un gain ou d'une économie indépendamment ou complémentirement du préjudice qu'elle est susceptible de causer à une éventuelle victime.

lité de l'action en réparation est faible, alors l'opérateur économique peut espérer s'enrichir de l'activité illicite au-delà de son coût (Section II).

126. **Réaction insuffisante du droit face au résultat dommageable.** Si une faute peut procurer un profit illicite qui subsiste au coût de la sanction juridique, cela signifie que le coût de la faute est inférieur à son avantage. En d'autres termes, une faute est lucrative chaque fois que le coût de son résultat dommageable est inférieur à son résultat économique.

De même que pour le résultat économique, un tel bilan trahit une insuffisance du droit. Cette « faille » réside cette fois dans l'insuffisance du coût social d'une faute (que le dommage eut été objectif et/ou subjectif).

Ainsi, les développements consacrés au résultat dommageable d'une faute lucrative s'inscriront, à l'instar des précédents sur le résultat économique, dans une approche d'analyse économique du droit. L'angle d'analyse du résultat dommageable que nous retiendrons est donc celui de son évaluation économique. Il nous faudra jauger le coût du résultat dommageable d'une faute lucrative pour comprendre pourquoi le résultat économique d'une faute peut être supérieur à celui-ci.

SECTION I : LE RISQUE DE DOMMAGE, ÉLÉMENT MATÉRIEL DE LA FAUTE LUCRATIVE

127. **Toute faute lucrative cause nécessairement un risque de dommage.** Parce que la faute lucrative est avant tout une faute, elle consiste en une violation de l'ordre public¹. Or, nous avons expliqué que toutes les règles impératives composant l'ordre public de marché ont pour finalité d'atteindre l'efficacité de marché, ou le prix d'équilibre. Par conséquent, et inévitablement, toute méconnaissance de l'ordre public de marché compromet cet objectif et fausse le prix d'équilibre.

Il en résulte que toute faute lucrative cause nécessairement un risque de dommage au Marché. Et parce que certaines règles du marché poursuivent aussi un objectif de protection des consommateurs, leur violation crée un risque d'atteinte au Vivant (A).

Outre le risque d'atteinte à l'intérêt général, certaines victimes peuvent exciper d'un risque de préjudice causé par la violation de l'ordre public. Hormis les cas dans lesquels une faute lucrative constitue une infraction d'intérêt général², la faute lucrative peut en effet causer des dommages subjectifs potentiels (B).

À travers deux angles d'analyse du risque de dommage, l'un juridique, l'autre économique, nous verrons d'une part que le risque de dommage est mieux saisi par le droit répressif que par le droit de la responsabilité civile. Nous verrons d'autre part qu'en dehors du droit des pratiques anticoncurrentielles, le coût du risque de dommage est faible et nourrit de ce fait des stratégies de calculs coût-avantage.

1. Voir *supra* n° 33.

2. Les cas d'infraction d'intérêt général se raréfient : Bonfils (P.), *L'action civile, essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000, n° 39, p. 62.

A. Le risque de dommage objectif

128. *Les fautes lucratives générant un risque de dommage objectif.* Certaines fautes lucratives génèrent un risque de dommage objectif. Comme nous l'avons précisé, ce dommage objectif « potentiel » peut consister en une atteinte potentielle à une valeur marchande ou non marchande. Le droit de la concurrence appréhende le risque de dommage au Marché, à travers le droit des pratiques restrictives de concurrence ou l'infraction au droit de la concurrence par objet. De même, le droit pénal appréhende le risque d'atteinte au Vivant, par le biais notamment des infractions de fraude aggravée ou de délit de pollution (1).

Or, l'évaluation du risque de dommage objectif en Droit, montre que son « coût » est parfois insignifiant. Un agent économique doué de rationalité économique sera tenté de commettre une telle faute après avoir mis en balance le coût et le gain escompte de la faute (2).

1. L'incrimination du risque de dommage objectif

129. *L'incrimination du risque de dommage au Vivant.* En droit pénal, la protection des valeurs sociales les plus éminentes est tout d'abord assurée par des incriminations dites « de risque »¹ ou « en amont » d'une atteinte effective. À ce titre, elles permettent d'incriminer certains comportements avant la réalisation d'un dommage. On distingue aujourd'hui trois catégories d'incrimination du risque, toutes trois poursuivant un objectif de prévention.

C'est le cas tout d'abord des infractions dites « formelles », lesquelles consistent en un comportement susceptible de produire un dommage. Elles sont donc réputées consommées indépendamment de la réalisation de ce dommage², c'est le cas du délit de fraude, tromperie. La seconde catégorie réunit les « infractions-obstacles », qui à l'instar des infractions formelles, incriminent des comportements dangereux susceptibles de créer un dommage. Mais elles s'en distinguent par le fait que la réalisation du résultat caractérise une autre infraction³. Par conséquent, « en réprimant le comportement initial, le législateur entend faire obstacle à la commission de cette seconde infraction »⁴. Enfin, les infractions de mise en danger constituent une catégorie intermédiaire entre les deux précédentes. Elles incriminent des comportements créant un risque grave d'atteinte à la vie ou à l'intégrité de la personne, bien que leurs auteurs n'en aient pas souhaité la réalisation⁵.

1. Malabat (V.), « Retour sur le résultat de l'infraction », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 443, spéc. p. 458 : l'auteur classe les infractions formelles et infractions obstacles parmi ce qu'elle appelle « infraction de risque », par opposition aux « infractions de lésion » englobant les infractions matérielles.

2. Ex. crime d'empoisonnement, défini à l'article 221-5 C.P. comme « le fait d'attenter à la vie d'une d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort ».

3. Exemple, le complot, incriminé à l'article 412-2 du C.P. « Constitue un complot la résolution arrêtée entre plusieurs personnes de commettre un attentat lorsque cette résolution est concrétisée par un ou plusieurs actes matériels ». Citons également le délit de participation à une association de malfaiteurs, incriminé à l'Art. 450-1 C.P. qui a pour objet de prévenir toutes les infractions contre les biens ou les personnes.

4. Desportes (F.), Le Guehrec (F.), *Droit pénal général*, Economica, *op. cit.*, n° 461, p. 420.

5. Par exemple : le délit de risques causés à autrui, incriminé à l'article 223-1 du C. pén.

Toutes ces infractions résultent d'une conception subjective du droit pénal, selon laquelle la répression doit intervenir dès la manifestation de la volonté de commettre un délit. Et parce que ce mouvement a vocation à faire intervenir la répression pénale avant la réalisation du résultat dommageable, il permet d'assurer une protection en amont des valeurs sociales éminentes.

Prenons l'exemple de fraude aggravée qui a pour « conséquence de rendre le produit dangereux pour la santé de l'homme ou de l'animal » incriminé par l'article L. 454-3, 1° du Code de la consommation (anc. art. L. 213-2 C. conso.) d'une part. Et observons le délit de contrefaçon aggravée portant sur des « marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou de l'animal » incriminé par l'incrimination L. 615-14 du Code de propriété intellectuelle¹ d'autre part. Dans les deux cas, le texte d'incrimination fait référence au danger créé par les comportements interdits. Ce qui laisse entendre que le droit prend en compte la situation particulière d'une contrefaçon ou d'une fraude qui crée un risque pour la santé du Vivant.

Mais encore faut-il établir le risque pour la santé des produits et services objets de tromperie aggravée ou de contrefaçon et le lien de causalité entre le fait délictueux et le danger.

130. **La nécessité de prouver le risque.** C'était sur le chef de tromperie aggravée que des poursuites correctionnelles ont été engagées contre les responsables du groupe Servier concernant le médicament *Mediator* et contre les responsables de la société PIP (*Poly Implant Prothese*) à propos de prothèses mammaires.

Dans la première affaire², c'est au terme d'une enquête rigoureuse et d'un rapport remis au Sénat que la « dangerosité potentielle du *Mediator* » a été établie compte tenu de sa parenté structurale avec les *fenfluramines*³. Cette affaire de santé publique fut une occasion pour la doctrine juridique et médicale de rappeler que le médicament n'est pas un produit comme les autres. Dans son étude consacrée à la responsabilité pénale du fait des médicaments dangereux, Monsieur Py insiste sur le fait que « tout médicament est par nature susceptible de générer un danger »⁴. De ce fait, il souligne la difficulté d'identifier un danger répréhensible d'un produit tel que le médicament. Aussi, pour démontrer un risque de danger répréhensible juridiquement, l'auteur explique que les chercheurs doivent passer « du doute à la certitude du risque ». Cette certitude du risque sera finalement déduite de la preuve du lien entre le médicament et le risque sanitaire, lorsque le directeur général de l'Agence française de sécurité

1. Respectivement en droit des dessins et modèles, en droit des marques et en droit des brevets.

2. Pour l'heure la seule décision rendue au fond concerne la responsabilité de l'État, T. adm. Paris, 3 juillet 2014, n° 1312345/6, note Petit (J.), *RFDA* 2014.1193, Cass. crim. 16 déc. 2014, n° 14-82.815, confirme la mise en examen du chef de participation à une prise illégale d'intérêts, d'un membre, devenu président de la commission d'autorisation de mise sur le marché ayant donné son avis sur des autorisations demandées par la société Servier, puis devenu consultant de cette société trois plus tard.

3. Rapport n° 409 portant sur le contrôle de l'AFSSAPS, Sénat, juillet, 2003, p. 58 cité *in* Peigne (J.), « Du *Mediator* aux prothèses PIP en passant par la loi du 29 décembre 2011 relative à la sécurité sanitaire des produits de santé », *Revue de droit sanitaire et social*, 2012, n° 2, p. 315.

4. Py (B.), « La responsabilité pénale du fait des médicaments dangereux », in *Les responsabilités du fait des médicaments dangereux*, S. Hocquet-Berg (dir.), *Revue générale de droit médical*, NS 2012, p. 123, « médicament et danger, un pléonasme ».

sanitaire des produits de santé (AFSSAPS)^{1, 2} ordonnera la suspension et le retrait du médicament du marché.

Dans la seconde affaire, Monsieur Jean-Claude Mas, fondateur de la société PIP et principal prévenu, contestait la qualification de tromperie aggravée dans la mesure où le lien de causalité entre les prothèses litigieuses et le risque de développer un cancer en cas de rupture de la prothèse n'était pas établi. Il semblerait néanmoins que ce lien ait été admis « par défaut »³ puisqu'il fut condamné sur ce chef d'inculpation par le tribunal correctionnel de Marseille le 10 décembre 2013⁴.

Dans l'attente des décisions de justice sur l'existence d'une tromperie aggravée dans ces deux affaires, il est intéressant de remarquer que la qualification de tromperie aggravée est aussi bien invoquée dans le cas d'un risque sanitaire révélé par la mort de consommateur donc par la réalisation du dommage (*affaire Mediator*)⁵, que dans le cas d'un risque de dommage lié à l'éclatement de prothèses défectueuses (*affaire des prothèses mammaires*).

131. **L'incrimination du risque d'atteinte au Marché.** En droit de la concurrence, le risque d'atteinte à la concurrence est saisi par le droit des pratiques anticoncurrentielles à travers l'incrimination des infractions par objet et par le droit des pratiques restrictives de concurrence à travers les délits *per se*.

Tout d'abord, les infractions par objet sont celles dont l'« objectif », le « but poursuivi »⁶ est de restreindre la concurrence, ce qui suppose une analyse casuistique des objectifs des pratiques. C'est en effet la première étape du raisonnement des autorités, examiner l'objet des pratiques litigieuses⁷. La démonstration de l'objet est plus ou moins aisée, soit il est par nature anticoncurrentiel, soit il l'est replacé dans un contexte juridique et économique. Ainsi, l'objet anticoncurrentiel pourra se déduire des termes de l'entente, si elle

1. Devenue Agence de sécurité des médicaments et des produits de santé (ANSM) par la loi n° 2011-2012 du 28 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

2. T. adm. Paris, 3 juillet 2014, n° 1312345/6, note Petit (J.), *RFDA* 2014.1193, une patiente engage la responsabilité pour faute de l'État et de l'AFSSAPS et demande l'indemnisation de ses préjudices. Le tribunal déclare l'État responsable « des conséquences dommageables éventuelles » pour la requérante de l'absorption du *Mediator*. Cependant, il prescrit une expertise avant dire droit, portant sur le lien de causalité entre l'absorption du *Mediator* et les préjudices invoqués par la requérante, pour statuer sur les conclusions indemnitaires.

3. Expression empruntée à Monteiro (E.), « L'anticipation des risques à l'épreuve du droit pénal », in « L'anticipation des risques par l'entreprise », colloque, La Rochelle 31 janvier 2014, *Rev. Lamy Droit des affaires*, 2014, n° 91.

4. Trib. corr. Marseille 10 décembre 2013, « en choisissant de remplir tout ou partie des prothèses mammaires destinées à être implantées dans le corps humain d'un gel [non agréé] qui a été fabriqué dans des conditions aléatoires [...], les prévenus ont consciemment exposé les utilisatrices de ces dispositifs à un risque pour leur santé ».

5. Le rapport n° 409 recense les différents dommages occasionnés par la prise du *Mediator*, décès, complication etc.

6. Cons. conc, *Études thématiques, Effet, objet et intention anticoncurrentiels*, in *Rapport annuel* 2003, p. 55-77, p. 57.

7. CJCE, 17 juin 1997, *Ferrière Nord/Commission*, C-219/95 P, §14-15, « Le caractère non cumulatif mais alternatif de la présente condition, marqué par la conjonction « ou » conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué [...] ».

consiste en une pratique de *boycott*¹, une *offre de couverture*² ou *des accords de répartition de marchés*³. La Cour de Justice de l'Union européenne les qualifie d'*infractions* patentées⁴. Sans employer ce terme, l'Autorité de la concurrence juge que certaines pratiques ont en effet nécessairement un objet anticoncurrentiel, c'est le cas des pratiques d'éviction d'un opérateur du marché, de restriction des échanges ou d'ententes sur les prix. Dans ces cas, la prise en compte des effets concrets est superflue, au stade de la qualification.

En droit des pratiques restrictives de concurrence, l'incrimination du risque d'atteinte au Marché prend la forme d'interdiction *per se*. Les abus de comportements visés par la liste de l'article L. 442-6, I du Code de commerce sont interdits indépendamment de leur effet concret sur le marché. À l'instar de l'infraction par objet, le « délit civil »⁵ *per se* repose sur une « présomption » de dommage à l'économie. En effet, la nocivité de ces pratiques déloyales est indéniable. La doctrine est unanime sur ce constat⁶ tout comme les rapports officiels⁷.

Le risque de dommage à l'économie est donc saisi par le droit économique à travers ces deux incriminations, l'infraction par objet et le délit *per se*. On pourrait penser que ces incriminations du seul risque présentent l'intérêt d'agir en amont d'une réelle atteinte à la concurrence. Néanmoins, le dommage à l'économie est bien souvent déjà consommé, les infractions par objet étant les plus

1. Cass. com., 22 oct. 2002, *FFSA*, n° 00-18048, cité in Cons. conc, *Études thématiques*, préc, p. 60, « Mais attendu que le boycott constitue une action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché ».

2. Déc. Cons. conc, 01-D-13 du 19 avril 2001, relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport public de voyageurs dans le département du Pas-de-Calais, dans le domaine des marchés publics, les échanges d'information avant le dépôt des offres, sont anticoncurrentiels en soi, sans tenir compte des effets concrets des pratiques.

3. Cons. conc, *Études thématiques*, préc, p. 61.

4. TPICE, 10 mars 1992, aff. T-14/89, *Montedipe c/Commission*, csdt 137, « À la lumière de ces considérations, le Tribunal constate que c'est à juste titre que la Commission a qualifié d'infractions particulièrement graves et patentées les fixations d'objectifs de prix et de volumes de vente ainsi que l'adoption de mesures destinées à faciliter la mise en oeuvre des objectifs de prix, visant à fausser l'évolution normale des prix sur le marché du polypropylène ».

5. Expression empruntée à Pédamon (M.), Kenfack (H.), *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce-Concurrence et contrats du commerce*, Précis Dalloz, 3^e éd. 2011, p. 619.

6. Lucas de Leyssac (C.), Parléani (G.), *Droit du marché*, PUF, 2002, p. 936, Les Professeurs Parléani et Lucas de Leyssac observaient déjà en 2002 que « plus que par le passé, la raison d'être des prohibitions contenues à l'article L 442-6 C. com est de lutter contre l'abus de dépendance et la disproportion des prestations réciproques. En elle-même une telle volonté ne peut être critiquée. Elle est même nécessaire au bon fonctionnement de la concurrence », Decocq (A.), « De l'avenir des pratiques restrictives, la loi du 3 janvier 2008, rapport Hagelsteen », *Revue de jurisprudence commerciale* mars-avril 2008, n° 2, p. 96-103, l'auteur soutient que « la raison d'être principale des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence réside dans la volonté de corriger le rapport de force contractuel entre les grands distributeurs en position d'oligopole et les producteurs qui est largement défavorable à ceux-ci. La raison d'être secondaire est de remédier au désavantage dans la concurrence sur le marché de la distribution que subissent les petites et moyennes entreprises par rapport à ces mêmes grands distributeurs ».

7. Hagelsteen (M.-D.), *La négociation des tarifs et les conditions générales de vente*, La documentation française 2009, p. 9^o, le *Rapport Hagelsteen* remis au ministre de l'Économie le 12 février 2008 rappelle que le titre IV poursuit des fins différentes de celles du droit de la concurrence. Ainsi, il est expliqué qu'« en dépit de son appellation (« De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées »), le titre IV du livre IV du Code de commerce vise principalement à garantir, au nom de l'ordre public économique, la transparence (chap. I) et la loyauté des relations commerciales entre fournisseurs et clients, notamment la grande distribution (chap. II), sans réelle considération pour les éventuels effets des pratiques visées sur la concurrence », Attali (J.) (dir.), *Rapport pour la libération de la croissance française*, La documentation française, 2008, p. 144 et s.

graves (accord de réparation des marchés, accord de fixation des prix, etc.). Finalement, ces incriminations du risque ont surtout pour objectif de faciliter la caractérisation de l'infraction.

2. L'évaluation du risque de dommage objectif

132. **Le coût insignifiant du risque de dommage au Vivant.** Si le risque peut être incriminé et réprimé en tant que tel dans des infractions de mise en danger, c'est le cas du délit de pollution, il peut aussi être appréhendé à titre de circonstance aggravante d'une infraction formelle. C'est le cas des délits de fraude ou de contrefaçon lorsqu'ils génèrent un danger pour la santé. Le législateur prévoit alors une sanction renforcée par rapport à celle encourue en cas de fraude ou de contrefaçon simple.

Le danger pour la santé d'autrui constitue alors une circonstance aggravante « réelle »¹ entraînant le doublement des peines principales prévues pour le délit de tromperie simple² et moins du doublement des peines principales prévues pour le délit de contrefaçon³. Notons que la *loi Hamon* du 17 mars 2014 a modifié les *quanta* de l'infraction de tromperie, à la suite de l'*affaire de la Viande chevaline*. Désormais, le coût monétaire du risque pour la santé de l'homme ou de l'animal s'élève respectivement à 600 000 € ou 10 % du chiffre d'affaires et 5 ans d'emprisonnement, alors que sous l'empire de l'article L. 213-2 du Code de la consommation (dans sa version antérieure à la loi n°2015-990 du 6 août 2015), ces peines s'élevaient à 500 000 € d'amende et à 4 ans d'emprisonnement, pour une personne physique. Aussi, dans l'*affaire PIP*, Monsieur Jean-Claude Mas, fondateur de la société PIP, fut condamné à une peine d'emprisonnement de 4 ans et à une amende de 75 000 €, conformément aux *maxima* légaux en vigueur au moment des faits. Notons que la société Poly implant Prothese réalisait un chiffre d'affaires de 9 950 000 € sur l'année 2009⁴, avant que la tromperie portant sur les prothèses mammaires ne soit découverte. Le coût de la fraude était donc inférieur au gain.

Quant à la contrefaçon de médicaments, selon des sources officielles, elle génère un chiffre d'affaires de 45 milliards d'euros par an⁵. Le coût du risque de dommage au Vivant est indubitablement inférieur au résultat économique. Toutefois une ordonnance portant sur l'harmonisation des sanctions pénales et financières relatives aux produits de santé a été présentée au Conseil des ministres du 18 décembre 2013⁶. Le projet de texte prévoit notamment une aggra-

1. Binctin (N.), *JCL Droit pénal des affaires*, Fasc. 10, « La contrefaçon de brevet », 2013, n° 96.

2. Art. L. 413-1 C. conso. (anc. art. L. 213-2 C. consommation).

3. Art. L. 615-14 C.P.I. une personne physique encourt une peine de 5 ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende au lieu de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende, lire, Stasiak (F.), « Les sanctions de la contrefaçon », *Communication et commerce électronique* n° 1, janvier 2009, étude 1.

4. Voir, [<http://www.societe.com/societe>].

5. *Les chiffres clés de la contrefaçon de médicaments*, Publié le 7 juin 2013, in [<https://www.pfizer.fr/responsabilite/contrefacon-de-medicaments/les-chiffres-cles.aspx#7>].

6. Ord. du 19 décembre 2013, relative à l'harmonisation des sanctions pénales et financières relatives aux produits de santé et à l'adaptation des prérogatives des autorités et des agents chargés de constater les manquements, a été présentée au Conseil des ministres du 18 décembre 2013 et publiée au *Journal officiel* du 20 décembre 2013. Des dispositions visent à renforcer les prérogatives des

vation des sanctions pénales et administratives encourues dans le domaine des médicaments et des dispositifs médicaux. L'une d'elles consiste notamment à rehausser le *quantum* de la peine encourue par « Le fait d'importer, de mettre sur le marché, de mettre en service ou d'utiliser un dispositif médical sans qu'ait été délivré le certificat mentionné à l'article L. 5211-3 » incriminé à l'article L. 5461-3 du Code de la santé publique¹. *Quantum* qui est aggravé lorsqu'un tel dispositif créer un risque grave pour la santé de l'homme à 750 000 € d'amende². Cette réforme n'est pas sans rappeler les affaires précitées, *Mediator* et *PIP*.

Ces développements ont montré qu'une faute lucrative, fut-elle potentiellement attentatoire au Vivant, peut être commise chaque fois que le coût du risque de dommage au Vivant est inférieur au résultat économique. En plus du plafond fixe des amendes, leur faible montant contribue à nourrir des calculs coût-avantage.

133. **Le coût du risque d'atteinte au Marché.** Le coût du risque d'atteinte au Marché dépend de l'incrimination.

Lorsque la faute lucrative consiste en une pratique restrictive de concurrence, le coût de l'atteinte potentielle au Marché se compose d'une amende (administrative ou civile) à plafond fixe (le plafond proportionnel de l'amende civile étant pour l'heure inutilisé) et d'une mesure de cessation. Il en résulte une évaluation du risque facilitée et encourageante pour l'agent économique, grâce au plafond de l'amende, le coût maximal peut être anticipé et comparé au gain escompté, tandis que la cessation de l'illicite représente un coût zéro³. Par conséquent, l'évaluation du risque d'atteinte au Marché en droit des pratiques restrictives de concurrence est favorable à la commission de faute lucrative.

Notons toutefois que pour augmenter le coût d'une mesure de cessation, la *loi Hamon* du 17 mars 2014 a créé une amende administrative chaque fois que l'existence d'une clause abusive noire est constatée dans un contrat conclu entre professionnel et non professionnel ou consommateur⁴. Cette initiative est salubre, mais manque encore un objectif de dissuasion dans la mesure où le plafond de l'amende est fixe, il ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale.

À l'inverse, lorsque la faute lucrative consiste en une pratique anticoncurrentielle, le coût de l'atteinte potentielle s'évalue en fonction d'une amende assortie d'un plafond proportionnel au chiffre d'affaires de l'entreprise, conformément

agents et des autorités (inspecteurs de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) et des Agences régionales de santé (ARS)) chargés de constater les manquements.

1. Art. 14 Ord. du 19 décembre 2013, « L'article L. 5461-3 est ainsi modifié, 1° Le premier alinéa est précédé de la mention « I » et les mots, « est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. » sont remplacés par les mots, « ou un dispositif médical non conforme aux exigences essentielles mentionnées au même article ou dont la certification de conformité n'est plus valide, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende ».

2. Suite, 2° L'article est complété par les quatre alinéas suivants, « II. - Les peines mentionnées à l'alinéa précédent sont portées à sept ans d'emprisonnement et 750 000 € d'amende, lorsque, « 1° Le dispositif médical commercialisé est de nature à entraîner un risque grave pour la santé de l'homme, [...] ».

3. Voir *infra*, n° 140.

4. Art. L. 132-2 C. conso. issu de l'article 114 de Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, devenu art. L. 241-2 C. conso.

à l'article L. 464-2, I du Code de commerce. Selon l'article précité, le montant de l'amende est fixé au regard de « la gravité des faits reprochés, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation de l'organisme et l'éventuelle réitération de pratiques ». Par conséquent, si la pratique illicite n'a créé qu'un risque de dommage au Marché, le montant de l'amende sera proportionnel aux autres critères. Le coût de l'atteinte potentielle au Marché est donc plus élevé en droit des pratiques anticoncurrentielles qu'en droit des pratiques restrictives.

Synthèse A. Ces propos nous conduisent à la conclusion suivante, exception faite du droit des pratiques anticoncurrentielles, le risque de dommage objectif est un résultat dommageable sous-évalué par le droit. En outre, l'analyse comparative du coût du risque de dommage au Marché et au Vivant montre que le premier est plus élevé que le second, ce qui contrevient à la hiérarchie des valeurs sociales de notre système juridique¹.

B. Le risque de dommage subjectif et son coût

134. **La notion de risque de dommage en droit de la responsabilité civile.** Qu'une faute lucrative cause ou non cumulativement un risque de dommage objectif et un risque de dommage subjectif, le droit de la responsabilité civile appréhende « avec distance » le risque de dommage.

Le risque de dommage est une notion apparue concomitamment au développement d'activités humaines potentiellement nuisibles, mais non moins profitables à l'homme. *A priori*, cette notion dépasse le champ de la réparation puisque le risque de dommage ne remplit pas la condition de certitude. En effet, le risque de dommage correspondrait, à un dommage virtuel, potentiel, « un dommage futur dont la réalisation est encore incertaine » selon les termes de Monsieur Jourdain². Le risque de dommage serait donc une forme de dommage éventuel. Ce faisant, il ne devrait pas ouvrir droit à réparation. Pourtant, la jurisprudence tente d'appréhender certains risques sur le terrain de la responsabilité civile, soit par l'admission d'une présomption de dommage³, soit par la réparation des préjudices issus d'un « risque avéré ». Mais ces aménagements n'en montrent pas moins l'inadéquation de l'objectif de compensation des dommages au risque de dommage (1). Le traitement du risque de dommage s'est déplacé sur d'autres fondements offrant tout au plus des mesures de cessation du fait dommageable. Indispensables, ces mesures le sont notamment lorsque les dommages sont réalisés. Mais en amont de la réalisation du dommage, ces mesures de cessation représentent un coût nul pour l'auteur d'une faute lucrative, ce qui ne peut que les inciter à commettre des fautes lucratives (2).

1. Voir *supra*, n° 77 et s.

2. Jourdain (P.), « Comment traiter le dommage potentiel », in « Le préjudice. Regards croisés privatistes et publicistes », *Rev. resp. civ. et assur.*, n° 3, mars 2010, dossier 11.

3. Sichler (L.), *La gravité de la faute*, *op. cit.*, n° 135 à 140, p. 188-194 : l'auteur explique que face à des fautes lucratives en matière d'atteintes aux droits de la personnalité par voie de presse et de concurrence déloyale ou parasitaire, la jurisprudence se contente d'une appréciation souple de la condition de certitude du préjudice.

1. *Le traitement insuffisant du risque de dommage par la fonction indemnitaire de la responsabilité civile*

135. *La condition de certitude du dommage réparable, obstacle à la réparation du risque de dommage.* Que le dommage ait été causé par une faute contractuelle ou une faute délictuelle, il doit remplir les mêmes conditions¹. Ainsi pour être réparable, le dommage doit être certain, licite, personnel et direct².

En présence d'un risque de dommage, c'est la condition de certitude qui fait défaut. Un dommage est considéré comme certain lorsqu'il est actuel. Et quand bien même il n'existerait pas encore, la jurisprudence admettrait de manière constante la réparation d'un préjudice futur, dès lors qu'il est « la prolongation réelle et directe d'un état de choses actuel et comme étant susceptible d'estimation immédiate »³. La condition de certitude du dommage exclut donc le dommage éventuel et le risque de dommage, dont la réalisation n'est par définition pas certaine. Faute de preuve d'un dommage actuel, une faute lucrative ne pourrait donc être sanctionnée au terme d'une action privée confiscatoire.

En dépit de cet obstacle technique et théorique, la jurisprudence confrontée à l'apparition de risques de dommage a tenté d'assouplir les conditions de la responsabilité civile pour apporter une réponse aux victimes.

136. *La réparation des conséquences préjudiciables du risque avéré.* Le premier traitement du risque de dommage proposé par les juges du fond a consisté à réparer les préjudices actuels générés par un risque de dommage. La distinction sémantique entre *dommage* et *préjudice* retrouve alors tout son sens⁴. Ne pouvant réparer l'atteinte à l'intérêt menacé constituant le *dommage*, les juges du fond accordent la réparation des *conséquences patrimoniale et extrapatrimoniale*, soit les préjudices découlant du risque de *dommage*.

C'est du moins le traitement apporté par la jurisprudence à un type de risque, le risque avéré. Selon l'analyse de Monsieur Jourdain, le risque avéré correspond à la « situation qui crée une menace de dommage ou d'aggravation »⁵. Si la jurisprudence accueille les demandes des victimes exposées à ce type de risque, c'est dans la stricte mesure où ce dernier génère un préjudice certain⁶. On pourrait donc parler de *risque préjudiciable*. Il s'agit alors du risque qui a suscité des dépenses ou des travaux nécessaires et raisonnables créant ainsi un dommage pécuniaire à la victime confrontée au risque⁷. C'est également le cas

1. Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.), *op. cit.*, n° 562.

2. Carbonnier (J.), *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 1121, p. 2270-2271.

3. Civ. 13 mars 1967, D. 1967.591 cité in Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Les conditions de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 277, p. 123, confirmé par l'article 1345 alinéa 1^{er} nouv. C. civ rapport Catala, *op. cit.* : « Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel ».

4. Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 246-1, p. 3.

5. *Ibid.*, spéc. n° 6.

6. Bacache-Gibeili (M.), *Les obligations, la responsabilité civile extra-contractuelle, op. cit.*, n° 371 et s., Jourdain (P.), *op. cit.*, n° 12 et s.

7. Cass. civ. 2^e, 15 mai 2008, n° 07-13483, RTD civ. 2008.679 note P. Jourdain : « les dépenses destinées à prévenir un risque de dommage constituent un préjudice réparable », condamnation à des travaux destinés à éviter la réalisation du risque.

du risque prenant la forme d'une menace dommageable, causant un préjudice économique¹ ou un préjudice d'anxiété². Dans l'*affaire PIP*, le tribunal a reconnu aux deux tiers des parties civiles un préjudice d'anxiété (et un préjudice moral) évalué à hauteur de 6 000 €³. Il en résulte que le risque « avéré », défini comme un « risque connu, identifié et certain »⁴ peut être appréhendé par le droit de la responsabilité civile. Et parce que ce type de risque crée des préjudices, il peut donner lieu au prononcé de mesures réparatrices adéquates.

Dès lors, on comprend que ce n'est pas le risque en tant que tel qui est réparé, mais ses conséquences préjudiciables. Ce traitement du risque n'est que partiel et ne permet pas de juguler la réalisation du dommage. Il existe par ailleurs une réelle solution de traitement du risque de dommage, reposant sur un assouplissement de la preuve du dommage.

137. La réparation symbolique du risque de dommage, en cas de recours à une présomption de dommage. En matière de protection de droits subjectifs, le risque de dommage est traité par l'admission d'une présomption de dommage découlant du seul constat de la faute.

En quelque sorte, le « dommage découle de la faute » selon l'expression de Madame Gratton⁵. L'existence d'une faute, le constat de l'atteinte à un intérêt protégé (vie privée, droit de propriété) emporte nécessairement un dommage, lequel est donc présumé. Néanmoins, la réparation du dommage suppose la quantification du ou des préjudice(s) découlant du dommage présumé.

En droit de la concurrence déloyale, cette présomption de dommage permet de sanctionner des actes déloyaux sans avoir à prouver l'existence d'un dommage. Le risque de dommage est saisi par le « trouble commercial », notion qui laisse entendre que tout acte de concurrence déloyale ou parasitaire trouble nécessairement le bon fonctionnement du marché⁶ et cause ce faisant un trouble commercial pour les concurrents⁷, « générant au moins un préjudice moral » pour les autres opérateurs du marché⁸. Le trouble commercial est constitué par

1. Cass. civ. 1^{re}, 28 novembre 2007, n° 05-13153 : dépréciation immobilière d'un bien exposé à un risque d'incendie.

2. Cass. soc. 11 mai 2010, n° 09-42241, *RTD civ.* 2011.564, note P. Jourdain : selon l'analyse de l'auteur, dans cet arrêt, en rejetant partiellement le pourvoi de l'employeur, la Cour de cassation tend à établir, eu égard à « la situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante », la réalité du préjudice d'anxiété.

3. *Le Monde, Chroniques judiciaires* par P. Robert-Diard, 10 décembre 2013.

4. Bacache-Gibeili (M.), *op. cit.*, n° 373.

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

6. Voir *supra*, n° 48 et 85.

7. Cass. com., 22 octobre 1985, n° 83-15096, cité in Picod (Y.), *Répertoire de droit commercial, V° Concurrence déloyale*, n° 82 et s. : la Cour de cassation casse un arrêt ayant rejeté la demande de condamnation à des dommages intérêts présentée par la victime d'actes déloyaux « demeurés sans effet » selon les juges du fond, au motif qu'« il s'infèrait nécessairement des actes déloyaux l'existence d'un préjudice résultant des procédés fautifs utilisés etc. ». La même solution a été appliquée aux comportements parasitaires : Cass. civ. 1^{re} 22 octobre 2009, n° 08-19499, *RTD com.* 2010.107, note. F. Pollaud-Dulian : « Attendu qu'un comportement parasitaire génère nécessairement un préjudice, fût-il moral, dont les juges du fond déterminent souverainement les modalités réparatrices », voir aussi, Le Tourneau (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats. op. cit.*, n° 2014.33.

8. Cass. com. 1^{er} juillet 2003, n° 01-13052 : « Alors qu'il s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale un trouble commercial constitutif de préjudice, fût-il seulement moral [...] ». Dans le même sens : Cass. com. 28 septembre 2010, n° 09-69272 : « alors qu'il s'infère nécessairement

la déstabilisation subie par les autres opérateurs du marché du fait des procédés déloyaux du concurrent malhonnête, sans qu'il ne se matérialise concrètement par une baisse du chiffre d'affaires. Partant, le trouble commercial n'est autre que le « risque »¹ de dommage patrimonial encouru par les concurrents qu'il faut distinguer des préjudices économiques effectifs qui devront être établis et quantifiés pour être indemnisés. Ce qui explique qu'à défaut de préjudice réalisé, le seul risque de dommage ou le trouble commercial n'ouvre pas droit à une mesure de réparation en nature (cessation), mais peut donner lieu éventuellement à une condamnation à des dommages et intérêts s'élevant à 1 euro symbolique. Cet aménagement *contra legem* des conditions de la responsabilité civile suggère que l'action en concurrence déloyale poursuit une finalité préventive et accessoirement réparatrice²⁰.

C'est donc une autre fonction de la responsabilité civile qui se dessine à travers la saisine du risque de dommage, une fonction normative ou préventive. Le risque de dommage ne se répare pas, et quand bien même il se réparerait en nature, *via* une mesure de cessation, il faudrait encore prouver l'existence du dommage potentiel. L'inadéquation de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile au traitement du risque de dommage a incité le législateur à développer des mesures de cessation, autonomes, ayant pour objet l'illicite et non plus le dommage.

2. *Le traitement non dissuasif du risque de dommage par la fonction normative de la responsabilité civile*

138. *La neutralisation du risque par la sanction de l'illicite.* Madame Thibierge, dans un article percutant, appelle à une évolution de la responsabilité civile³ : « En résumé, on répare aujourd'hui les conséquences dommageables des risques créés, mais désormais, il y a des risques qu'il n'est pas acceptable de créer, on devrait pouvoir être responsable des risques de dommages graves et irréversibles, risques possibles, potentiels dont il n'est pas admissible de courir le risque (!) qu'ils se réalisent ». Parce qu'elle est tournée vers le passé, ajoute-t-elle, la responsabilité civile ne permet pas d'anticiper, de prévenir, de juguler la réalisation de dommage. La condition de dommage en est le principal obstacle. Pour réorienter la responsabilité civile vers l'avenir, elle préconise de lui attribuer une fonction préventive, normative centrée sur le fait générateur du risque, la faute, l'acte illicite potentiellement dommageable. L'objectif étant de sanctionner la faute lucrative avant qu'elle ne crée un dommage réel. C'est l'objet des mesures de cessation, parce qu'elles portent exclusivement sur le fait domma-

d'actes de publicité mensongère constitutifs de concurrence déloyale un trouble commercial générant un préjudice, fût-il seulement moral, [...] ».

1. Le Tourneau (P.), *loc. cit.* : Le Conseiller Jonquères, dans ses observations au soutien de la décision, soulignait que « le trouble commercial donne une coloration nouvelle à la notion de préjudice », il ajoutait, « la seule existence de ce risque, de cette menace que le commerçant a un intérêt né et actuel à faire cesser, c'est le préjudice qui ne dit pas son nom ».

2. Roubier (P.), *Le droit de la propriété industrielle*, éd. Sirey, 1952, T. I, n° 111, Izorche (M.-L.), « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *op. cit.*

3. Thibierge (C.), « Libres propos sur l'évolution de la responsabilité civile », *RTD civ.* 1999.561.

geable illicite, donc sur la source du dommage ou du risque de dommage, elles permettent de juguler la réalisation du dommage.

La première mesure de cessation fut introduite par la loi du 17 juillet 1970 en matière de protection de la vie privée, renforçant ainsi la protection du droit de chacun au respect de sa vie privée¹. Énoncée à l'alinéa 2 de l'article 9 du Code civil, la mesure consiste à obtenir la cessation de l'atteinte par une décision définitive rendue au fond ou provisoire obtenue en référé. La nature de la condamnation dépend du procédé employé par l'auteur de l'atteinte. Elle peut consister en un retrait des magazines de presse publiant une image attentatoire à la vie privée. Par ailleurs, le « réputé non écrit » prononcé en présence d'une clause abusive est une autre mesure de cessation de l'illicite, apparue en matière contractuelle, en droit de la consommation et transposée en droit des pratiques restrictives de concurrence et désormais en droit commun des contrats². Ainsi, dans les contrats *B2C*, l'article L. 241-1 du Code de la consommation réputé non écrites les clauses dites abusives³. Il en découle la disparition pour le passé (entraînant restitutions, le cas échéant) et pour l'avenir de la clause. Le contrat reste applicable dans toutes les autres dispositions s'il peut subsister sans les clauses frappées d'inefficacité, conformément à l'article L. 241-1, alinéa 2 du dit code. De la même manière, dans les contrats *B2B*, l'article L. 442-6, III et IV du Code de commerce prévoit la cessation de pratiques interdites *per se*. Ce qui permet de juguler une pratique anticoncurrentielle⁴. Cette mesure est confiée aux personnes publiques habilitées tandis que les victimes des pratiques commerciales déloyales peuvent demander le réputé non écrit des clauses créant un déséquilibre significatif⁵. Enfin, le droit de propriété intellectuelle institue des mesures de cessation de l'acte contrefaisant, au titre des sanctions civiles de la contrefaçon, consistant en une mesure d'interdiction ou de confiscation. Qualifiées de « mesures correctives » par la directive n° 2004/48⁶, ces mesures sont toutes deux destinées à faire cesser l'acte contrefaisant. Tandis que l'interdiction concerne l'utilisation illicite de la marque⁷, la confiscation et la destruction portent sur les produits et instruments de contrefaçon, conformément à l'article L. 716-15 du Code de propriété intellectuelle⁸. Tous ces moyens ont pour but de priver les moyens de la contrefaçon et ce faisant de faire cesser l'illicite de manière effective.

1. Art. 9 al. 1^{er} C. civ.

2. Art. 1171 C. civ. : dans les contrats d'adhésion de droit commun.

3. Anc. article L. 212-1 C. conso.

4. Vogel (L.), *Droit de la concurrence européen et français, Traité de droit économique*, tome 1, Law Lex, 2012, n° 535, p. 769, « En effet, au-delà des règles de formalisme des relations commerciales, il s'agit d'éviter que les professionnels prennent un avantage dans la concurrence en usant de pratiques restrictives [...] à l'égard de leur partenaire commercial ».

5. T. com. Meaux, 24 janv. 2012, RG 2009/02296, *Ministre de l'Économie c/E.M.C.*, cessation d'une clause de retour de marchandises invendues, T. com. Meaux, 6 déc. 2011, RG, 2009/02295, *Ministre de l'Économie c/Provera*, cessation d'une clause de résiliation (ou déréférencement) pour sous-performance, confirmé par CA Paris, 20 nov. 2013, n° 12/04791, Cass. com. 3 mars 2015, n° 14/10907.

6. Directive n° 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle, transposée par la Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon.

7. Pollaud-Dulian (F.), *Propriété intellectuelle - La propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 1782.

8. Art. L. 716-15 CPI « [...] que les produits reconnus comme produits contrefaisants et les matériaux et instruments ayant principalement servi à leur création ou fabrication soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ses circuits, détruits ou confisqués au profit de la partie lésée ».

À l'évidence, ces mesures de cessation ont pour but d'anticiper le dommage (ou de le faire cesser) en sanctionnant le fait illicite, mesures à travers desquelles s'exprimerait la fonction normative du droit de la responsabilité civile.

139. **La cessation de l'illicite témoin d'une fonction normative de la responsabilité civile.** L'objectif premier de ces mesures de cessation consiste indubitablement à rétablir la légalité, à corriger une inconduite. En matière de concurrence déloyale, à travers la proposition de consacrer une action en cessation indépendante de la réparation, la Commission Canivet recherche un moyen de préserver une loyauté commerciale¹.

Pourtant le fondement d'une telle mesure est le fruit d'un débat doctrinal ancien. À l'origine, la mesure de cessation a longtemps été affiliée à la fonction de réparation et plus précisément à une mesure de réparation en nature. C'est à Marie-Ève Roujou de Boubée que l'on doit l'identification d'une distinction entre cessation de l'illicite et remise en l'état². L'auteur s'appuie d'ailleurs sur les travaux de Lucienne Ripert selon lesquels prévention et réparation sont deux institutions différentes³. Néanmoins, Marie-Ève Roujou de Boubée souligne que « si la prévention d'un préjudice futur n'est pas une réparation parce qu'il n'y a pas encore préjudice »⁴, la cessation d'un préjudice déjà réalisé et/ou en cours de réalisation ne peut être autre chose qu'une mesure de réparation. « La cessation du préjudice, la prévention de sa continuation n'est que l'autre face de la réparation », affirme-t-elle⁵. Puisque c'est à travers une action en responsabilité que la victime peut obtenir la suppression de l'état de choses illicite, la suppression de l'illicite demeure à ses yeux affiliée à la réparation. Et ce, quand bien même elle ne serait pas une mesure de réparation.

Il faudra attendre plusieurs décennies pour qu'un auteur soutienne l'autonomisation de la fonction préventive de la fonction indemnitaire originelle de la responsabilité civile. C'est à Monsieur Bloch que l'on doit cette première solution. Dans sa thèse⁶, Monsieur Bloch plaide en faveur d'une dissociation entre fonction indemnitaire et fonction préventive de la responsabilité civile. Il démontre à cet effet que tout en étant rattachée à la responsabilité civile, la cessation de l'illicite s'émancipe des fonctions traditionnelles de responsabilité et notamment de l'action en réparation. Cette dichotomie est de surcroît plébiscitée par le droit de l'Union européenne. L'auteur rappelle en effet que chaque fois que le législateur est amené à émettre des « textes relatifs à la responsabilité civile », il encourage si ce n'est les États de se doter des moyens juridiques propres à assurer la cessation des pratiques illicites indépendamment

1. Canivet (G.), *Restaurer la concurrence par les prix*, La documentation française, 2005, p. 97 et 160, sur cette proposition voir également : Picod (Y.), « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 359.

2. Roujou de Boubée (M.-E.), *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974, spé p. 134 et s. : « réparation et suppression de la situation dommageable ».

3. Ripert (L.), *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse Paris, 1933, p. 40, cité in Roujou de Boubée (M.-E.), *op. cit.*, p. 206.

4. Roujou de Boubée (M.-E.), *op. cit.*, p. 206.

5. *Loc. cit.*

6. Bloch (C.), *La cessation de l'illicite, recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. thèses, 2008.

des mesures de réparation¹. Les exemples affleurent en effet, en droit des pratiques commerciales déloyales², en droit de la propriété intellectuelle³, en droit du commerce électronique⁴ ou en droit de la consommation⁵ et bientôt en droit commun⁶. L'intérêt de cette fonction purement préventive ou correctrice est le suivant : « en prenant pour cible le fait illicite plutôt que les effets, cette sanction ne fait pas que prévenir la réalisation d'un dommage. Elle met le fait éventuellement dommageable en conformité avec la règle de droit. Ce faisant, elle joue une fonction de rétablissement de la licéité qui est étrangère à la réparation »⁷.

Or, cet objectif de mise en conformité avec la loi, ne mettrait-il pas en lumière une autre fonction de la responsabilité civile ? Parce que l'effet recherché par toute mesure de cessation est de rétablir le comportement dans une stricte légalité, celle-ci revêt un caractère normatif. Ce qui pourrait relever d'une fonction oubliée de la responsabilité civile, la fonction normative.

140. **Cessation illicite, sanction nécessaire, mais au coût nul.** La cessation de l'illicite n'entraîne que la neutralisation de la faute lucrative avant que le risque de dommage qu'elle génère ne se réalise. En matière d'atteinte à la vie privée par voie de presse par exemple, le traitement du risque d'atteinte à la

1. *Ibid.*, n° 90 et s.

2. Directive Parlement et Conseil CE n° 05/29, 11 mai 2005, *JOCE* 11 juin 2005, n° L 149, p. 22, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, article 11.1 « 2a) : « Dans le cadre des dispositions juridiques visées au paragraphe 1, les États membres confèrent aux tribunaux ou aux autorités administratives des pouvoirs les habilitant, dans les cas où ceux-ci estiment que ces mesures sont nécessaires compte tenu de tous les intérêts en jeu, et notamment de l'intérêt général: a) à ordonner la cessation de pratiques commerciales déloyales ou à engager les poursuites appropriées en vue de faire ordonner la cessation des dites pratiques, ou b) si la pratique commerciale déloyale n'a pas encore été mise en oeuvre mais est imminente, à interdire cette pratique ou à engager les poursuites appropriées en vue de faire ordonner son interdiction [...] ».

3. Dir. Parl. et Cons. CE, 2004/48/CE, *JOCE*, n° L 157, 30 avril 2004, p. 45 : distingue le régime de l'action visant à faire cesser les actes de contrefaçon ou à réparer leurs conséquences. *In globo*, l'action en cessation peut être poursuivie à l'encontre de tout contrefacteur, même non fautif, ainsi que contre les intermédiaires techniques dont les services sont utilisés par le contrefacteur. Au contraire, l'action en réparation n'est, en principe, ouverte qu'à l'encontre des contrefacteurs directs et fautifs.

4. Dir. Parl. et Cons. CE, 2000/31/CE, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur, *JOCE* n° L 178, 17 juil. 2000 p. 1, csdt 45 dispose : « Les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces derniers impossible ».

5. Art. 4, Dir. 84/450, *JOL* 250 du 19 sept. 1984, p. 17, modifiée par Dir. Parl. et Cons. CE, n° 97/55/CE, 6 oct. 1997, *JOCE* n° L. 290 du 23 oct. 1997 p. 18 (imposant aux États membres d'organiser une action tendant à la prévention et à la cessation des publicités illicites « même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réel, ou d'une intention ou négligence de la part de l'annonceur »). *Adde*, Art. 12, Dir. Cons. CE, n° 92/28, 31 mars 1992, devenu Art. 97, § 2, Dir. Parl. et Cons. CE, 2001/83 instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, 6. nov. 2001, *JOCE* n° L. 311 du 28 nov. 2001, p. 67 (imposant aux États membres d'organiser une action tendant à la prévention et à la cessation des publicités illicites relatives aux médicaments « même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réel, ou d'une intention ou négligence de la part de l'annonceur »).

6. Art. 1266 du *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017 : « En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur ».

7. Bloch (C.), *op. cit.*, n° 10-1.

vie privée par la cessation de l'illicite consisterait en l'interdiction de la reproduction de l'image litigieuse, ou en la confiscation des numéros avant qu'ils ne soient distribués au public. Cette mesure pouvant être obtenue au fond ou en référé¹, sur le fondement de l'article 9 du Code civil empêche la réalisation du dommage, mais ne représente aucun surcoût pour l'agent économique, hormis les frais liés à l'exécution de la mesure.

Partant, si la fonction normative de la responsabilité civile permet un traitement du risque de dommage, ce traitement ne présente toutefois aucun coût pour l'auteur d'une faute lucrative. Encore une fois, l'agent rationnel sera tenté de commettre une faute créant un simple risque dès lors qu'elle offre un espoir de gain.

Synthèse B. Le droit de la responsabilité civile appréhende le risque de dommage de manière non dissuasive. Qu'il soit traité par la fonction indemnitaire ou la fonction normative de la responsabilité civile, le risque de dommage est assorti d'un coût modique ou nul. Que le risque de dommage soit réparé de manière symbolique ou qu'il soit neutralisé par une mesure de cessation de l'illicite, son coût est inévitablement inférieur au gain espéré d'une atteinte à la vie privée par voie de presse ou d'un acte de concurrence déloyale.

Un tel constat renforce la nécessité, si ce n'est l'urgence de sanctionner la faute par une sanction pécuniaire proportionnelle au profit, et indépendante de la réparation du dommage, notamment lorsqu'il ne s'agit que d'un risque de dommage. En d'autres termes pour inverser le rapport coût-avantage, seule une sanction monétaire de la faute indépendamment de la réparation du dommage, permettrait d'augmenter le coût du risque de dommage.

Conclusion section I. Ces développements ont montré qu'une faute lucrative pouvait être caractérisée en présence d'un simple « risque de dommage », objectif et/ou simplement subjectif. *Le risque de dommage suffit donc à caractériser une faute lucrative, en d'autres termes, le risque de dommage est le second volet du résultat, élément matériel, d'une faute lucrative.*

C'est le cas chaque fois que le droit appréhende le risque de dommage en tant que tel. En droit pénal le risque de dommage au Vivant est saisi à travers les infractions formelles ou infraction-obstacle, fraude et contrefaçon aggravé. En droit de la concurrence, le risque de dommage à l'économie est saisi à travers les incriminations *per se*. Et en droit civil, si le risque de dommage subjectif n'est pas appréhendé en tant que tel, il l'est indirectement à travers la cessation de l'illicite ou par la réparation symbolique, concurrence déloyale, atteinte potentielle à la vie privée, etc. Si de telles fautes lucratives sont commises, cela signifie que le coût du risque de dommage est inférieur au gain illicite escompté de l'activité illicite.

Par ailleurs, nous verrons que certaines fautes lucratives s'accompagnent d'un dommage réalisé. Le risque de dommage est alors absorbé par le dommage réalisé. Si le dommage réalisé n'est pas un élément matériel de la faute lucrative,

1. Art. 9 alinéa 2 C. civ. pose toutefois deux conditions à l'intervention du juge des référés : une atteinte à l'intimité de la vie privée et l'urgence.

il n'en demeure pas moins un élément de calcul de l'agent économique. Il suffit que le coût du dommage réalisé soit inférieur au gain illicite escompté.

SECTION II : LE DOMMAGE RÉALISÉ, ÉLÉMENT DE CALCUL

141. *Le coût du dommage réalisé versus le gain illicite escompté.* Le coût du dommage effectif est un élément pris en compte dans le calcul coût-avantage. Avant de commettre une faute lucrative, l'agent économique, doué de rationalité économique, met en balance le coût du dommage éventuellement généré par son activité illicite et le profit éventuellement retiré. Si non seulement le coût du risque de dommage, mais également le coût des dommages réalisés demeure inférieur au profit illicite escompté, la faute méritera d'être commise. Le coût du dommage réalisé constitue donc un élément de calcul préalable à la commission d'une faute lucrative.

Nous verrons que le coût du dommage objectif effectif dépend de sa nature, étonnamment, le dommage au Marché est mieux réparé que le dommage au Vivant (A). Quant aux dommages subjectifs, si le principe de réparation intégrale devrait garantir une réparation et ce faisant un coût à hauteur de l'ampleur des préjudices, force est de constater qu'en pratique, la probabilité d'un tel coût est affaiblie par certains facteurs (B).

A. Les inégalités de coût du dommage objectif effectif

Annnonce. La réaction du droit pénal face à un résultat dommageable est bien souvent insuffisante notamment lorsqu'il est le fruit d'un risque réalisé causant de nombreuses victimes. Si le droit pénal incrimine indépendamment le risque de dommage et le dommage réalisé, la répression du risque réalisé est limitée par la règle de confusion des peines (1).

1. *Le faible coût du dommage effectif au Vivant*

142. *L'incrimination du dommage réalisé.* En droit pénal, l'incrimination du résultat correspond à la plupart des infractions, qu'on appelle « infraction matérielles ou de résultat ». Contrairement aux infractions formelles, elles sont le fruit d'une conception objective du droit pénal selon laquelle la réalisation d'un trouble effectif à l'ordre social est exigée pour qu'un acte soit incriminé. Ici, la répression intervient uniquement en raison de la réalisation du trouble. Il en résulte qu'en présence d'une infraction matérielle, le résultat dommageable constitue un élément constitutif de l'infraction. Il est alors ce que la doctrine appelle le « résultat juridique », soit « l'atteinte effective à une valeur sociale protégée »¹. La réalisation du dommage doit donc être constatée pour que l'infraction soit consommée. Parfois la gravité du résultat juridique a un impact sur l'intensité de la répression, puisqu'elle détermine la qualification des faits, il existe

1. Decocq (A.), *Droit pénal général*, A. Colin, coll. U, 1971, p. 171.

ainsi toute une gamme d'infractions involontaires classées par ordre de gravité selon l'importance du dommage en matière d'infractions contre les personnes¹.

Ainsi le délit de pollution des mers par rejet d'hydrocarbures ne peut être caractérisé qu'en présence d'une atteinte effective à l'environnement. La pollution marine constitue une infraction pénale, dont les *quanta* ont été rehaussés de manière drastique, puisque désormais le capitaine de navire-citerne coupable d'une faute d'imprudence caractérisée ayant causé un « dommage irréversible ou d'une particulière gravité à l'environnement », encourt une amende pouvant aller jusqu'à 4,5 millions d'euros². Mais à l'époque des faits de l'*Erika*, le coût d'une marée noire était plafonné à hauteur de 700 000 € pour le capitaine d'un navire, l'armateur ou l'affréteur³.

Par ailleurs, dans les exemples de fraude précités, il arrive que des faits de tromperie⁴ ou de contrefaçon⁵ causent un dommage corporel (décès, maladies ou blessures), ce qui a pour effet de créer une nouvelle infraction. Si ces faits ne peuvent revêtir les qualifications de meurtre, d'empoisonnement, de violences ou d'administration de substances nuisibles, faute d'intention d'attenter à la vie⁶, ils peuvent revêtir celle d'atteintes involontaires à la vie⁷ ou d'atteintes involontaires à l'intégrité physique⁸.

Ainsi, lorsqu'un risque de dommage vient à se réaliser, il y a un concours d'infractions entre l'infraction formelle (qui incrimine le risque créé) et une infraction de résultat (qui incrimine le risque réalisé)⁹.

143. **Le coût affaibli par la règle de confusion des peines en cas de concours d'infractions.** Lorsqu'un même fait délictueux contrevient à plusieurs dispositions légales, au cours d'une même procédure, il y a un *concours idéal* d'infractions. En d'autres termes, un même fait peut revêtir plusieurs qualifications possibles. Ce conflit de qualification, autrement appelé concours intellectuel ou juridique, se dresse à deux conditions : l'acte délictueux doit être indivisible et susceptible de plusieurs qualifications juridiques protégeant des valeurs sociales identiques¹⁰. Mais lorsque dans cette configuration, les qualifications juridiques en jeu protègent des valeurs sociales différentes, il y a alors *concours réel* d'infractions¹¹.

1. L'atteinte à la vie ou homicide involontaire est un délit puni de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende (art. 221-6 C.P.), l'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne n'ayant entraîné aucune ITT est une contravention de 2^e classe punie d'une amende de 150 € (art. R. 622-1 C.P.).

2. Art. L. 218-12 C. env. issu Art. 11 ordonnance n° 2010-1232 du 21 octobre 2010 portant diverses dispositions d'application d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'environnement.

3. sous l'empire de l'ancien article L. 218-22 du Code de l'environnement.

4. *Aff. Mediator, Aff. PIP, Aff. Viande chevaline*, préc.

5. Azzi (T.), *op. cit.*, n° 18, Gaumont-Prat (H.), « Contrefaçon et médicaments falsifiés », *Rev. Prop. Intell.* n° 6, juin 2013, Étude 6, voir aussi, OMC, *Rapport d'étude IRACM, Contrefaçon de médicament et organisations criminelles*, sept. 2013, p. 18, en ligne, [http://www.who.int/medicines/services/counterfeit/impact/ImpactF_S/en/index.html], « *Counterfeit medicines can harm and kill* ».

6. Voir *supra*, n° 160.

7. Art. 221-6 C.P.

8. Art. 222-19 C.P.

9. Précisons que ce concours n'existe pas en cas d'infraction obstacle suivi de la réalisation du risque, puisque celle-ci est absorbée par l'infraction matérielle qu'elle prépare.

10. Desportes (F.), Le Guehec (F.), *op. cit.*, n° 296 et s., Bouloc (B.), *Droit pénal général*, Dalloz, Précis, 22^e éd. 2011, n° 750 et s.

11. Sauf lorsque le risque réalisé est incriminé par une infraction-obstacle et que cette qualification

Quel que soit le type de concours d'infractions, il se résout en un cumul des peines de nature différente et la « confusion des peines de même nature » dans la limite du maximum légal le plus élevé, conformément à l'article 132-3 du Code pénal.

Dans l'*affaire du Mediator*, les qualifications en concours sont le délit de tromperie aggravée et le délit d'homicide involontaire. Au titre de la première infraction, les prévenus (personnes physiques) encourrent à titre de peine principale, quatre ans d'emprisonnement et une amende de 75 000 €, en vertu de l'article L. 213-1 ancien du Code de la consommation alors en vigueur. Et au titre de la seconde infraction, ils encourrent, au principal et au maximum, une peine d'emprisonnement de trois ans et une amende de 45 000 €, en vertu de l'article 221-6 du Code pénal. Par application de l'article 132-3 alinéa 1^{er} du Code précité, la peine maximale encourue par le prévenu dans cette instance, est de quatre ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende, soit les peines encourues pour le délit de tromperie aggravée. Force est de constater que la résolution du conflit de qualification créé par la réalisation du risque causé par la tromperie aggravée, aboutit à une répression équivalente à celle encourue par une tromperie aggravée seule. *En d'autres termes, que le risque soit réalisé ou non, la répression est de même intensité.* Que des faits de tromperie aggravée causent la mort d'autrui ou un simple risque de mort, la peine encourue par le Laboratoire Servier est la même¹. Pis, que les faits de tromperie causent une victime ou plusieurs milliers victimes, les *maxima* sont également identiques.

On retrouve ce résultat en cas de contrefaçon de médicaments entraînant la mort d'autrui puisque les peines assorties à ce délit sont supérieures à celles du délit d'homicide involontaire. Et quand bien même les faits de contrefaçon de médicaments pourraient revêtir la qualification d'interdiction de commercialiser un médicament sans autorisation de mise sur le marché, prévue à l'article L. 5421-2 du Code de la santé publique², les *maxima* les plus élevés demeureraient ceux prévus par le Code de propriété intellectuelle³, soit cinq ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende.

Synthèse. Ces développements nous amènent au constat suivant, la répression pénale des atteintes au Vivant n'est pas proportionnelle à l'ampleur du dommage réalisé. En effet, qu'une infraction au droit économique cause une victime ou des milliers de victimes, la répression est identique, ce qui est discutable. Encore une fois, les plafonds fixes prévus dans les textes d'incrimination empêchent

est absorbée par la qualification d'infraction matérielle, exemple, complot absorbée par l'attentat voir, Desportes (F.), Le Guehec (F.), *op. cit.*, n° 461, p. 420.

1. www.lemonde.fr, rubrique santé, *Le point sur l'affaire du Mediator*, 12 décembre 2012, le médicament litigieux cause la mort de 500 patients et 3 500 hospitalisations.

2. Art. L. 5421-2 du C.S.P, « le fait de commercialiser ou de distribuer à titre gratuit ou onéreux, en gros ou en détail, une spécialité pharmaceutique, tout autre médicament fabriqué industriellement ou selon une méthode dans laquelle intervient un processus industriel, ainsi que tout générateur, trousse ou précurseur[...], sans une autorisation de mise sur le marché ou une autorisation temporaire d'utilisation, [...], est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

3. Art. L. 615-14 du C.P.I, « Sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende les atteintes portées sciemment aux droits du propriétaire d'un brevet, tels que définis aux articles L. 613-3 à L. 613-6. [...] Lorsque les faits portent sur des marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou de l'animal, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 € d'amende ».

de proportionner la répression à l'ampleur du dommage réalisé. Ils ne sont donc pas adaptés à la criminalité de masse. En outre, en cas de réalisation d'un risque, la répression est affaiblie par la règle de confusion des peines. Dans les exemples précités, que le risque se réalise ou non, la répression est quasiment identique, ce qui explique que des stratégies économiques illicites puissent être élaborées au mépris du Vivant.

De ces faiblesses du droit pénal, nous en déduisons que le coût d'une atteinte au Vivant, même très grave, peut être inférieur au résultat économique escompté.

2. *Le coût proportionnel du dommage au Marché*

144. *L'incrimination du dommage effectif au Marché en droit de la concurrence.* En droit de la concurrence, l'atteinte effective à la concurrence est saisie tant par le droit des pratiques anticoncurrentielles que par le droit des pratiques restrictives de concurrence.

Dans le grand droit de la concurrence, c'est l'incrimination dite par les effets qui permet de saisir le dommage effectif au Marché au stade de la qualification. L'effet est largement entendu en jurisprudence, il peut être constitué d'un préjudice immédiat causé aux consommateurs, mais aussi par une atteinte à une structure de concurrence effective¹. Il est alors apprécié en fonction du pouvoir de marché détenu par les entreprises parties à l'entente et au regard du marché pertinent préalablement délimité. Cependant, l'atteinte effective à la concurrence doit souscrire à un certain seuil de gravité, appelé « le seuil de sensibilité ». En d'autres termes, il faut que la pratique en cause ait une portée suffisante sur le marché pertinent. La liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre étant de principe, l'intervention des autorités n'est légitime qu'en cas de dysfonctionnement sérieux d'un marché. Après des tergiversations jurisprudentielles, cette condition de sensibilité a été définitivement consacrée à l'article L. 464-6-1 du Code de commerce, qui en fait non seulement une condition de fait qualitative, mais quantitative. Ces seuils ne s'appliquent cependant pas dans les cas de restrictions caractérisées à la concurrence, conformément à l'article L. 464-6-2 du dit Code. L'existence d'un seuil de sensibilité témoigne d'un renforcement de l'analyse des effets de l'entente. Plébiscité par la doctrine², ce seuil a pour vertu d'éviter des condamnations trop systématiques.

À défaut, le dommage effectif au Marché peut être appréhendé par le droit des pratiques restrictives de concurrence. Cependant, parce que le petit droit de la concurrence incrimine les comportements *per se*, soit indépendamment de leurs effets sur le marché, l'ampleur du dommage objectif effectif n'est pas prise en compte au stade de la qualification des pratiques. Pourtant, sur une initiative prétorienne « l'atteinte à l'ordre public économique et au bon fonctionnement du marché »³ est devenue un critère de légitimation de l'action publique

1. CJCE, 21 fév. 1973, *Europemballage et Continental Can/Commission*, aff. C 6/73, Rec. p. 215.

2. Labarde (M.-C.), Canivet (G.), Claudel (E.), Michel-Amsellem (V.), Vialens (J.), *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2008, n° 110.

3. Cass. com. 8 juillet 2008, n° 07-16761, *JCPG* 2008, act. 507, obs. A.-M. Luciani, *D.* 2008, p. 3046, note M. Brandac, Cass. com., 16 décembre 2008, n° 08-13.162, *JCPE* 2009, 1479, obs. D. Mainguy.

et du prononcé de l'amende civile dans les contentieux de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

145. **Le coût fixe du dommage au Marché en droit des pratiques restrictives de concurrence.** Pour l'heure, la jurisprudence ne livre aucun indice permettant de comprendre la fixation du montant de l'amende civile de l'article L. 442-6, III du Code de commerce. Pourtant, celle-ci a vocation à sanctionner l'atteinte à l'ordre public économique consommé par les pratiques commerciales interdites *per se*.

Or, nous avons vu que ces amendes étaient plafonnées, le plafond proportionnel de l'article L. 442-6, III du Code de commerce étant pour l'heure inefficace, ce qui explique que le coût du dommage puisse être inférieur au profit illicite espéré¹.

L'approche du dommage au Marché est toute autre en droit des pratiques anticoncurrentielles, puisque l'atteinte au Marché est appréhendée tant au stade de la qualification que de la répression.

146. **Le coût variable de l'atteinte au Marché en droit des pratiques anticoncurrentielles.** En droit des pratiques anticoncurrentielles, la notion de « dommage à l'économie » a été introduite par la loi n° 92-1332 du 31 décembre 1992 pour aider le juge à évaluer les sanctions pécuniaires en droit des pratiques anticoncurrentielles puis explicitée par le communiqué du 16 mai 2011. Il est devenu un critère autonome d'évaluation de la sanction pécuniaire, conformément à l'article L. 464-2, I alinéa 3 du Code de commerce.

Singularité du droit français de la concurrence², mais non moins inspirée des anciennes lignes directrices de la commission européenne³, cette notion a suscité de nombreuses questions et une vague d'hostilité en doctrine⁴. Le dommage à l'économie correspond aux conséquences d'une pratique anticoncurrentielle sur le Marché, la perte d'efficacité du Marché.

D'un point de vue économique, cette atteinte à la concurrence se manifeste à travers trois grands phénomènes, une perte d'efficacité de l'économie à moyen terme (effet dynamique) entraînant un problème d'allocation des ressources à long terme⁵, une perte de bien-être immédiate appelée « perte sèche » pour l'ensemble de l'économie (non-réalisation de transactions souhaitables, non-refus

1. Voir *supra*, n° 96 et 107, amendes administrative plafonnées et plafond proportionnel au profit illicite de l'amende civile étant pour l'heure inusité.

2. Notion introduite par la loi n° 92-1332 du 31 décembre 1992 pour aider le juge à évaluer les sanctions pécuniaires.

3. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15 § 2 du règlement n° 17 et de l'article 65 § 5 du *traité CECA*, point IA « gravité » : « l'évaluation de la gravité de l'infraction doit prendre en considération la nature propre de l'infraction, son impact concret sur le marché lorsqu'il est mesurable et l'étendue du marché géographique concerné ». Article 23-3 règlement (CE) n° 1/2003, *Journal officiel* n° C 210/02 du 1.09.2006 : « pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci ».

4. Canivet (G.), Vogel (L.), « Le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence », *RJDA* 1993, chron, p. 599.

5. *Rapport Folz*, *op. cit.*, p. 9, « Une perte d'efficacité de l'économie à moyen terme (effet dynamique). En effet, une pratique anticoncurrentielle conduit à ce que l'activité ne soit pas strictement répartie en fonction de l'efficacité des entreprises (en particulier, des entreprises moins productives vont être avantagées). Il y a là un problème d'allocation des ressources à long terme ».

d'achat par les consommateurs)¹ et un transfert de revenus au détriment des clients, ce qui renvoie au surprofit des auteurs de la pratique anticoncurrentielle². Cette analyse a d'ailleurs été retranscrite dans le communiqué du 16 mai 2011 de l'Autorité de la concurrence³, retenons que le dommage à l'économie « ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les personnes de l'infraction [...] »^{4,5}, il serait plutôt une « perte d'efficacité de l'économie en général »⁶, soit une atteinte à l'intérêt général du Marché.

On en déduit qu'en droit des pratiques anticoncurrentielles, la répression de l'atteinte au Marché dépend, en partie⁷, de l'ampleur du dommage à l'économie. Encore faut-il établir le dommage à l'économie.

147. **La nécessité d'établir le dommage à l'économie.** Sous l'empire des anciennes lignes directrices de la Commission européenne, « l'impact à l'économie » n'était qu'un sous critère de la gravité, qui plus est facultatif. En d'autres termes, il pouvait être pris en compte seulement lorsqu'il était « mesurable ». Dans ce, il devait alors être établi, prouvé⁸, évalué au regard des « niveaux de prix, maintien ou extension des parts de marché des entreprises en cause ou sur la réduction de celles de leurs concurrents, évolution ou intangibilité du marché »⁹. À l'inverse, lorsque l'impact sur le marché n'était pas quantifiable, il était alors « présumé » à partir d'autres sous-critères tels que la durée de l'infraction, les parts de marché des entreprises en cause ou leur taille. Encore aujourd'hui, si ce critère n'apparaît plus dans les lignes directrices de 2006 pour apprécier la gravité de l'infraction, il peut être pris en compte par la Commission le cas

1. *Ibid.*, « Une perte de bien-être immédiate pour l'ensemble de l'économie. C'est ce que les économistes appellent la "perte sèche". L'idée est que la PAC conduira à des prix plus élevés qu'une situation purement concurrentielle. Donc la demande sera moindre, et il s'échangera moins de biens que dans une situation purement concurrentielle. Il est important de souligner que cette perte sèche n'est pas récupérée par les entreprises qui participent à la PAC. Elle est perdue pour tout le monde. »

2. Sevy (D.), « L'évaluation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », in Séminaire « Économie et droit de la concurrence », *Concurrences* n° 4/2010, voir aussi Folz (J.-M.), *op. cit.*, p. 9 et s.

3. Aut. conc, Communiqué des sanctions, *op. cit.*, spéc. pnt 27 : le dommage à l'économie « englobe tous les aspects de la perturbation qu'elle est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités, secteurs ou marchés directement ou indirectement concernés, ainsi qu'à l'économie générale. Il intègre non seulement le transfert et la perte de bien-être que l'infraction est de nature à engendrer au détriment des consommateurs intermédiaires ou finals et de la collectivité dans son ensemble, mais aussi, notamment, son incidence négative sur les incitations des autres acteurs économiques, par exemple en matière d'innovation ».

4. Communiqué, *op. cit.*, n° 27, pour une analyse contraire, Folz (J.-M.), *op. cit.*, p. 14, « D'un point de vue juridique, le dommage à l'économie semble recouvrir deux aspects principaux, la perte d'efficacité de l'économie (dommage à l'économie en général ou atteinte à l'intérêt général) et les dommages aux victimes de la pratique ».

5. Folz (J.-M.), *op. cit.*, p. 14.

6. Folz (J.-M.), *loc. cit.*

7. Art. L. 464-2, I C. com. énumère d'autres critères de fixation de la sanction pécuniaire, gravité des faits, réitération etc.

8. CJCE, 3 septembre 2009, *Prym et Prym Consumer C. Commission*, C-534/07 P, Rec., p. I-7415, pnts 80 à 82 : si la Commission estime opportun de prendre en compte cet élément facultatif, elle ne peut se limiter à fournir une simple présomption mais doit apporter « des indices concrets, crédibles et suffisants permettant d'apprécier l'influence effective que l'infraction a pu avoir au regard de la concurrence sur ledit marché ».

9. Bernardeau (L.), *Les amendes en droit de la concurrence. Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, Larcier, Précis, 2013, I.152, p. 49.

échéant. Mais il s'agit d'un élément parmi d'autres, et non un critère obligatoire¹, qui permet d'augmenter le montant de départ de l'amende s'il est mesurable².

C'est une tout autre conception du dommage à l'économie qui fut retenue par l'autorité française. « Le dommage à l'économie ne se présume pas »³. Le dommage à l'économie n'est donc pas présumé par la loi du seul fait de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. Il doit être établi indépendamment de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel des pratiques litigieuses. Selon les *guidelines* de l'Autorité, le dommage à l'économie s'apprécie de façon objective, globale et individuelle (pour chaque entreprise). Il s'agit principalement d'une analyse qualitative⁴ et le cas échéant quantitative (si des éléments le permettent) tenant compte de plusieurs éléments, ampleur de l'infraction (couverture géographique, parts de marché cumulées des parties) conséquences conjoncturelles et/ou structurelles de l'infraction, caractéristiques économiques des activités (sensibilité de la demande au prix), incidences générales sur l'économie (marchés amont et aval touchés)⁵. *La nécessité d'établir le dommage à l'économie au stade de la répression permet de pondérer le quantum de la sanction en fonction des effets réels d'une pratique anticoncurrentielle. Plus grave est l'impact sur l'économie d'une pratique, plus grand doit être le quantum de la sanction.* On a vu pourtant des sanctions lourdes prononcées alors que le dommage à l'économie était minime⁶. Cet écart s'explique par les autres critères de la sanction et notamment celui de gravité. À titre d'exemple, un accord portant sur les prix *minima* entre concurrents fait partie des ententes les plus graves⁷, ce qui justifie le prononcé d'une amende conséquente. Et ce, quand bien même le dommage à l'économie aurait été faible. Cette « disproportionnalité » est alors motivée par une volonté de dissuader les agents économiques de se livrer à des collusions.

Conclusion A. Grâce à la notion de dommage à l'économie, la sanction des pratiques anticoncurrentielles est proportionnelle à l'ampleur de l'atteinte au Marché. Au-delà de la juste sanction qu'elle permet de couvrir, une telle proportionnalité a pour effet de ruiner toute stratégie de calcul coût-avantage, puisque le coût est variable. À l'inverse, la sanction pénale du dommage effectif

1. Comm. europ., 18 avril 2007, *Marché néerlandais de la bière*, csdts 452-455.

2. TPI UE, 16 juin 2011, *Bavaria C. Commission*, T-235/07, pnts 279 à 284.

3. Communiqué, *op. cit.*, n° 28.

4. CA Paris 30 juin 2011, n° 2010/12049 : « Considérant que l'article L. 464-2 du Code de commerce exige, non pas un chiffre précis du dommage à l'économie, mais seulement une appréciation de son existence et de son importance reposant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier [...] ».

5. Communiqué, *op. cit.*, n° 32.

6. Déc. Aut. conc. n° 12-D-08, 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, voir *Rapport Adlc* 2012, p. 61 : « L'Autorité a adopté une position pragmatique et souple dans ce dossier. Elle a prononcé des sanctions mesurées, afin de tenir compte des ressources financières limitées des producteurs et de l'impact modéré que cette entente a eu sur les prix en raison du contre-pouvoir de la grande distribution. Ainsi, le montant final de leurs sanctions a été limité à 3, 6 millions d'euros avec des baisses de sanction allant jusqu'à 87 % pour certains des acteurs impliqués dans l'entente ». Sur les suites, voir *infra*, n° 180.

7. Déc. Aut. conc. n° 05-D-27 du 15 juin 2005 relative à des pratiques relevées dans le secteur du thon blanc, § 50, CJUE 24 septembre 2009, *Erste Groupe Bank e.a./Commission*, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, Rec. p. I-8681, point 103 : la « fixation du prix *minima* de vente commun constitue une infraction grave par son objet et par l'importance de ses effets potentiels sur le fonctionnement de la concurrence ».

au Vivant, limitée par les plafonds fixes et la règle de confusion des peines est d'une insuffisance édifiante. Il en résulte un contraste critiquable entre le coût d'une atteinte au Vivant et celui d'une atteinte au Marché.

B. Les facteurs d'affaiblissement du coût des dommages subjectifs réalisés

148. *Le coût zéro de la réparation en nature des dommages causés par une faute lucrative.* Tout dommage qui perdure requiert en premier lieu qu'il cesse. C'est en effet l'une des mesures réparatrices les plus courantes en droit de la concurrence déloyale et en droit de l'environnement, la cessation des agissements illicites. Prononcée jusqu'alors sur le fondement de l'article 1382 ancien du Code civil en présence d'agissements déloyaux, cette mesure peut consister en une interdiction de vente¹, la cessation de l'activité commerciale dénoncée, la radiation des marques parasites, le retrait de la vente d'un livre imitant celui d'un concurrent, la radiation d'un nom de domaine², etc. Lorsque le dommage s'est réalisé, la cessation du trouble fait alors l'objet d'une réparation en nature. En effet, l'on enseigne traditionnellement que « la réparation en nature consiste dans la remise des choses en l'état, elle efface le dommage, elle le fait disparaître »³. Il en découle deux modes de réparation en nature, cumulatifs et chronologiques, la cessation de l'illicite et la remise en l'état⁴.

Dans le domaine contractuel, la réparation en nature se traduit par la condamnation à une exécution de l'obligation méconnue. Dans le domaine extracontractuel, elle justifie le prononcé de mesure de cessation du fait dommageable. Toutefois, si la réparation en nature ne pose pas de difficulté en matière délictuelle, elle a longtemps été exclue en matière contractuelle⁵. Aussi, la violation efficace du contrat ne pouvait donner lieu à l'exécution forcée du contrat ou la reprise des relations contractuelles, exception faite en cas de violation délibérée d'un pacte de préférence⁶ et désormais en cas de révocation d'une promesse unilatérale de vente^{6 bis}. Nul doute qu'elle sera une sanction dissuasive puisque l'espoir d'un surprofit issu de la violation du contrat sera alors anéanti.

1. Cass. com. 26 février 1985, n° 83-12466 : « Mais attendu que la cour d'appel après avoir relevé la similitude des objets sociaux des deux sociétés de leurs catalogues publicitaires [...] a retenu que par ces agissements, la société France Chimie avait cherché à détourner la clientèle de l'autre société en utilisant à son profit l'expérience technique que M. X son dirigeant statutaire avait acquise dans son précédent emploi et qu'il avait mises au service de cette même société en violation d'une obligation de non concurrence, Qu'elle a pu en l'état de ces énonciations ordonner la mesure d'interdiction de vendre des produits concurrents de ceux vendus par le demandeur à l'action en concurrence déloyale ».

2. TGI Paris, 3^e ch, 14 décembre 2005, RG 2004/15816, *CVIM c/S^{ie} Le Champagne*, PIBD 2006, III, p. 235, radiation du nom de domaine « vin-de-champagne.com ».

3. Mazeaud (H.), (L.) et (J.), *Leçons de droit civil, obligations, théorie générale, op. cit.*, n° 621.

4. Sur la distinction entre l'action en réparation et l'action en cessation : Roujou de Boubée (M.-E.), *op. cit.*, p. 134 et s.

5. L'article 1221 nouveau C. civ. issu de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations renverse cet état de droit : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ».

6. Civ. 1^{re} 11 juillet 2006, n°03-18.528, *Bull. civ. I*, n°389, consacré désormais à l'art. 1123, alinéa 2 nouveau C. civ. : « Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu ».

Toujours est-il que la réparation en nature du dommage réalisé, à l'instar de la cessation de l'illicite, représente un coût nul pour le responsable. Si la réparation en nature ne suffit pas à compenser intégralement le dommage, il peut encore faire l'objet d'une mesure de réparation par équivalent. *A contrario*, l'absence de réparation des préjudices dans certains contentieux de faute lucrative affaiblit le coût du dommage.

149. ***L'absence de réparation des préjudices économiques dans certains contentieux de fautes lucratives*** Lorsqu'une faute lucrative cause un dommage global et des dommages individuels, la réparation par équivalent de ces derniers est un facteur supplémentaire de dissuasion. Au-delà de la valeur constitutionnelle de responsabilité pour faute dont il découle l'obligation de réparer les dommages causés par sa faute¹, une telle dette de réparation constitue un facteur de dissuasion ou d'incitation à un comportement loyal. Le coût financier de la réparation pour l'auteur d'une faute dommageable peut atteindre un montant tel, que la réparation devient aujourd'hui un instrument de régulation sociale d'une efficacité redoutable.

C'est aussi la raison pour laquelle le droit de la concurrence européen appelle au développement des actions privées. Le règlement n° 1/2003 souligne la complémentarité des actions privée et publique en droit de la concurrence². Plus récemment, l'adoption de la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions en réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle^{3,4} a posé les conditions essentielles à un développement homogène au sein de l'Union européenne, du contentieux privé compensatoire, en rappelant à titre liminaire que « l'interaction de ces deux outils [action privée et action publique] est nécessaire pour assurer une efficacité maximale des règles de concurrence » (csdt 6).

Il en est de même en matière environnementale. Le dommage à l'environnement s'inscrit dans un contexte de « subjectivisation » propice à la réparation de préjudices subjectifs découlant d'une atteinte à l'environnement⁵. C'est à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 30 mars 2010 dans le procès de l'*Erika*⁶, que l'on doit la reconnaissance de préjudices individuels résultant d'une atteinte à

6 bis. Art. 1124 al. 2. nouveau C. civ. « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ».

1. Cons. const. 22 octobre 1982, n° 82-144 DC, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, csdt 3, Cons. const., 11 juin 2010, déc. n° 2010-2 QPC, *Madame Vivianne L*, *Loi dite « anti-Perruche »*, csdt 11.

2. Règlement n° 1/2003, considérant 7, « les juridictions préservent les droits subjectifs prévus par le droit communautaire lorsqu'elles statuent sur des litiges entre particuliers, notamment en octroyant des dommages et intérêts aux victimes des infractions ».

3. Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne

4. transposée par l'ordonnance n°2017-303 du 9 janvier 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

5. CEDH, 27 janvier 2009, n° 67021/01, *Tatar C. Roumanie*, D. 2009, p. 2448, note F. Trébulle, la cour reconnaît l'existence d'une violation de l'article 8 liée à la passivité du gouvernement roumain face la nocivité pour l'environnement et la santé des citoyens de l'activité de la société Aurul. Mais elle déboute les requérants de leur demande de « satisfaction équitable » des conséquences d'une telle violation.

6. CA Paris, pôle 4 ch.11, 30 mars 2010, D. 2010. 2238, note L. Neyret, RCS 2013.363, note J.-H. Robert.

l'environnement¹. Dans cet arrêt, les juges du fond ont fait un effort de nomenclature des préjudices individuels causés par un dommage à l'environnement^{2,3}. Parmi les préjudices subjectifs subis par des personnes physiques ou morales, l'arrêt distingue les préjudices patrimoniaux et extra-patrimoniaux. Au titre des premiers, figurent les préjudices matériels tels que « les atteintes à la valeur d'un bien détruit à la suite d'un dommage écologique » ainsi que les préjudices économiques subis notamment par les personnes morales (activité tourisme) résultant de « toutes les pertes subies, dépenses, baisses du chiffre d'affaires en lien avec le dommage environnemental ». Au titre des préjudices extra-patrimoniaux, les juges du fond ont reconnu « l'atteinte à la réputation des collectivités territoriales dépendantes du tourisme ». Notons que la somme totale des dommages et intérêts dont les responsables ont dû s'acquitter s'élève à 200,6 millions d'euros, dont 13 millions au titre du préjudice écologique⁴.

Associée au principe de réparation intégrale du dommage, la reconnaissance du dommage à l'environnement⁵ a permis une diversification des préjudices réparables causés et une aggravation sans équivalent de la dette de réparation. Partant, la réparation des préjudices individuels causés par une faute lucrative permet de grever le « coût » d'une activité illicite lucrative et le cas échéant de la dissuader.

150. **La réparation anecdotique du préjudice collectif.** Lorsqu'une valeur sociale éminente est assortie d'une amende pénale ou répressive faible par rapport à la gravité de l'atteinte⁶, la reconnaissance d'un préjudice objectif issu de l'atteinte à une telle valeur collective, et sa réparation, permettent d'aggraver le « coût » d'une activité lucrative illicite. Cependant, cette pratique demeure pour l'heure anecdotique. Le procès de l'*Erika* a été cette occasion pour les juges du fond de stigmatiser et sensibiliser les activités lucratives comportant un risque irréversible pour l'environnement. Le montant dérisoire de l'amende pénale du délit de pollution a été compensé par une condamnation civile en réparation du « préjudice écologique pur ». Cette consécration symbolique du préjudice objectif à l'environnement par le jugement rendu dans l'*affaire Erika* le 16 janvier 2008⁷ et confirmé sur ce point par l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris du

1. Arrêt partiellement confirmée par Cass. crim. 25 sept. 2012, n° 10-82.938, *AJ Pénal*, 2012. 574, note A. Montas, G. Roussel, la chambre criminelle confirme les condamnations pénales et civiles mais censure l'arrêt qui avait écarté la responsabilité civile de Total en qualité d'affréteur. La cour considère que Total avait commis une faute de témérité, de nature à le priver de l'immunité civile prévue à la convention CLC du 27 novembre 1992.

2. Neyret (L.), « L'affaire Erika, moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *D.* 2010, p. 2238.

3. Depuis, une nomenclature doctrinale des préjudices environnementaux qui distingue préjudices subjectifs et objectifs découlant d'une atteinte à l'environnement a été publiée, voir, Neyret (L.), Martin (G.J.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2012. Cette « Eco-nomenclature » a fait l'objet d'une première application dans l'*arrêt CA Nouméa*, ch. appels corr, 25 février 2014, n° 2010/556, *D.* 2014.669, note G.J. Martin, L. Neyret, dans cette affaire, une usine avait déversé une grande quantité de produit toxique dans un milieu aquatique protégé.

4. *Ibid.*

5. Et bientôt sa consécration en droit commun : art. 1279-2 et et s. du projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017.

6. C'était le cas de l'amende du délit pénal de pollution plafonnée à 375 000 € sous l'empire de l'article L. 218-22 C. env. en vigueur au moment des faits.

7. TGI Paris, 11^e ch, 16 janvier 2008, n° 993489010, *AJDA* 2008. 394, note A. Van Lang.

30 mars 2010, est un aboutissement salué par la doctrine environnementaliste et civiliste¹. « Une telle reconnaissance est remarquable comparée au droit de la convention CLC de 1992 qui limite la prise en compte des atteintes à l'environnement au montant des mesures raisonnables de remise en l'état » s'enthousiasme Monsieur Neyret². Pour distinguer le préjudice écologique objectif des préjudices écologiques subjectifs, différentes expressions sont employées par les juges du fond. Aussi le « préjudice écologique pur » est-il défini comme une « atteinte à l'environnement naturel » ou une « atteinte aux actifs environnementaux non marchands » ou encore d'une « atteinte à l'intégrité du patrimoine naturel ». Les juges du fond caractérisent ce « préjudice écologique pur » par « la souillure de la mer et du rivage », « la mort des oiseaux marins » et la « pollution de l'estran ». Ce préjudice se distingue des préjudices environnementaux subjectifs en ce qu'il est subi par l'environnement lui-même. En d'autres termes, l'arrêt admet le caractère réparable d'un préjudice causé à la Nature, indépendamment des préjudices subis par les personnes physiques et morales. Pourquoi ne pourrait-il pas en être de même du préjudice collectif à la santé publique provoquée par une infraction de masse ? Toute catastrophe sanitaire représente un coût pour la collectivité qui pour l'heure n'est pas indemnisée, au-delà des préjudices individuels.

Pour satisfaire l'exigence du caractère personnel du préjudice, les juges ont admis la recevabilité des recours collectifs réalisés par les associations environnementales dont l'objet social était précisément de protéger l'environnement. Depuis, le législateur est intervenu pour régir spécialement le préjudice écologique pur, indépendamment des préjudices écologiques subjectifs réparés au regard du droit commun. La loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité transpose le principe pollueur-payeur inscrit dans la Charte de l'environnement en définissant un nouveau régime de responsabilité pour les atteintes à l'environnement³. Définis à l'article L. 161-1 du Code de l'environnement, les dommages causés à l'environnement s'entendent des « détériorations directes ou indirectes mesurables de l'environnement ». Le régime de réparation institué par l'article L. 162-9 du code précité, privilégie une réparation en nature (primaire et complémentaire) et réserve la réparation compensatoire « aux pertes intermédiaires de ressources naturelles ou de services survenant » entre le dommage et la date des réparations en nature. En rationalisant la réparation du préjudice environnemental, de telles directives ne risquent-elles pas d'en diminuer le montant et d'affaiblir ce faisant l'effet dissuasif d'une condamnation aussi audacieuse que celle prononcée dans l'*affaire Erika* ? On citera à titre d'exemple une condamnation nettement moins impressionnante dans l'*affaire Chimirec*⁴, dans laquelle a été jugée une société de dépollution qui éliminait de manière illégale des huiles industrielles polluées tout en falsifiant des documents administratifs en vue d'obtenir des subventions publiques pour son

1. Jourdain (P.), « Consécration par la Cour de cassation du préjudice écologique », *RTD civ.* 2013.119.

2. Neyret (L.), « L'affaire Erika, moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *op. cit.*

3. Romi (R.), *Droit de l'environnement*, LGDJ, Lextenso, 2014, 8^e éd. n° 76, p. 151.

4. TGI Paris 31^e, ch. Corr. 18 décembre 2013, *aff. Chimirec*, note L. Neyret, « Trafic de déchets dangereux, quand les dépollueurs se font pollueurs », *Rev. Envir.* 2014 n° 6, p. 30-34.

activité de dépollution. Constatant l'absence d'atteinte avérée, mais un risque d'atteinte à l'environnement compte tenu de la dangerosité des huiles polluées pour la santé des salariés du groupe, transporteurs et riverains, la chambre criminelle du tribunal de grande instance de Paris a condamné la SAS Chimirec Dugny à réparer le préjudice environnemental à hauteur de 8 000 €.

Synthèse B. Cette analyse nous apporte un élément nouveau, les règles de responsabilité civile permettent de proportionner la réparation à l'ampleur des dommages réalisés, notamment grâce à la réparation par équivalent. L'absence de réparation est en revanche un facteur d'affaiblissement du coût, qui explique qu'une faute puisse être « doublement lucrative ». Car non seulement le dommage causé par une faute peut ne pas être réparé, mais en outre le gain illicite qui en résulte peut ne pas être confisqué. *Le quantum de la sanction n'est donc pas le seul facteur d'affaiblissement du coût, la probabilité de la sanction en est un autre.* Il faudra donc encourager les victimes à agir en réparation et faciliter l'action en responsabilité civile, notamment dans les contentieux de masse et les contentieux « délaissés » par les victimes, par peur de représailles économiques¹.

1. Voir *infra*, n° 351.



CONCLUSION DU TITRE II

151. *Le surprofit dépasse le coût du dommage.* L'étude de l'élément matériel, le résultat, d'une faute lucrative nous a révélé deux facettes. La première, le résultat économique ou surprofit, est un premier élément de différenciation d'une faute lucrative. La seconde, résultat dommageable, justifiera au terme de notre analyse⁰, une réprobation particulière de la faute lucrative. À travers cette description de l'élément matériel de la faute lucrative, nous avons identifié les failles du Droit qui expliquent pourquoi l'« avantage » dépasse le « coût » de certaines activités illicites rentables.

L'étude de la réaction contrastée du Droit face au résultat économique d'une faute nous livre les causes originelles de la faute lucrative. Le plafond fixe des amendes pénales, parce qu'il ne permet de proportionner la répression ni au résultat économique d'une infraction ni à l'étendue de son résultat dommageable (nombre de victimes, gravité de l'atteinte), nous semble être une lacune « grave » nourrissant les stratégies de calcul au mépris du Vivant. En droit de la responsabilité civile, la principale faille réside dans l'inertie de la fonction normative de la responsabilité civile, elle découle donc de l'absence de sanction indépendante de la réparation. Le principe de réparation intégrale justifie que les profits illicites (sans concordance avec le gain manqué de la victime) ne soient pas pris en compte dans la réparation pour la raison suivante, parce que le dommage de la victime n'est pas plus important du fait qu'il soit causé par une faute lucrative. Cette démission de la fonction normative explique aussi pourquoi le risque de dommage créé par une faute représente un coût dérisoire par rapport à un espoir de gain illicite.

Les failles du droit économique sont pour certaines identiques à celles du droit pénal, plafonds fixes des amendes (administratives et civile) en droit des pratiques restrictives de concurrence. À l'inverse, en droit des pratiques anticoncurrentielles, si le surprofit n'est pas suffisamment pris en compte dans le calcul de la sanction, celle-ci est néanmoins proportionnelle à l'ampleur effective du dommage à l'économie. Deux raisons pourraient justifier que certaines pratiques anticoncurrentielles demeurent lucratives, que le dommage à l'écono-

1. Notamment lorsqu'il s'agira de relier résultat dommageable et intention lucrative.

mie soit inférieur au surprofit et que la probabilité de sanction proportionnelle au résultat économique et au résultat dommageable soit faible.

En d'autres termes, faiblesse des *quanta* des sanctions (du dommage au Vivant et du risque de dommage subjectif) et faiblesse de la probabilité de la sanction (du dommage au Marché et de certains dommages subjectifs) peuvent expliquer le rapport d'infériorité du coût du résultat dommageable au résultat économique, propice aux fautes lucratives.

TITRE III

L'élément moral de la faute lucrative

152. **Définition juridique de l'élément moral de la faute lucrative.** L'intention de l'auteur d'une faute lucrative est une autre singularité de la notion de faute lucrative. C'est elle qui a permis l'identification d'une faute civile nouvelle en jurisprudence¹. Caractérisée par la conscience du résultat dommageable et tournée vers le résultat économique d'une faute, la faute lucrative révèle une intention d'un genre nouveau, qui n'existe ni en droit répressif ni en droit civil. Cependant, le droit économique fortement imprégné de la théorie économique a su s'adapter à ce nouveau profil de délinquance économique transcendée par une logique de calcul bénéfice-risque.

Définir l'élément moral d'une faute lucrative revient donc à « transposer » en droit le calcul bénéfice-risque auquel se livre un agent économique rationnel préalablement à la commission d'une faute lucrative. À la différence des développements consacrés à l'élément matériel de la faute lucrative, ceux-ci reposeront sur une analyse juridique classique. Car la démarche est inverse, il s'agit de définir en droit un comportement économique qui détermine un agent à commettre une faute lucrative, la rationalité économique.

L'attitude intellectuelle de l'auteur d'une faute lucrative est tout à fait atypique et ce faisant unique. Elle découle de la qualité d'agent économique de l'auteur, par définition doué de *rationalité économique*². À ce titre, l'auteur d'une faute lucrative se livre, préalablement à toute opération économique, à un calcul coût-avantage présentant deux volets, un « calcul-rentabilité » de l'activité délictueuse et un « calcul-probabilité » de la sanction³. Selon des économistes britanniques, le calcul de ces agents met en équation « le butin, la probabilité de l'obtenir et celle d'être arrêté, ainsi que la sanction judiciaire possible »⁴. Trois

1. En droit maritime, Cass. req, 5 juin 1920, Sirey 1921.1.293.

2. Voir *supra*, n° 45, *infra*, n° 258.

3. Grare-Didier (C.), *Recherches sur la cohérence de la responsabilité civile délictuelle, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, *op. cit.*, n° 507, p. 380.

4. *Le Figaro*, « Pourquoi braquer une banque n'est pas rentable », 21 juin 2012, [<http://www.lefigaro.fr/argent/2012/06/21/05010-20120621ARTFIG00665-pourquoi-braquer-une-banque-n-est-pas-rentable.php>].

paramètres sont donc pris en compte dans le calcul, le montant de l'amende, le résultat économique et la probabilité de contrôle.

Tandis que le premier paramètre du calcul (l'amende) révèle une *conscience de l'interdit*, le second (bénéfice) *traduit la recherche du résultat économique* en dépit du risque de contrôle qui suppose une *acceptation du résultat antisocial*. Fort de cette description, il conviendra de voir comment une telle intention, que nous nommerons « intention lucrative », est qualifiée en Droit répressif et quel serait son rôle sur la sanction publique d'une part (Chapitre I). De même, nous verrons comment l'intention lucrative se distingue des autres fautes civiles en droit de la responsabilité civile et ses conséquences sur la sanction privée (Chapitre II).

CHAPITRE I

L'intention lucrative en droit répressif

153. *Le rôle de l'intention dans la répression, un rôle hétérogène.* Il est intéressant de constater qu'en droit répressif, l'intention joue un rôle inégal dans la responsabilité du délinquant économique.

En droit pénal, la hiérarchie des fautes pénales atteste d'une prise en compte de l'intention d'un délinquant dans sa peine, plus forte est celle-ci, plus forte est la peine. Cependant, parce que l'élément moral d'une faute lucrative ne correspond à aucune faute pénale, il n'est pas sanctionné à sa juste valeur. Sa consécration permettrait donc une répression adéquate susceptible de déjouer le calcul préalable (Section I).

À l'inverse, si l'intention est indifférente en droit des pratiques anticoncurrentielles au stade de la qualification, « l'intention lucrative » est particulièrement visée au stade de la répression. La sanction pécuniaire pensée précisément pour déjouer tout calcul repose sur un postulat d'« intention lucrative » des auteurs, personnes morales, de pratiques anticoncurrentielles, ce qui ne se vérifie pas toujours. Cette contradiction du rôle de l'intention pourrait donc être rectifiée si « l'intention lucrative » combattue par la sanction pécuniaire était effectivement prise en compte pour garantir l'effet confiscatoire et dissuasif de la sanction pécuniaire (Section II).

SECTION I : L'IMPOSSIBLE CLASSEMENT DU *DOL LUCRATIF* DANS LA HIÉRARCHIE DES FAUTES EN DROIT PÉNAL

Annnonce. Replacer « l'intention lucrative » dans la hiérarchie des fautes en droit pénal conduit à une impasse (A). L'indifférence du résultat économique en droit pénal et la mansuétude manifestée à l'égard des infractions de risque montrent les limites d'une qualification en droit positif de l'intention lucrative.

Pourtant l'intention lucrative n'est pas une découverte, elle est bien connue de la doctrine de droit pénal des affaires¹ sous l'expression d'*animus cupidi*^{1 bis} que l'on doit à Monsieur Royer.

1. Delmas-Marty (M.), « La criminalité d'affaires », RSC 1974, p. 45, Rabany (G.), *La criminalité d'aff-*

Par conséquent, seule la consécration d'un nouveau dol, « le *dol lucratif* » permettrait d'aggraver la répression d'un délinquant qui privilégie les gains générés par une infraction pénale par rapport au risque social qu'elle engendre (B).

§ 1 – QUALIFICATION DE L'INTENTION LUCRATIVE EN DROIT PÉNAL *DE LEGE LATA*

154. ***L'intention lucrative dans la hiérarchie des fautes pénales.*** Le droit pénal général nous enseigne qu'outre l'élément matériel, « une infraction suppose une attitude intellectuelle, un état d'esprit, une psychologie particulière que l'on appelle l'élément intellectuel de l'infraction »¹.

Le calcul coût-avantage préalablement opéré par l'auteur d'une faute lucrative nous permet de dégager deux paramètres de l'élément intentionnel, la conscience du coût (1) et la recherche d'un avantage (2). Il conviendra de déterminer à quel degré d'intention ces paramètres correspondent et de les qualifier au regard de la hiérarchie des fautes en droit pénal.

A. Les qualifications possibles de la conscience d'un coût

155. ***Le double coût.*** À ce stade de notre étude, on peut affirmer que le coût d'une faute lucrative est non seulement économique, ce qui correspond à l'amende, mais il est aussi social puisque nous avons démontré que le résultat dommageable était l'une de ces composantes². Tandis que le coût pécuniaire révèle la conscience de l'interdit (a), le coût social peut traduire l'acceptation des risques ou du résultat antisocial (b). Ces deux degrés d'intention correspondent à deux types de fautes pénales, l'une étant volontaire, l'autre involontaire.

1. Le coût pécuniaire ou la conscience de l'interdit, un dol général

156. ***L'intention de l'agent économique en droit pénal, un dol général.*** Lorsque l'auteur d'une faute a la volonté de commettre un acte qu'il sait interdit, ce dernier est réputé doté d'une *intention délictueuse*. C'est le principe concernant les crimes et les délits, comme le précise l'article 121-3 alinéa 1^{er} du Code pénal, « Il n'y a pas de crime ou de délit sans intention de le commettre ».

faire, thèse Aix-Marseille III, 1999, spéc. n° 65, Cohen (D.), « Le chef d'entreprise est-il un délinquant ordinaire », in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique* (dir. M.-A. Frison-Roche), Dalloz coll. Thèmes et commentaires, 1997, p. 71 et s., Ducouloux-Favard (C.), « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *op. cit.* : « une spécificité du dol de la criminalité d'argent, ne faut-il pas voir dans cette sorte de calcul des risques une aggravation du caractère dolosif de l'acte infractionnel ? », Jeandidier (W.), « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », in *Mélanges offerts à André Decocq*, Litec, 2004, p. 369-383, spéc. n° 3, p. 369 : selon l'analyse de l'auteur « la délinquance d'affaires étant une délinquance d'astuce, un cercle assez fermé réservé à des esprits nocifs supérieurs, il paraît assez logique de subodorer quelque originalité pour la culpabilité ».

1 bis. Royer (G.), *L'efficience en droit pénal économique, Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, LGDJ, Droit et Économie, 2009, spéc. n° 18 et 113 : « la délinquance en col blanc est traditionnellement présentée comme astucieuse et animée d'un esprit de lucre ou de cupidité, ce que nous dénommerons l'*animus cupidi* ».

1. Desportes (F.), Le Gunehec (F.), *op. cit.*, n° 463.

2. Voir, *supra*, n° 123 et s.

Faute de définition légale de « l'intention », la théorie générale la désigne habituellement comme « la volonté de commettre un acte que l'on sait interdit ou comme l'intention de violer la loi pénale »¹. Ce premier degré d'intention commun à toutes les infractions intentionnelles est qualifié par la doctrine de « dol général ». Cette définition est héritée des travaux d'Émile Garçon, selon lequel, l'intention criminelle repose dans la connaissance ou la conscience chez l'agent qu'il accomplit un acte illicite. Partant, il décompose le *dol général* en deux éléments distincts, « la volonté de commettre l'infraction telle qu'elle est déterminée par la loi » et « la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales »². Pour reprendre les termes de Monsieur Pradel, le *dol général*, ce serait donc d'une part « la conscience chez le coupable de la réalité factuelle et légale » (qui peut être présumée du fait de l'adage *nemo censetur ignorare legem*) et c'est ensuite « la volonté d'agir malgré tout »³.

De ces enseignements, on peut déduire que l'élément moral d'une faute lucrative valide indubitablement ce premier degré d'intention délictueuse, à savoir le *dol général*. En effet, le simple fait de prendre en compte le montant de l'amende dans le calcul coût-avantage, tel qu'il a été présenté, démontre d'une part la connaissance et la conscience de l'agent économique de l'illicéité de son acte. Et d'autre part, la volonté d'agir en dépit de cette illicéité.

157. **Vérification de l'hypothèse à travers les exemples de fraude et de contrefaçon.** Dans ces deux exemples de fautes lucratives pénales prises pour notre étude, fraude et contrefaçon, l'intention requise par l'incrimination est la conscience de l'interdit.

En effet, concernant la fraude, doctrine et jurisprudence s'accordent pour qualifier le délit de tromperie « d'infraction intentionnelle ». Parce que la tromperie emporte allégation ou présentation susceptible de masquer la réalité pour inciter autrui à contracter, cette infraction suppose nécessairement la mauvaise foi de son auteur. De ce fait, la Cour de cassation affirme de manière constante que l'intention frauduleuse est un élément constitutif du délit de tromperie⁴. La doctrine majoritaire se rallie à cette position. Selon elle, l'élément intentionnel de la tromperie consisterait en « la volonté de commettre un acte en ayant conscience de violer la loi pénale »⁵, soit en un *dol général*.

Le délit pénal de contrefaçon, contrairement au délit civil, requiert un élément intentionnel, c'est en effet ce qui résulte du texte d'incrimination et notamment de l'emploi du terme « sciemment »⁶. Cet adverbe signifie que l'atteinte portée est commise de « façon délibérée », l'acte est donc volontaire malgré la

1. Desportes (F.), Le Guehec (F.), *op. cit.*, n° 470, Bouloc (B.), *op. cit.*, n° 257.

2. Garçon (E.), *Code pénal annoté*, Sirey, 2^e édition, art. I, n° 77 in Merle (R.), Vitu (A.), *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, Ed. Cujas, tome 1, 7^e éd. 1997, n° 579.

3. Pradel (J.), *op. cit.*, n° 502.

4. Cass. crim., 4 janv. 1977, *D.* 1977. 336, note J.-C. Fourgoux, Cass. crim., 25 janvier. 1990, *Droit pénal* 1990, comm.228, obs. J.-H. Robert : « attendu que la tromperie pour être punissable au sens de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1905 doit résulter d'une intention frauduleuse, qu'il appartient aux juges de constater les circonstances d'où se déduit la mauvaise foi du prévenu ».

5. Desportes (F.), Le Guehec (F.), *ibid.*, n° 471.

6. Art. L. 615-14 C. P. I. « Sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende les atteintes *portées sciemment* aux droits du propriétaire d'un brevet, tels que définis aux articles L. 613-3 à L. 613-6 ».

connaissance de l'interdit. Par conséquent, le contrefacteur a nécessairement conscience de porter atteinte aux droits du propriétaire du brevet.

La prise en compte du coût pécuniaire d'une activité illicite dans le calcul opéré par l'auteur d'une faute lucrative traduit sans nul doute sa conscience de l'illicéité de son acte. L'élément moral d'une faute lucrative pénale serait donc nécessairement un *dol général*. Néanmoins, la prise en compte du coût social dans le calcul de l'agent doit venir pondérer cette affirmation. S'il est connu, ce coût social n'est jamais voulu. Par conséquent, la faute lucrative peut également revêtir des qualifications pénales dont l'élément moral correspond à une faute non intentionnelle.

2. *Le coût social ou l'acceptation du risque de résultat dommageable, une faute involontaire ou le dol éventuel*

158. **La prise de risque en droit pénal.** La prise en compte du coût social dans le calcul de l'agent économique traduit une conscience du risque social sans la volonté de celui-ci. Car en principe, la rationalité économique dicterait à l'agent de ne pas violer la loi si la probabilité que le risque se réalise était trop grande. *A contrario*, si cette probabilité est faible, alors la commission de l'acte interdit en dépit du risque traduirait une acceptation du risque social.

Plusieurs qualifications existent en droit pénal pour désigner cette conscience du risque dont toutes appartiennent à la catégorie des fautes non intentionnelles. Tout d'abord, dans l'*affaire du Mediator*, on reproche aux prévenus d'avoir poursuivi la commercialisation d'un médicament malgré la connaissance des risques de complications que certains patients pouvaient développer et d'avoir ainsi pris un risque pour la santé publique. De la même manière, dans l'*affaire Erika*, on reprochait aux personnes poursuivies détenant « un pouvoir de contrôle et de direction dans la gestion ou la marche du navire » des fautes d'imprudence de négligence graves ayant concouru à la réalisation du risque de pollution des mers par hydrocarbure.

En droit pénal général, ces prises de risque correspondent plus précisément à des « fautes d'imprudence qualifiées » qui peuvent consister en une faute d'imprudence caractérisée ou une faute de mise en danger.

159. **La faute d'imprudence caractérisée.** Tout d'abord, la prise de risque ou l'acceptation du risque peut consister en une faute d'imprudence caractérisée, qui se classe parmi les fautes pénales non intentionnelles, précisons-le. Définie à l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal, cette faute consiste à « exposer autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il [l'auteur] ne pouvait ignorer ». Si cette faute n'exige pas la violation d'une règle particulière de sécurité, mais une simple méconnaissance d'une règle de bon sens, en revanche elle requiert la conscience de l'existence d'un risque grave.

L'*affaire Erika* nous offre une illustration de cette faute d'imprudence caractérisée. Rappelons que l'article L. 218-19, II du Code de l'environnement incrimine désormais la faute d'imprudence caractérisée de pollution¹. Mais au moment des

1. Art. L. 218-19 II C. Env, « Lorsque les infractions mentionnées au I ont pour origine directe ou in-

faits, ce texte n'existant pas, les juges s'étaient fondés sur l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal¹ et l'article L. 218-22 du Code de l'environnement qui incrimine le délit de pollution par imprudence sans distinction de degré de gravité².

La qualification des faits en droit pénal ne pose pas de difficulté. L'analyse des juges du fond est confirmée par la chambre criminelle^{3,4}. Ainsi, en l'espèce, les juges ont estimé que l'armateur, en raison de son pouvoir de contrôle et de gestion du navire, ne pouvait ignorer l'état de délabrement et de corrosion de l'*Erika*. Parce que ce dernier avait sciemment minoré les réparations et l'avait quand même donné en affrètement, la chambre criminelle en déduit qu'il avait contribué à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage et n'avait pas pris les mesures pour l'éviter, ce faisant il avait commis une faute caractérisée d'une particulière gravité au sens de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal. En ce qui concerne le gestionnaire, gérant technique auquel l'armateur avait délégué la gérance technique du navire, les juges lui ont reproché d'avoir minimisé délibérément l'entretien et les réparations alors qu'il détenait un pouvoir de direction et de gestion technique du navire, et en déduisent la qualification de faute caractérisée.

Quant à l'affréteur de fait, la SA Total, les juges déduisent la faute caractérisée de l'absence d'audit de la sécurité du navire⁵ (procédure de *vetting*⁶), par souci d'économie de moyens et d'avoir ainsi pris un risque de naufrage d'un navire transportant des hydrocarbures et donc un risque de pollution des mers.

directe soit la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, soit une faute caractérisée qui exposait l'environnement à un risque d'une particulière gravité que son auteur ne pouvait ignorer, les peines sont portées à [...] ».

1. Ce qui renvoie à l'article 121-3 alinéa 4 du Code de pénal qui subordonne la culpabilité de l'auteur indirect du dommage à la preuve d'une faute caractérisée, notamment celle qui expose autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur ne pouvait ignorer compte tenu des fonctions exercées par l'auteur.

2. Art. L. 218-22 C. Env. dans sa version applicable au moment des faits : « Sans préjudice des peines prévues aux articles précédents en matière d'infractions aux règles sur les rejets, l'imprudence, la négligence ou l'inobservation des lois et règlements, ayant eu pour conséquence un accident de mer tel que l'a défini la convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 sur l'intervention en haute mer, est punissable en la personne du capitaine ou du responsable de la conduite ou de l'exploitation à bord de navires ou de plates-formes français ou étrangers qui a provoqué un tel accident ou n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'éviter, lorsque cet accident a entraîné une pollution des eaux territoriales, des eaux intérieures ou des voies navigables jusqu'à la limite de la navigation maritime. [...] ».

3. T. corr. Paris, 16 janvier 2008, n° 9934895010, RSC 2008.344, obs. J.-H. Robert, CA Paris 30 mars 2010, D. 2010.2283, chron. L. Neyret., Cass. crim. 25 septembre 2012, n° 10-82938, AJ Pénal 2012.574, note A. Montas, G. Roussel.

4. Delebecque (P.), « L'arrêt « Erika », un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », D. 2012. 2711, n° 13-15 : Le propriétaire du navire M.S : mise à disposition d'un navire dans un état de corrosion avancé, minoration des travaux de réfection du navire, absence d'entretien, etc., fautes du gestionnaire du navire M.P : manquement à sa mission de veiller à l'entretien du navire, faute de Total SA : manquement à son obligation de *vetting*.

5. Neyret (L.), « L'affaire Erika, moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », D. 2010.2238 : l'auteur explique que s'il n'existait aucune norme internationale exigeant de Total de procéder à un contrôle technique des navires, le groupe avait mis en place un contrôle spécifique appelé *vetting* pour renforcer la sécurité des navires. Pour les juges d'appel, le manquement à cette procédure de contrôle a permis de caractériser la faute d'imprudence imputable à Total.

6. Voir : http://www.afcan.org/dossiers_securite1.html, Déf. Terme « *vetting* » sous-entend une inspection externe d'un navire par un « major » pétrolier ayant pour but d'examiner soigneusement et scrupuleusement ses défauts, ceux de ses managements technique et commercial et ceux de son équipage afin de déterminer les risques que peut présenter ce navire pour la compagnie pétrolière ».

Toutefois, la chambre criminelle cassera partiellement l'arrêt de la cour d'appel en ce qu'elle n'a pas retenu, sur le plan civil, une « faute de témérité » à l'encontre de la SA Total. Or les circonstances qui ont permis de lui imputer une faute pénale d'imprudence caractérisée, à savoir la conscience de la probabilité du dommage, auraient dû conduire les juges d'appel à retenir une telle qualification. L'enjeu est important puisque selon la convention CLC relative à la responsabilité civile en cas de pollution par hydrocarbures, l'affréteur bénéficie d'une immunité civile en cas de pollution par imprudence¹. Toutefois, une disposition stipule que la « faute de témérité » entraîne la déchéance de l'immunité civile². Contrairement à l'analyse des juges d'appel qui avaient retenu une faute inexcusable, la chambre criminelle caractérise une « faute de témérité » à l'encontre de l'affréteur de fait, caractérisée par la « conscience de la probabilité du dommage » de son auteur.

Dans leur analyse, Monsieur Montas et Monsieur Roussel rapprochent cette faute *sui generis* de la faute pénale d'imprudence caractérisée³. D'après ces auteurs, la Cour de cassation adopte une appréciation *in concreto* de cette faute commise dans le cadre du *vetting*, les juges considérant que Total SA n'avait pas accompli les diligences normales qui lui incombaient et compte tenu de la compétence de la personne qui la représentait à l'occasion des opérations maritimes, elle avait nécessairement conscience qu'il s'ensuivrait probablement un dommage par pollution. Cette imprudence consciente du risque de pollution est ainsi déclarée constitutive de la faute de témérité entraînant une déchéance de l'immunité civile des responsables.

Finalement la faute de témérité se rapproche davantage de la faute de mise en danger, en raison de leur caractère « délibéré », renvoyant à la conscience du risque, à son acceptation. Cependant, ce qui distingue la faute caractérisée de la faute de mise en danger, c'est la nécessité pour la première, de constater la violation d'une obligation légale ou réglementaire particulière de prudence ou sécurité⁴. Or, dans l'affaire *Erika*, la violation d'une simple obligation contractuelle de *vetting*, n'y souscrit pas.

160. **La faute de mise en danger délibérée.** À mi-chemin entre la faute non intentionnelle et la faute intentionnelle, la faute de mise en danger délibérée d'autrui fut instituée pour sanctionner particulièrement celui qui prend un risque en connaissance de cause sans pour autant en souhaiter la réalisation^{4 bis}.

1. Art. III. 4 et V.2. de la Convention du 29 novembre 1969 sur la responsabilité civile des propriétaires de navires pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, telle que réformée en 1992, dite Convention CLC 69/92 : Ce texte canalise la responsabilité sur le propriétaire du navire et consacre l'immunité de l'affréteur, de l'armateur, de leurs préposés et de leurs mandataires.

2. *Ibid.* : Cependant, ce bénéfice de l'immunité ne tient plus lorsque le dommage de pollution résulte de « leur fait ou de leur omission personnels [...] commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement ».

3. Montas (A.), Roussel (G.), « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire *Erika* (I), Commentaire de l'arrêt Crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938, *Erika* », *AJ Pénal* 2012, p. 574 : « la faute de témérité du droit maritime est sans doute une faute d'imprudence consciente parce qu'elle implique la conscience de la probabilité du dommage ».

4. Dreyer (E.), *Droit pénal général, op. cit.*, n° 845, p. 616 : l'auteur explique que « la Cour de cassation utilise la catégorie des fautes caractérisées comme catégorie de repli lorsqu'une faute délibérée a été commise mais qu'elle ne peut être sanctionnée à ce titre en l'absence de violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ».

Introduite à l'article 121-3 alinéa 2¹, à l'occasion de l'adoption du nouveau Code pénal, cette nouvelle faute a inspiré à la doctrine la consécration d'un dol jusqu'alors théorique, le *dol éventuel*². Selon Monsieur Bouloc, « En droit pénal général, lorsque l'agent, sans vouloir en aucune façon le résultat dommageable qui s'est produit, ou même aucun résultat, l'a simplement prévu comme possible, on parle alors de dol éventuel »³. Dans ce cas, il n'y a donc pas d'intention dommageable, mais une admission fautive du risque causé à autrui. Définie à l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal, la faute de mise en danger délibérée suppose « une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement ». Par conséquent et contrairement à la faute d'imprudence caractérisée, cette faute suppose l'existence d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence. Cette condition représente « la pièce maîtresse de cette formidable machine » selon l'analyse de Monsieur Puech⁴. En outre, le caractère « délibéré » de la violation de ladite norme traduit une volonté particulière de l'auteur qui, en dépit de la connaissance du danger, est déterminé à agir. Selon l'auteur, l'exercice de la volonté révélerait une certaine « hostilité à la valeur sociale ». Quant au risque généré par le comportement anormal, il doit être entendu comme un péril, un danger potentiel pour le vivant.

Enfin, la mise en danger délibérée entraîne l'aggravation de la répression de deux manières⁵. Soit le risque reste au stade de risque, la faute de mise en danger délibérée est alors l'élément moral des infractions de « risques causés à autrui » incriminées à l'article L. 223-1 du Code pénal⁶. Soit le risque se réalise et la mise en danger constitue une circonstance aggravante des atteintes involontaires à la vie⁷, mais aussi des délits de tromperie⁸ ou de contrefaçon⁹.

4 bis. Le législateur a en effet estimé qu'on ne pouvait assimiler celui qui prend un risque intentionnellement tout en espérant que ce risque ne provoque aucun dommage à celui qui cause un dommage sans en avoir eu conscience, par pure imprudence ou négligence. Pour la doctrine, « cette situation est à la frontière du dol et de la faute ordinaire ».

1. Art. 121-3 C. P. : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. Il n'y a point de contravention en cas de force majeure ».

2. Desportes (F.), Le Guehec (F.), *op. cit.*, n° 494.

3. Bouloc (B.), *op. cit.*, n° 283.

4. Puech (M.), « De la mise en danger d'autrui », *D.* 1994, chron, p. 153.

5. Caron (D.), *JCL.pén.code*, art. 223-1 et 223-2, Fasc. 20, « Risques causés à autrui », 2012, voir aussi : Guilhal (D.), *JCL.pén.code*, art. 221-6 à 221-7, Fasc. 20, « Les atteintes involontaires à la vie », 2012.

6. Art. 223-1 C. P. : cet article punit « le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement » d'une amende de 15 000 € et d'une peine d'emprisonnement d'un an.

7. Art. 221-6 C. P.

8. Art. L. 454-3, 1° nouveau C. conso.

9. Art. L. 615-14 du C. P. I.

Conclusion. Cette première analyse de l'élément moral d'une faute lucrative et l'examen des exemples d'infraction pénale lucrative nous conduisent à la conclusion suivante. La faute lucrative pénale coudoie non seulement des fautes pénales intentionnelles, *dol général* et *dol éventuel*, mais aussi une faute non intentionnelle, la faute pénale caractérisée. C'est en effet la conséquence de la prise en compte du coût pécuniaire et du coût social dans le calcul opéré par son auteur. Voyons à présent l'impact du paramètre « bénéfice » dans la qualification de l'élément moral de la faute lucrative.

B. L'impact de « la recherche d'un avantage économique » sur la nature de l'intention

161. **Le résultat économique, paramètre déterminant du calcul coût-avantage.** Lorsqu'un agent économique se livre à un calcul coût-avantage d'une activité illicite, il cherche à confronter sa rentabilité et son coût à l'aune de la probabilité de chacun. Ce calcul démontre bien que l'auteur d'une faute lucrative n'agit que si le gain escompté d'une activité illicite dépasse son coût probable. *A contrario*, si l'amende encourue est égale ou supérieure aux pronostics de gains, l'agent économique, doué de *rationalité économique*, s'abstiendra.

Des économistes britanniques ont démontré au terme d'une étude que les risques d'un braquage d'une banque suppléaient les bénéfices escomptés. Selon eux « la criminalité est une activité économique comme une autre, écrivent-ils. Il y a des bénéfices, des pertes, des risques et des rendements. Il y a aussi des intrants, le travail et le capital, et des coûts »¹. Il ressort de ce calcul qu'à travers l'infraction, la finalité première poursuivie par l'agent économique est non pas de nuire, mais de s'enrichir. Cet enrichissement recherché est toutefois illicite lorsque pour l'obtenir, l'agent économique commet une infraction, délibérément. Par conséquent, ce n'est pas le résultat dommageable qui détermine la volonté de l'agent économique, mais bien le résultat économique de l'infraction.

Or si le droit pénal général saisit l'intention tendue vers un résultat contraire à l'ordre public, il est indifférent à une intention tendue vers un résultat non prohibé, tel que le résultat économique, à moins que ce résultat soit également illicite.

1. Exclusion du dol spécial

162. **Une volonté non tournée vers un résultat prohibé, exclusion du dol spécial.** Lorsque l'élément intellectuel consiste en « l'intention d'atteindre un certain résultat prohibé par la loi pénale »², la doctrine qualifie l'intention de *dol spécial*. La recherche du résultat prohibé s'ajoute alors à la méconnaissance de la loi. Rappelons que le résultat légal, donc prohibé, désigne généralement le trouble à l'ordre public. Le *dol spécial* requiert donc une volonté de commettre

1. *Le Figaro*, « Pourquoi braquer une banque n'est pas rentable », 21 juin 2012, en ligne [http://www.lefigaro.fr/].

2. Desportes (F.), Le Gunehec (F.), *op. cit.*, n° 474.

un désordre, voire de nuire à autrui. Si le calcul coût-avantage opéré par l'agent, révèle la connaissance de ce dernier du résultat nuisible engendré par l'activité illicite (ce qu'on a appelé le coût social), il indique aussi que la forte probabilité de ce coût social dissuaderait l'agent rationnel. Ce raisonnement montre que l'intention du délinquant économique, celui qui est doué de rationalité économique, n'est en principe pas tournée vers le résultat dommageable. Son intention est orientée vers un autre but. À défaut d'être tournée vers le résultat dommageable, l'intention du délinquant économique ne constitue donc pas un *dol spécial*, au sens du droit pénal général.

Il y a néanmoins concordance entre *dol spécial* et intention lucrative lorsque le résultat économique recherché découle du résultat dommageable. Auquel cas le résultat économique est souhaité en ce qu'il procure un avantage supplémentaire à l'agent économique. C'est notamment le cas du délit de participation frauduleuse par une personne physique à une pratique anticoncurrentielle, incriminé à l'article L. 420-6 du Code de commerce¹. L'adverbe « frauduleux » laisse entendre que l'infraction a été commise dans le but de tirer profit du déficit de concurrence sur le marché². La volonté est donc tournée vers le résultat illicite de l'infraction, soit l'atteinte à la libre concurrence, puisque le résultat économique en découle. Aussi la doctrine a-t-elle pu qualifier l'élément moral de cette infraction pénale de « *dol spécial* »³. C'est donc en matière d'infractions contre les biens que l'intention lucrative peut être saisie à travers l'élément moral. Pour autant, la peine principale ne se réfère qu'à titre exceptionnel au résultat économique⁴.

Enfin, en dehors du cas précité, si le droit pénal est indifférent à une volonté tendue vers un résultat non prohibé, il peut se saisir d'une volonté motivée par un mobile antisocial, contraire à l'ordre public.

2. Exclusion du dol aggravé

163. **La volonté non motivée par un mobile répréhensible, exclusion du dol aggravé.** Il existe un moyen admis par le droit pénal général pour se saisir d'une volonté, motivation dès lors qu'elle révèle une psychologie antisociale de son auteur, les *mobiles*. Parce qu'ils correspondent aux raisons pour lesquelles l'infraction est commise, ou à la « cause impulsive et déterminante de l'acte criminel »⁵, ils sont variables avec les individus et les circonstances. Or, rappelons qu'en droit pénal français, l'intention criminelle est principalement envisagée de manière objective et abstraite, conformément à la doctrine classique. Il en

1. Art. L. 420-6 C. com, « Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2. ».

2. Voir *infra*, n° 48 et voir *supra*, n° 177 et s.

3. Lucas de Leyssac (C.), « L'inquiétant article L. 420-6 du Code de commerce », in « Concurrence et droit pénal, La sanction des pratiques anticoncurrentielles par le recours à l'article L. 420-6 du Code de commerce », colloque, G. Canivet (dir.), *Concurrences* 2008/1, spéc. p. 22, n° 7.

4. Infractions de conséquence, voir *supra*, n° 98.

5. Bouloc (B.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 273.

découle un principe d'indifférence aux mobiles¹. Néanmoins, on recense des cas exceptionnels où le législateur se saisit de mobiles particulièrement nuisibles à l'ordre social. Ils sont alors pris en compte au stade de l'incrimination, à titre de composante supplémentaire de l'élément moral. Ce degré ultime d'intention est appelé *dol aggravé*. Les mobiles généralement incriminés par le législateur correspondent à des mobiles xénophobes ou terroristes, et sont hautement réprimés en raison de leur nocivité pour l'Humanité et la Nation². Par conséquent, seul le mobile antisocial, ou la volonté de troubler l'ordre social rend un fait punissable.

Or force est de reconnaître que dans un régime libéral reposant sur une économie de marché, les profits ont la part belle. Et loin d'être décriés, ils sont plutôt récompensés encouragés par la logique d'une économie de marché, puisqu'ils représentent l'huile des rouages du marché. Si les profits licites méritent tous les encouragements, il en est autrement des profits illicites. Le surprofit d'une pratique anticoncurrentielle suscite une des répressions les plus fortes de notre système juridique. Or dans le calcul opéré par l'auteur d'une faute lucrative, l'avantage correspond bien aux bénéfices tirés de l'activité illicite. Ce faisant, ces bénéfices sont tout autant que leur source, illicites.

Ainsi, dans la mesure où le lucre, le gain, constitue indubitablement la cause impulsive et déterminante de l'infraction lucrative commise par un agent économique, l'illégitimité de ce gain (fruit de l'infraction) devrait colorer le mobile d'antisocial. Parce qu'il génère un enrichissement illégitime, le mobile de l'auteur d'une faute lucrative devrait être pris en compte par le droit pénal.

Conclusion. Bien qu'elle soit la cause impulsive de la faute lucrative, la recherche d'un avantage économique, fut-il illicite, emporte sauf exception, aucune conséquence sur la qualification de l'élément moral de celle-ci.

Pourtant, l'intention de l'auteur d'une faute lucrative ne peut se résumer à une simple prise de risque délibérée. Son objectif étant avant tout de s'enrichir, fut-ce au détriment d'autrui. Faute de qualifications adéquates *de lege lata*, définissons le *dol* idoine, *de lege feranda*.

§ 2 - QUALIFICATION DE L'INTENTION LUCRATIVE *DE LEGE FERANDA*, LE *DOL LUCRATIF*

164. ***L'intention lucrative, un dol lucratif ?*** Après avoir défini le « *dol lucratif* » à la lumière de ses caractéristiques (1), nous préconiserons sa consécration en droit positif sous forme d'une nouvelle circonstance aggravante, appelée le *dol lucratif* (2).

1. Ce principe d'indifférence juridique des mobiles est la conséquence du caractère général et abstrait de la loi pénale, alors que les mobiles sont subjectifs et concrets.

2. Ainsi la loi du 28 juillet 1894 ne réprimait les menées anarchistes que si elles avaient été faites « dans un but de propagande anarchiste » (art 1 et 2). Ou en cas d'atteinte au crédit de l'État, la loi du 12 février 1924 ne frappait que ceux qui avaient agi « dans un but de spéculation ou de dépréciation de la monnaie ». L'art. 211-1 du C. P. incrimine le crime de génocide comme « tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux [...] », tandis que l'article 421-1 du C. P. définit l'intention de l'acte de terrorisme comme « ayant pour but de troubler gravement à l'ordre public par la terreur ».

A. Les caractéristiques du *dol lucratif*

Annnonce. Deux éléments caractérisent l'intention lucrative, l'intention tournée vers le résultat économique (1) et le mépris du résultat dommageable (2).

1. La recherche d'un gain illicite

165. **La recherche de l'efficacité économique.** En matière économique, toute activité développée par un agent économique rationnel a pour objectif l'efficacité économique¹. Aussi, l'*homo economicus* cherchant à optimiser ses bénéfices et minimiser ses pertes s'adonne-t-il systématiquement à un calcul-rentabilité de son activité. Pour optimiser ses bénéfices, un agent économique peut donc être amené à commettre une infraction pour obtenir des gains qu'une situation régulière ne lui aurait pas procurés.

Soit ce gain résulte d'une minimisation de ses dépenses, l'agent sacrifie alors une démarche qualité justifiée par des contrôles de conformité et de sécurité sur l'autel de la rentabilité. Soit, ce gain est le fruit d'une activité illicite, d'une information mensongère, auquel cas l'agent sacrifie l'intégrité du marché sur l'autel de la rentabilité. Dans tous les cas, la volonté de l'agent a pour finalité la recherche d'un gain supérieur et illicite.

Dès lors, on comprend que cette logique de la rationalité économique peut conduire un agent économique à réduire la qualité ou à compromettre la conformité d'un produit pour optimiser ses gains. En effet, la stricte application de la réglementation ou l'accomplissement de contrôle de conformité engendre un coût. Aussi, grande est la tentation pour tout agent de s'y soustraire. Or, ne pas se conformer à la réglementation des biens et services c'est prendre un risque que le produit n'offre pas des garanties de sécurité suffisantes.

2. Le mépris du risque pour autrui

166. **Le mépris du danger.** Cette mise en balance entre la sécurité des consommateurs ou leur environnement et l'efficacité économique, de l'agent économique n'est pas acceptable, tant les risques peuvent être grands et les dommages graves.

L'*affaire du Mediator* étant encore en cours², nous illustrerons nos propos avec l'*affaire du sang contaminé*, autre scandale de santé publique soldé par une condamnation pénale des responsables du chef de tromperie. En effet, au terme de cette affaire, « Dr Garetta a été condamné sur ce fondement du fait de sa connaissance avérée du risque de contamination, risque auquel il n'a pas mis fin »³. Ainsi, dans l'arrêt du 21 juin 1994, la chambre criminelle a confirmé l'arrêt

1. voir *supra*, n° 44.

2. Toutefois, le retrait du marché en Suisse (1998) en Espagne (2003) et en Italie (2004) du médicament Mediator, fait présumer la connaissance du risque par le Groupe Servier.

3. Py (B.), « La responsabilité pénale du fait des médicaments dangereux », in « Les responsabilités du fait des médicaments dangereux », S. Hocquet-Berg (dir.), *Revue générale de droit médical*, NS 2012, p. 123^o, spéc. p. 128, à propos du Dr Garetta, ancien directeur du CNTS.

d'appel qui l'avait déclaré coupable en qualité de directeur général du CNTS (centre national de transfusion sanguine) au motif que « le docteur Y - Garetta - [...] a alors manqué à son obligation de tout mettre en œuvre, d'une part pour faire cesser immédiatement l'usage de ces produits [...] d'autre part pour faire cesser sans délai leur distribution [...], qu'il a au contraire, par souci d'épuiser les stocks, accepté le risque couru par les hémophiles en fonction de considérations économiques étrangères à la santé de ceux-ci »¹. Rappelons également l'*affaire Erika* au terme de laquelle la condamnation du chef de délit de pollution a été prononcée contre divers protagonistes², la SA Total en tant qu'affrètement et bénéficiaire d'un pouvoir de contrôle sur la marche et la gestion du navire³, s'est vue reprocher une faute d'imprudence lors de la procédure de *vetting* en relation de causalité avec le naufrage. La responsabilité du mandataire du propriétaire du navire et celle du gestionnaire nous intéressent tout particulièrement : contre le premier a été retenue « une faute d'imprudence caractérisée en raison de la minoration consciente des travaux de réfection de l'*Erika* directement à l'origine de sa ruine »⁴ et le second fut accusé de plusieurs fautes caractérisées dont « la décision de faire des réparations *a minima*, qui est la cause directe de l'état de corrosion d'une partie fondamentale de la structure du navire et donc de sa casure, de son naufrage et de la pollution qui en est découlé »⁵. Toutes ces fautes d'imprudence caractérisées traduisent un sacrifice manifeste de la sécurité⁶, et ce, au nom d'un objectif de rentabilité d'une activité/opération économique, afin de minimiser les coûts pour optimiser les gains.

167. **Proposition de qualification, « le dol lucratif ».** Si l'on associe ces deux caractéristiques de l'élément intentionnel d'une faute lucrative, à savoir la

1. Cass. crim., 22 juin 1994, n° 93-83.900, D. 1995.85, note A. Prothais: « [...] dès avant le 21 mars 1985, le docteur Y..., directeur général de cet établissement, et le docteur X..., hématologue responsable de son département «recherches et développement», étaient informés de la contamination massive des lots commercialisés, que cependant le docteur Y... a alors manqué à son obligation de tout mettre en œuvre, d'une part, pour faire cesser immédiatement l'usage de ces produits en informant par tous moyens les hémophiles et les prescripteurs du «danger mortel véhiculé par ces produits», d'autre part, pour faire cesser sans délai leur distribution «quitte à leur substituer des produits inactivés d'origine étrangère disponibles sur le marché ou d'origine française», qu'il a, au contraire, par souci d'épuiser les stocks, accepté le risque couru par les hémophiles en fonction de considérations économiques étrangères à la santé de ceux-ci, [...] ».

2. Robert (J. J.), « L'épave de l'Erika est juridiquement stabilisée », *Rev. des sociétés* 2013, p. 110, Note sous Cour de cassation, Chambre criminelle, 25 septembre 2012, Savarese et autres, pourvoi numéro 10-82.938.

3. Art. L. 218-22 anc C. env. : pour que ce texte s'applique à une personne autre que le capitaine ou les responsables de la conduite ou de l'exploitation à bord du navire, il faut que celle-ci soit à l'origine de la pollution ou n'ait pas pris les mesures nécessaires pour l'éviter, qu'elle exerce « en droit ou en fait un pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche du navire ».

4. Neyret, (L.), « De l'approche extensive de la responsabilité pénale dans l'affaire Erika », *Rev. env.* 2010, n° 11, Note sous Cour d'appel de Paris, pôle 4, chambre 11, arrêt du 30 mars 2010, *Erika*, RG numéro 08/02278, spéc. n° 13.

5. *Loc. cit.*

6. Sur l'inadaptation des qualifications d'imprudence en cas de « scandale sanitaire », voir : Rousseau (F.), « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des «scandales sanitaires» », *Rev. Droit pénal*, mai 2013 n° 5, étude 11, spéc. n° 14-15 : parmi les préconisations de « reconfiguration » des infractions contre les personnes utilisées en cas de scandale sanitaire, on retiendra celle consistant à « créer une version intentionnelle du délit d'exposition d'autrui à un risque, reposant sur la conscience du risque de l'agent poursuivi.

recherche d'un gain supérieur et illicite et le mépris du danger créé, on obtiendrait un nouveau dol, le *dol lucratif*.

D'une part, c'est un dol parce que l'auteur d'une faute lucrative a conscience de l'interdit ou du risque (c'est ce qu'indique le paramètre « coût » dans le calcul coût-avantage). Ce faisant, il embrasse à la fois la réalité du *dol général* et du *dol éventuel*. D'autre part, bien qu'il ne corresponde ni à la qualification de *dol spécial* ni de *dol aggravé*, c'est un dol singulier en ce que la volonté est tournée vers un but précis et est motivée par ce dernier, le lucre (soit le paramètre « avantage » dans le calcul coût-avantage). Selon nous, il s'éloigne de ces dols parce que la volonté n'est pas tournée vers le résultat dommageable, mais vers le résultat économique. On pourrait toutefois opposer qu'il se rapproche du *dol spécial* parce que l'intention est tournée vers un but qui plus est illicite, un gain illicite, un indu sur le marché qui génère également un trouble à l'ordre public de marché. Mais une telle qualification serait admissible si l'efficacité de marché était une valeur pénalement protégée, ce qui ne semble pas correspondre à l'essence du droit pénal français.

Une autre analyse du *dol lucratif* consisterait à le situer à mi-chemin entre le *dol général* et le *dol éventuel*, car le résultat dommageable est connu, non souhaité, mais provoqué de manière délibérée pour augmenter la rentabilité d'une activité économique.

Quelle que soit la place du *dol lucratif* dans la hiérarchie des dols, cette qualification nouvelle correspondant à l'intention des infractions pénales lucratives, pourrait se définir selon nous comme « *la volonté tournée vers un enrichissement illicite au préjudice d'autrui* ». Une telle qualification permettrait d'adapter et de renforcer la répression d'une infraction chaque fois qu'elle serait commise au terme d'un calcul bénéfice-risque, calcul froid et utilitaire.

B. Consécration du *dol lucratif* en droit pénal, une nouvelle circonstance aggravante générale

Annnonce. La spécificité de cet élément moral et sa dangerosité nous incitent à préconiser sa prise en compte en droit positif, pour aggraver la responsabilité de l'auteur d'une infraction lucrative (1). Plutôt que de créer une infraction nouvelle caractérisée par un tel élément moral, nous proposerons d'insérer ce nouveau *dol* dans la hiérarchie des *dols* en droit pénal à travers une nouvelle circonstance aggravante, générale et personnelle. Ce qui permettrait d'adapter la répression de l'auteur, agent économique rationnel, de n'importe quelle infraction commise au terme d'un calcul bénéfice-risque (2).

1. La nécessaire aggravation de la répression

168. **Pourquoi une aggravation de la répression ?** Les différentes sources du droit se montrent, à l'unanimité, favorables à plus de sévérité envers les prises de risque délibérées pour la sécurité des consommateurs et la santé publique.

C'est tout d'abord la volonté affichée par le législateur en réaction aux affaires de la viande chevaline et des prothèses PIP. L'article 131 de la loi Consomma-

tion, dite *loi Hamon* du 17 mars 2014 vient renforcer la peine d'amende du délit de tromperie aggravée et rehausse le plafond jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires, pour tenir compte du profit réalisé le cas échéant¹. En outre, une ordonnance portant sur l'harmonisation des sanctions pénales et financières relatives aux produits de santé du 19 décembre 2013 prévoit notamment d'aggraver doublement le *quantum* de la peine encourue par la commercialisation d'un dispositif médical non conforme lorsqu'il crée un risque grave pour la santé de l'homme².

Par ailleurs, dans ces mêmes affaires, la doctrine a exprimé la nécessité d'adapter la répression pénale à la hausse. Certains membres proposent d'introduire en droit pénal un « délit spécifique destiné à sanctionner directement la prise de risque dans le domaine sanitaire »³. Pour ce faire, Monsieur Mistretta suggère de reconnaître les conséquences du principe constitutionnel de précaution, ce qui permettrait selon lui, « de criminaliser ceux qui, sans mauvaise foi ou intention d'attenter à la vie ou à l'intégrité physique, prennent néanmoins un risque même minime avec la santé d'autrui notamment en persistant dans l'action ou l'abstention en cas de doute sur l'innocuité d'un produit »⁴. Cette solution nous intéresse dans la mesure où elle préconise de renforcer la répression des prises de risque pour le Vivant. C'est donc bien l'élément moral de l'infraction qui est visé. Nous validons toutefois cette démarche qui consiste à « stigmatiser » l'élément moral d'une infraction lucrative pour justifier une responsabilité pénale aggravée. Néanmoins, cette solution ne suffit pas pour deux raisons, d'une part elle ne suffit plus lorsque le risque se réalise et d'autre part elle ne permet pas de saisir le profit illicite retiré par l'auteur d'une prise de risque rationnelle.

Enfin, le juge a fait montre d'une audace particulière dans l'*affaire Erika* marquant plus encore la protection pénale et civile de l'Environnement maritime et terrestre. D'une part, la chambre criminelle a reconnu la responsabilité de

1. Art. 131, IV de la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : « L'article L. 213-3 du même code est ainsi modifié, [...] « II. - Les peines prévues à l'article L. 213-1 sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 750 000 € d'amende si, « 1° La substance falsifiée ou corrompue est nuisible à la santé de l'homme ou de l'animal, « 2° Les délits prévus au I du présent article ont été commis en bande organisée. » III. - Les peines d'amende prévues au présent article peuvent être portées, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires réalisé lors de l'exercice précédent. »

2. Art. 14 IV, Ord. n° 2013-1183, du 19 décembre 2013, relative à l'harmonisation des sanctions pénales et financières relatives aux produits de santé et à l'adaptation des prérogatives des autorités et des agents chargés de constater les manquements, « L'article L. 5461-3 est ainsi modifié, 1° Le premier alinéa est précédé de la mention « I » et les mots, « est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. » sont remplacés par les mots, « ou un dispositif médical non conforme aux exigences essentielles mentionnées au même article ou dont la certification de conformité n'est plus valide, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende. 2° L'article est complété par les quatre alinéas suivants, « II. - Les peines mentionnées à l'alinéa précédent sont portées à sept ans d'emprisonnement et 750 000 € d'amende, lorsque, « 1° Le dispositif médical commercialisé est de nature à entraîner un risque grave pour la santé de l'homme, [...] »

3. Mistretta (P.), *L'affaire de l'hormone de croissance, l'impuissance du droit pénal*, JCP, n° 37, 2011, p. 1599-1603, spéc. p. 1603; voir aussi Py (P.), *La responsabilité pénale du fait des médicaments dangereux*, in *Les responsabilités du fait des médicaments dangereux*, S. Hocquet-Berg (dir.), *Revue générale du droit médical*, NS 2012, p. 123-130

4. Article 5 de la *Charte de l'environnement*, « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par l'application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

l'affréteur SA Total, soit le protagoniste le plus solvable de l'affaire, pour faute de témérité et d'autre part cette affaire judiciaire a permis la consécration du préjudice écologique pour une meilleure réparation des dégâts causés par les hydrocarbures rejetés par le navire *Erika*.

En d'autres termes, les sources du Droit préconisent de concert une sanction exemplaire pour ces prises de risque délibérées et calculées pour le Vivant.

2. *La plasticité de la circonstance aggravante*

169. **Le dol lucratif, un dol nouveau ?** L'élément moral d'une infraction est sans doute l'élément dont la preuve suscite le plus de difficulté, qu'il s'agisse d'une infraction volontaire ou involontaire.

Lorsque l'intention délictueuse d'une infraction volontaire est difficile à rapporter et que le texte d'incrimination n'institue aucune présomption de mauvaise foi, la jurisprudence recourt parfois à des présomptions pour en faciliter le constat. C'est le cas du délit de tromperie¹. La doctrine fait remarquer que la jurisprudence facilite de plus en plus la démonstration et la preuve de l'élément moral notamment à l'égard des professionnels². Ainsi, les juges du fond déduisent parfois de circonstances particulières, notamment tenant à la qualité du vendeur (lorsqu'il est fabricant), une présomption de mauvaise foi. La preuve résulte alors de l'absence ou de l'insuffisance de respect de ses obligations par le professionnel telle que l'obligation générale de vérification de conformité des produits, posée à l'article L. 411-1 du Code de la consommation (ancien art. L. 212-1 C. conso.)³. Bien que cette obligation de vérification ne soit assortie d'aucune sanction pénale, la jurisprudence considère que sa violation concourt à l'établissement de l'élément moral de la tromperie. La chambre criminelle a donc jugé qu'un négociant qui met en vente une marchandise a l'obligation de s'assurer de sa conformité à la réglementation, sans quoi il se rendrait coupable de fraude⁴. Ainsi, on reprochera au professionnel toute défaillance dans ses obligations, absence ou insuffisance de contrôle, surveillance ou vérification, notamment en matière d'hygiène, de sécurité et de santé publique⁵.

Par ailleurs, l'incrimination d'une prise de risque délibérée requiert l'établissement de deux faits. D'une part il faut établir avec certitude la dangerosité du

1. Cass. crim. 12 avril 1976, *D.* 1977 p. 239 note Fourgoux, Cass.crim. 4 novembre 1993, *RJDA* 1/94 n° 103

2. Pigassou (P.), Ambroise-Casterot (C.), *Tromperie, Répertoire de droit pénal*, Dalloz, n° 141

3. Art. 212-1 C. conso. « Dès la première mise sur le marché, les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs. Le responsable de la première mise sur le marché d'un produit est donc tenu de vérifier que celui-ci est conforme aux prescriptions en vigueur. À la demande des agents habilités pour appliquer le présent livre, il est tenu de justifier les vérifications et contrôles effectués ».

4. Cass.crim 19 octobre 2004, *RTD com.* 2005.431, note B. Bouloc

5. Cass. crim. 7 avril 1999, n° 98-83.770, *RTD com.* 1999.997, note B. Bouloc, la chambre criminelle rejette le pourvoi formé contre un arrêt d'appel qui énonçait que "le prévenu n'a procédé à aucune démarche pour s'assurer de la conformité du produit aux normes applicable en matière de sécurité" [...] dès lors qu'il incombait personnellement au prévenu, responsable de la première mise sur le marché national, de veiller à la conformité de la marchandise aux prescriptions en vigueur [...]. En s'abstenant de toute vérification, le prévenu ne pouvait se prévaloir de sa bonne foi."

produit et son défaut, ce qui n'est pas toujours acquis par l'état de la science. C'est notamment un point de controverse dans les affaires de santé publique citées dans nos propos. Dans son intervention au colloque sur la responsabilité du fait des médicaments dangereux, Monsieur Py relève à cet effet que « l'exigence d'une tromperie suppose qu'une inexactitude puisse être établie avec certitude, ce qui n'est pas toujours le cas au regard de la science »¹. D'autre part, cela requiert de prouver que l'agent avait connaissance de l'existence du risque. En d'autres termes, il faut établir la connaissance de la toxicité du produit qu'avaient les prévenus, information qu'ils auraient cachée à leurs cocontractants. Cette question d'importance détermine la responsabilité pénale des prévenus. Dans l'*affaire du Mediator*, pour établir cette connaissance, les juges se sont référés à une analyse rigoureuse de la « chronologie des événements pour savoir quand les chercheurs sont passés du doute sur le risque à la certitude du risque »², ou recourent à une « méthode inductive » à partir des faits »³. Mais, ces difficultés de preuve ont fait dire à certains auteurs qu'une telle faute ne s'avère pas toujours adaptée aux affaires de santé publique compte tenu de la difficulté de prouver la connaissance du risque par les prévenus⁴.

Ces difficultés rencontrées pour établir l'élément moral nous invitent à opter pour une circonstance aggravante de *dol lucratif*.

170. **Le dol lucratif, une circonstance aggravante.** Nous l'avons vu, le *dol lucratif* absorbe tant les fautes de mise en danger commises dans un but économique que les fautes de mauvaise foi. Le *dol lucratif* peut s'associer aussi bien à une infraction volontaire dont l'élément moral est fort⁵, qu'à une infraction volontaire dont l'élément moral est faible⁶. En outre le *dol lucratif* peut s'incarner tant en une infraction contre les biens qu'en une infraction contre les personnes. Aussi, créer un nouveau dol dans la hiérarchie des fautes pénales pour adapter un régime de sanction renforcé, dissuasif, ne nous semble pas être la solution. Afin d'épouser la diversité des infractions potentiellement lucratives, le *dol lucratif* devrait consister en une circonstance aggravante entraînant le prononcé d'une sanction au moins confiscatoire voire dissuasive.

La circonstance aggravante est l'un des moyens du droit pénal de moduler la peine en fonction de circonstances répréhensibles tenant notamment à la commission de l'infraction. Ce faisant, le législateur estime que certaines conditions de réalisation d'un acte attentent plus encore aux valeurs sociales éminentes que la même action commise simplement. Partant, la doctrine définit les circonstances aggravantes comme « des faits, qui déterminés par la loi, se joignent

1. Py (B.), *op. cit.*, p. 128

2. *Loc. cit.*

3. Mistretta (P.), *op. cit.*, spéc. p. 1602 : « Il n'est pas certain que la Cour de cassation se montre convaincue par cette absence de connaissance du risque de contamination évoquée par les juges d'appel car elle a, dans d'autres affaires médicales, très souvent recouru à une méthode inductive pour supposer plus que démontrer la connaissance en se fondant tantôt sur des données purement factuelles, tantôt sur des données personnelles à l'auteur de la faute en particulier lorsque les faits font davantage apparaître une série de négligences successives de laquelle se déduit nécessairement la connaissance du risque encouru par le malade ».

4. Mistretta (P.), *ibid.*, Py (B.), *ibid.*

5. *Dol spécial*, Art. L. 420-6 C. com.

6. *Dol éventuel*, Art. 223-1 C. P.

à une infraction préexistante et entraînent une élévation de la peine encourue dans les proportions également établies par le législateur »¹.

Afin de mieux cerner la nature et le régime de la circonstance aggravante de *dol lucratif*, il nous faut rappeler les classifications traditionnelles. La doctrine les classe non seulement au regard de leur étendue, mais également au regard de leur fondement. Au titre de la première classification², on distingue les circonstances aggravantes générales, c'est-à-dire communes à toutes les infractions, des circonstances spéciales, qui sont propres à une ou plusieurs infractions. En ce qui concerne le *dol lucratif*, nous avons démontré à l'appui d'exemples qu'une faute lucrative pouvait s'incarner en différentes infractions pénales, dont la liste ne peut toutefois être établie de manière exhaustive. Néanmoins, nos exemples témoignent de leur diversité, certaines infractions pénales sont incriminées dans le Code pénal, d'autres dans le Code de la consommation, ou encore dans le Code de l'environnement, etc.³ Par conséquent, la généralité siérait mieux que la spécialité, le *dol lucratif*, serait donc une circonstance aggravante générale, applicable à toute infraction.

Au titre de la seconde classification, la doctrine différencie les circonstances aggravantes selon qu'elles sont attachées, aux modalités de réalisation de l'infraction (réelle), à la personne de l'agent (personnelle), aux deux (mixtes). La jurisprudence préfère évoquer des circonstances aggravantes matérielles – dépendantes des modalités de l'infraction et se répercutant sur les peines encourues par tous les participants – et les circonstances aggravantes morales – attachées à la personne de l'agent et n'aggravant que les peines encourues par ce dernier⁴. Le *dol lucratif* se décompose en deux faits, le mobile lucratif et la prise de risque délibérée. Les deux semblent attirer à l'attitude psychologique de l'auteur, ce qui nous suggère de qualifier le *dol lucratif* de circonstance aggravante personnelle.

Qu'en est-il de son régime ?

171. **Le régime de la circonstance aggravante de dol lucratif.** Dans sa thèse, Madame Jacobet de Nombel explique le régime des circonstances aggravantes à partir d'une conception unitaire de celles-ci selon laquelle la circonstance aggravante est l'élément d'une nouvelle infraction, l'infraction aggravée⁵. Elle explique que la circonstance aggravante devrait s'analyser comme un élément d'une nouvelle infraction qui s'ajouterait à l'infraction simple pour former une nouvelle infraction aggravée. « En tant qu'élément de l'infraction aggravée, la circonstance aggravante ne serait pas seulement soumise à ses conditions d'existence propre, mais devrait aussi satisfaire celles de cette infraction, en cette même qualité, elle relèverait du régime de cette infraction, qu'elle déterminerait pour partie »⁶. Formant un tout unique, le régime de l'infraction aggravée serait donc caractérisé par celui de l'infraction simple et de la circonstance aggravante.

1. Jacobet de Nombel (C.), *Théorie générale des circonstances aggravantes*, thèse, Dalloz, 2006, n° 2, p. 2, voir aussi : Bonis-Garçon (E.), Peltier (V.), *Droit de la peine*, Litec, LexisNexis, 2^e éd. 2015, n° 83, p. 38.

2. Desportes, Le Guhenec, *op. cit.*, n° 126, p.74-75.

3. Voir *supra*, n° 77 à 81.

4. Bonis-Garçon (E.), Peltier (V.), *ibid.* n° 83, p. 39.

5. Jacobet de Nombel (C.), *op. cit.*, spéc. n° 32, p. 20.

6. *Ibid.* n° 24, p. 17.

Fort de cette indication, la circonstance aggravante de *dol lucratif*, épouserait donc les peines dictées par les infractions simples tout en les renforçant à deux égards, d'une part la peine pécuniaire principale (l'amende) se verrait assortie d'un nouveau plafond alternatif ayant pour assiette « les profits illícites ». D'autre part, la peine personnelle (l'emprisonnement) se verrait aggraver proportionnellement au résultat dommageable *via* un cumul des peines, nous y reviendrons¹.

Conclusion section I. L'intention lucrative en droit pénal pourrait donc être prise en compte au stade de la répression, à titre de circonstance aggravante, qu'on qualifiera de *dol lucratif*. Il s'agirait d'une circonstance aggravante générale et personnelle qui aurait pour effet d'aggraver la répression de l'infraction incarnée par la faute lucrative, en fonction de son résultat économique et dommageable.

PROPOSITION DE THÈSE :

Insérer une nouvelle circonstance aggravante en droit pénal, le *dol lucratif*
Créer un article 132-76 nouveau du Code pénal « Le dol lucratif consiste dans le fait de commettre une infraction à raison d'une perspective de gain illícite en connaissant le risque pour autrui ».

En droit pénal, cette circonstance aggravante transforme l'amende plafonnée en une amende proportionnelle au surprofit².

SECTION II : LA CARACTÉRISATION DU *DOL LUCRATIF*, RÉVÉLATEUR D'UNE DIVERSITÉ DES FAUTES EN DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

172. **Le rôle de l'intention lucrative, un paradoxe.** L'étude du rôle de l'intention lucrative en droit des pratiques anticoncurrentielles met en exergue un paradoxe. Les pratiques anticoncurrentielles consistent en des infractions objectives caractérisées par le seul constat du manquement matériel. L'intention est donc absente. Pourtant la sanction pécuniaire est élaborée à l'aune de la théorie de la « sanction optimale » soit dans le but de dissuader tout calcul coût-avantage. Aussi qu'elle soit intentionnelle ou non intentionnelle, l'entente anticoncurrentielle est assortie des mêmes sanctions, quand bien même seule la première aurait été commise à des fins lucratives³.

Par conséquent, il conviendra d'identifier parmi les ententes anticoncurrentielles, celles véritablement mues d'une intention lucrative et d'en déterminer les singularités (A) afin d'en déduire les effets dans la répression des pratiques anticoncurrentielles (B).

1. Voir *infra*, n° 289 et s.

2. Voir *infra*, n° 310.

3. Ce paradoxe est soulevé par deux auteurs qui tentent de démontrer que les sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence ne prennent pas suffisamment en compte la diversité des intentions délictueuses des auteurs de pratiques anticoncurrentielles : Grall (J.-C.), Fournier-de Crouy (N.), « La politique de sanction de l'Autorité de la concurrence, de l'unité à la diversité. L'intention du carteliste, un facteur de diversification des sanctions ? », *RLC* 2013, n° 35, p. 176-182.

A. Identification des pratiques anticoncurrentielles animées d'une intention lucrative

Annnonce. Après avoir exposé et justifié le postulat d'intention lucrative en droit des pratiques anticoncurrentielles (1), nous le réfuterons à l'appui d'exemples de pratiques commises « spontanément » sans calcul préalable (2). Ce qui nous permettra d'isoler les pratiques véritablement lucratives et d'en identifier les caractéristiques (3).

1. *Le postulat : Toutes les pratiques anticoncurrentielles procèdent d'un calcul coût-avantage*

173. **Postulat : la rationalité économique source de calculs bénéfico-risque.** Dans une économie de marché régie par la loi concurrence, l'efficacité économique suppose que les agents économiques agissent à la lumière de « la rationalité économique »¹. L'être humain opérant sur un marché fait ce qu'on appelle des choix rationnels à partir d'un raisonnement économique. C'est en effet au terme d'un calcul entre les résultats désirés (valeurs) et les coûts engendrés par une ou plusieurs actions possibles qu'il choisira et prendra une décision. Ce calcul coût-avantage sous-entend que les agents économiques « sont mus par l'unique désir d'accroître au maximum leur propre bien-être »². Dès lors on perçoit que ce postulat irrigue tout raisonnement économique à travers la figure omniprésente de la « recherche d'un optimum », celui de tirer le meilleur parti possible des ressources dont on dispose. Comment se manifeste cette rationalité à travers les comportements de marché ?

174. **Les situations de rente anticoncurrentielle.** Parce que l'agent économique est intellectuellement prédisposé à maximiser ses gains, il va chercher les situations de marché les plus lucratives. En droit de la concurrence, il en existe deux, la rente générée par un abus de position dominante³ et le surprofit tiré d'une entente oligopolistique. Dans le premier cas, le profit maximal est accessible à celui qui a réussi à évincer tous les autres concurrents sur un marché. Seul sur son marché, le monopoleur peut donc offrir son produit au prix lui procurant le plus grand profit global. La différence entre le prix à l'unité généré par une situation de libre concurrence et une situation de monopole n'est autre qu'un surcoût mis à la charge des consommateurs (clients indirects qui n'auront pu le répercuter), dont la somme constitue la rente de l'agent. Le monopole entraîne donc un transfert de richesse des consommateurs envers le monopoleur et une perte sèche pour les consommateurs. Dans le second cas, le profit maximal est tiré d'une étroite coopération entre les opérateurs d'un marché oligopo-

1. Sur la notion voir, Guerrien (B.), « Comprendre l'économie, concepts et mécanismes, Qu'est ce qu'un comportement rationnel ? », *Les cahiers français* n° 315 juillet-août 2003, la Documentation française, 2003, p. 3-8, Mackaay (E.), Rousseau (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, éd. Thémis, 2^e éd. 2008, spé.n° 98 et s.

2. Posner (R.-A.), « *Wealth maximization revisited 2* », *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 85, (1987), p. 85-105, [http://www.scholarship.law.nd.edu], spéc. p. 85.

3. Mackaay (E.), Rousseau (S.), *op. cit.*, n° 348 et s.

listique. Plutôt que de se soumettre à la loi du marché qui maintient un état de compétition entre concurrents et qui menace chacun d'entre eux de l'éviction du marché, ces derniers peuvent avoir intérêt à s'y soustraire d'un commun accord. Une action collective portant sur certains paramètres du marché leur permettrait de se garantir un niveau de profit tout en se prémunissant des risques de la compétition.

Si ces deux situations sont à même de générer un profit maximal, elles n'en sont pas moins illégales. Car dans les deux cas, monopoleurs et cartellistes¹ se soustraient à la loi concurrence. Il en résulte certes un surprofit pour ces opérateurs, qui représente par la même un surcoût pour les consommateurs. Partant, le surprofit tiré d'une rente de monopole ou d'une pratique concertée entre concurrents est « indu ». Ce calcul rationnel peut néanmoins être déjoué si le coût venait à l'emporter sur les gains escomptés. C'est donc à l'aune de ce postulat de rationalité économique, que la doctrine économique a pu élaborer une sanction capable de déjouer ce calcul coût-avantage des monopoleurs et cartellistes, dite la sanction optimale.

175. **Rationalité économique, raison d'être de la sanction optimale.** La modélisation de la « sanction optimale » par Gary Becker (1968) s'inscrit dans un champ d'étude plus vaste sur l'analyse économique de la criminalité. Mais c'est en droit de la concurrence que ces travaux ont été le plus bénéfiques². Récompensés par le Prix Nobel d'économie en 1992, ses travaux sur la microéconomie aboutirent à l'élaboration d'une sanction adaptée à un profil psychologique de délinquant économique, celui de la rationalité économique.

Selon Gary Baker, la sanction est « optimale » si elle permet de « dissuader un individu rationnel d'adopter le comportement délictueux ». Parce que l'agent rationnel recherche un profit maximal, son intention est tournée vers les profits générés par l'infraction, soit des profits illicites. Et, par définition, un agent rationnel, neutre au risque, commettra une infraction si et seulement si le calcul coût-avantage entre les profits escomptés et le coût de la sanction est supérieur à 1. Par conséquent, seule une sanction rendant le résultat du calcul inférieur à 1, permettrait de le dissuader de violer la loi. Cette réflexion doctrinale est retracée dans le *Rapport Folz* sur les sanctions des pratiques anticoncurrentielles et fait aujourd'hui l'unanimité³. Ainsi, parce que « L'analyse économique prend pour base la nécessité de dissuader un individu rationnel d'adopter le comportement délictueux », l'objectif de dissuasion est atteint lorsque la sanction est

1. OCDE, *Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables*, adoptée le 25 mars 1998, Art. 2a : « On entend par "entente injustifiable" un accord anticoncurrentiel, une pratique concertée anticoncurrentielle ou un arrangement anticoncurrentiel entre concurrents visant à fixer des prix, procéder à des soumissions concertées, établir des restrictions ou des quotas à la production, ou à partager ou diviser des marchés par répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou de lignes d'activité [...] ».

2. Folz (J.-M.), *Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, la Documentation française, 2010, p. 8 et s.

3. *Loc. cit.*, voir aussi : Conseil de l'analyse économique du droit, *Rapport sur la rationalité limitée et régulation*, La documentation française, 2012, p. 39-40, Combe (E.), « À la recherche de la sanction optimale », in « L'efficacité des sanctions contre les cartels, une perspective économique », *Concurrences* 2006/4, p. 2-11, Jenny (F.), « Le calcul des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles, le modèle économique de la dissuasion et ses limites », *Concurrences* 2012/1, p. 2 et s.

telle que les profits tirés d'une pratique interdite sont inférieurs au *quantum* de la sanction encourue, « L'amende doit alors reposer sur le gain illicite et sur la probabilité de détection. Si le délinquant est neutre au risque, on le dissuadera simplement en adoptant une amende supérieure au rapport entre le gain et la probabilité d'être condamné »¹. La sanction optimale a donc été modélisée par Gary Becker à travers une formule mathématique aujourd'hui bien connue, « F (amende) > B (bénéfice) / P (punition) »².

Les travaux de Gary Becker ont sans conteste inspiré les autorités dans l'élaboration d'une sanction des pratiques anticoncurrentielles. Les modalités répressives de la « sanction optimale » sont d'une part transposables en droit de la concurrence, dont la principale sanction consiste en une « amende » en droit de l'Union européenne³ ou « sanction pécuniaire » en droit interne⁴. D'autre part, on remarque une nette évolution des dites sanctions vers une plus grande convergence avec les modalités de la sanction optimale, notamment depuis l'adoption de lignes directrices par la Commission européenne (1998) et par l'Autorité de la concurrence (2011).

Il en résulte que, si la sanction des pratiques anticoncurrentielles ne repose pas sur le constat d'une intention délictueuse quelconque, il n'en demeure pas moins que l'objectif visé par ladite sanction est précisément de lutter et de déjouer une intention lucrative. Aussi, il est un postulat qui innerve le droit des pratiques anticoncurrentielles, selon lequel une pratique anticoncurrentielle procède nécessairement d'un calcul coût-avantage. Pourtant, il est des pratiques anticoncurrentielles qui ne sont pas des fautes lucratives en ce qu'elles sont commises sans intention délictueuse.

2. *Réfutation du postulat : certaines pratiques anticoncurrentielles ne procèdent pas d'un calcul coût-avantage*

Annnonce. Il est des pratiques anticoncurrentielles qui sont commises sans que l'auteur ait conscience de commettre une infraction ni le désir des conséquences de son acte. Néanmoins, l'acte demeure volontaire et ce faisant répréhensible. La mise en œuvre spontanée d'une pratique anticoncurrentielle, c'est-à-dire sans calcul coût-avantage préalable par son auteur, implique que le coût pécuniaire (a) et/ou le coût social (b) n'aient pas été connus de celui-ci.

a. *Abstraction du « coût pécuniaire », absence de conscience de l'illicite*

176. **Les ententes commises par imprudence.** *A priori*, une faute commise sans conscience de l'interdit et sans la volonté de braver l'interdit constitue une faute non intentionnelle. Le silence de la loi française sur l'élément intentionnel des pratiques anticoncurrentielles nous invite à nous tourner vers le droit européen de la concurrence, lequel vise expressément la faute de négligence.

1. Folz (J.-M.), *loc. cit.*

2. Conseil de l'analyse économique du droit (CAE), *op. cit.*, p. 40.

3. Article 23, §2, sous a) du règlement (CE) n° 1/2003.

4. Article L. 464-2, II, al 2 C. com.

Selon l'article 23 I.2 du règlement 1/2003 relatif aux sanctions « la Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence, a) elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité [...] ». Ce faisant, la Commission européenne reconnaît qu'il existe des pratiques anti-concurrentielles non intentionnelles, les pratiques commises par négligence. Cependant, son appréciation de la notion d'imprudence réduit leur champ d'application à peau de chagrin. En effet, la Commission et les juridictions européennes considèrent de manière constante qu'il suffit « que l'entreprise n'ait pu ignorer que la conduite incriminée avait pour objet de restreindre la concurrence » pour qu'elle puisse être sanctionnée¹. Dans les deux affaires référencées, c'est à l'occasion de pratiques de concertation que les requérantes avaient invoqué en défense, le caractère non intentionnel des pratiques qui leur étaient reprochées². Les juges européens ont rétorqué à chaque fois que l'entreprise ne pouvait ignorer l'illicéité des pratiques en cause. Il faudrait en déduire que la négligence serait admise que dans les cas où les auteurs pouvaient légitimement ignorer la contrariété au droit de la concurrence de leurs pratiques. Il est intéressant de noter que cette acception de la faute par imprudence par la Cour, correspond à la « faute d'imprudence caractérisée » de droit pénal³. On comprend dès lors qu'une telle conception de l'infraction de concurrence par négligence en réduit considérablement le champ d'application. Rares seront les cas où la négligence sera constatée et admise par les autorités européennes, quand bien même certains échanges d'informations renfermeraient un doute légitime sur leur illicéité.

177. **Les échanges d'informations.** Certains échanges d'information sur un marché oligopolistique peuvent constituer des ententes commises aussi par inadvertance. Lorsque des agents s'échangent des informations stratégiques de manière privilégiée, cet échange entraîne une asymétrie d'information pouvant détourner les opérateurs d'une appréhension normale des conditions de concurrence. Ainsi un échange d'information portant « sur des données confidentielles, précises, actuelles ayant lieu avec une certaine régularité et périodicité, concernant un nombre restreint d'opérateurs et se déroulant sur un marché fortement concentré »⁴ a de nombreuses chances de tomber sous le coup de la prohibition de l'article 101§1 *TFUE* et L. 420-1 du Code de commerce.

Néanmoins, il est des échanges d'informations pouvant être considérés comme proconcurrentiels notamment lorsqu'ils conduisent à une meilleure information des consommateurs. La frontière entre l'illicite et le licite étant tenue, certains opérateurs peuvent se méprendre. Par exemple, dans l'*affaire du*

1. CJCE, 11 juill. 1989, aff. 246/86, *Belasco e.a. c/Commission*, Rec. 1989, p. 2191, pnt 41, TPICE, 6 avril 1995, aff. T-143/89, *Ferriere Nord c/Commission*, Rec. CJCE 1995, II, p. 917, pt 50.

2. CJCE, 11 juill. 1989, préc, pt 40, TPICE, 6 avril 1995, préc, pt 38.

3. Art. 121-3 al 4 C. P. définit la faute caractérisée comme « une faute qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ».

4. Vogel (L.), *Droit la concurrence européen et français, Traité économique*, T. 1, LawLex, 2012, n° 85, voir *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale*, JOUE, 14 janv. 2011, n° C11.

cartel *de la téléphonie mobile*¹, le Conseil de la concurrence a condamné des échanges d'informations stratégiques censés relever du secret des affaires entre les trois opérateurs d'un marché oligopolistique ainsi qu'une entente portant sur les parts de marché qui avaient entraîné une atténuation sensible de l'intensité concurrentielle. Or si dans cette affaire, l'intention délictueuse existait sur l'entente de parts de marché, on pouvait en douter concernant l'entente sur les échanges d'informations. Les sociétés poursuivies ont en effet soutenu « qu'à l'origine, la transmission d'informations était liée à la création en 1997 de l'observatoire des mobiles, tableau de bord mensuel du marché de la téléphonie mobile ». Il s'agissait donc d'informations qui étaient destinées à une publication très rapide, fréquente et régulière, ce qui expliquerait que « les opérateurs ont cru bon de se les communiquer aussi directement »². L'une d'elles insiste *in fine* sur le « fait que ces échanges d'informations n'avaient que pour objet la préparation de sa communication financière avec quelques jours d'avance ». Ceci étant, le Conseil estimera que les informations échangées, de par leur caractère confidentiel, systématique, stratégique et périodique, ont contribué à réduire significativement l'incertitude sur le comportement des concurrents.

À travers ces propos, nous avons pu illustrer des cas d'ententes anticoncurrentielles commises par inadvertance, sans que leurs auteurs n'aient eu conscience du caractère interdit de leurs actes. Au-delà de ce premier type de pratiques anticoncurrentielles « non intentionnelles », on recense un autre type de faute concurrentielle, consciente, mais dépourvue d'intention anticoncurrentielle.

b. *Abstraction du « coût social », absence d'intention de nuire au Marché*

178. ***L'entente, une stratégie de survie.*** Si les fautes concurrentielles par imprudence précitées sont rares, celles qui sont commises avec conscience de leur illicéité et donc du risque causé au Marché, mais sans intention de nuire au Marché sont en revanche plus fréquentes. C'est notamment le cas des pratiques anticoncurrentielles causées dans des secteurs connaissant des difficultés conjoncturelles ou structurelles. Le droit positif, aussi bien européen qu'interne, est indifférent au but recherché par les auteurs des pratiques anticoncurrentielles. Pourtant, l'absence d'intention de nuire est régulièrement invoquée devant les autorités à titre d'argument de défense des requérants. Certains excipent l'intention de préserver un secteur en crise, d'autres allèguent la vulnérabilité d'un secteur en proie à des partenaires puissants. Si ces arguments ne peuvent suffire à exonérer des pratiques illicites, il en va différemment en présence d'un texte d'exemption. À défaut de produire un effet exonératoire, l'absence d'intention de nuire peut néanmoins inférer sur le *quantum* de la sanction.

Citons pour exemple la décision rendue le 6 mai 2015 par l'autorité de la concurrence, dans le secteur de la commercialisation de la viande de volaille. L'autorité a sanctionné une « régulation interprofessionnelle » sur les prix de gros, organisée par la Fédération des Industries Avicoles (FIA) pour faire face

1. Cons. conc. n° 05-D-65 du 30 novembre 2005, relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile.

2. *ibid.* csdt 188 à 193.

à la crise des prix des céréales. Si des échanges d'informations existaient entre les concurrents industriels et deux organisations professionnelles depuis 2000, seuls ceux intervenus entre fin 2006 et fin 2007 ont permis d'instaurer une véritable entente tarifaire. Or, ces échanges se sont intensifiés suite à la crise des prix des céréales, dont les cours ont doublé en quelques mois. En raison des circonstances particulières de l'affaire, l'Autorité a sanctionné avec parcimonie les parties à l'entente et a jugé que des engagements contraints seraient plus efficaces qu'une sanction pécuniaire calculée selon la méthode habituelle¹.

179. **Le contexte de crise sectorielle.** Tout d'abord, l'absence d'intention de nuire au Marché peut se révéler à travers une stratégie de défense d'un agent économique opérant sur un marché en crise. Cet argument est régulièrement invoqué, mais chaque fois débouté par les autorités européenne et française.

Citons tout d'abord un exemple célèbre de ce type « d'entente de crise », l'*affaire de viande bovine irlandaise*. Face à la crise structurelle que rencontrait le secteur de la viande bovine suite à la crise sanitaire de la vache folle, les principaux transformateurs de viande bovine ont mis en place des accords dits *BIDS* qui avaient pour objet de lutter contre les surcapacités affectant la filière bovine irlandaise. Pour ce faire, ces accords prévoyaient la rationalisation de la production prévoyant une réduction de 25 % et une indemnisation des entreprises sortantes par celles restantes sur le marché. Saisie par une question préjudicielle de la *Supreme Court* irlandaise, la Cour de justice a estimé que ces accords avaient un objet anticoncurrentiel et qu'il n'était pas nécessaire de procéder à une analyse par les effets, quand bien même ils poursuivaient un objectif légitime d'enrayer la crise sectorielle². Toutefois la portée de cette décision était limitée à celle de la question préjudicielle. Le fait que l'accord litigieux poursuivait un objectif de sauvegarde d'un secteur agricole n'empêchait pas qu'il ait un objet anticoncurrentiel. Mais la licéité de cet accord pouvait aussi être examinée à l'aune de l'article 83§ 3 du traité CE qui prévoit une exemption sous certaines conditions ajoute l'arrêt (point 84), ce qui relevait de la compétence du juge national³.

De même, si les circonstances d'une infraction au droit de la concurrence par objet ne peuvent produire un effet exonératoire pour l'autorité française, elles peuvent toutefois justifier une réduction de la sanction. Dans l'*affaire de l'Acier*⁴, les requérants (11 entreprises du négoce de produits sidérurgiques et le principal syndicat de la profession) poursuivis pour des pratiques d'ententes sur les prix, clients et le marché, ont tenté de se disculper en invoquant l'état de crise du secteur. Ainsi, en défense, le syndicat (FFDM) excipa d'un « contexte de profonde mutation économique » et d'une période particulière de « crise et de dérèglement du prix des matières premières » pour justifier cette approche collective. Il avança même « qu'il s'agissait d'une question de survie et, qu'à défaut,

1. Aut. conc. n° 15-D-08 du 5 mai 2015, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de la viande de volaille.

2. CJCE, 20 novembre 2008, aff. C-209/97, *Competition Authority c/Beef Industry Development Society*.

3. À propos de l'*affaire BIDS*, note Decoq (A.), « Précisions sur la notion de restriction de la concurrence par l'objet », CCC n° 1, janvier 2009, comm. 16.

4. Cons. conc. n° 08-D-32 du 16 décembre 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques.

il est vraisemblable que les marges auraient été plus limitées que celles pratiquées et auraient même pu aboutir à des pertes » (§ 335). Si cet argumentaire n'a pas été pris en compte par le Conseil¹, c'est la Cour d'appel de Paris qui y fut sensible et reprocha au Conseil de l'avoir écarté. Par conséquent, elle réduisit de manière drastique et historique la sanction à 72 millions d'euros².

180. **La sauvegarde d'un intérêt légitime.** Par ailleurs, l'absence d'intention de nuire au Marché peut se refléter dans les difficultés rencontrées par un opérateur économique opérant sur un marché particulièrement déséquilibré.

Dans l'*affaire des Endives*³, les parties poursuivies ont tenté de justifier leurs pratiques tarifaires collusives notamment au regard des caractéristiques du marché de la distribution des endives. Le pouvoir de négociation de leurs partenaires (les centrales d'achat), la vulnérabilité des producteurs face à la puissance d'achat de la grande distribution et l'élasticité-prix des dits produits furent autant de facteurs invoqués par les Endiviers pour tenter de légitimer leur entente sur des prix *a minima*. Excipant de faisant d'une « stratégie de survie », les Endiviers tentèrent de justifier leurs pratiques collusives et de les exempter notamment au regard d'un des objectifs visés par la Politique Agricole Commune, celui de « la défense de la rémunération des producteurs »⁴. Néanmoins, la rigueur des conditions d'octroi de ces exemptions et de leur interprétation par l'Autorité⁵, ont fait échouer les arguments de bonne foi invoqués en défense⁶.

Finalement, les Endiviers parvinrent à convaincre l'Autorité de faire montre d'indulgence en raison de leur bonne foi, au stade du calcul de la sanction. En effet, dans l'appréciation de l'importance du dommage à l'économie⁷, l'autorité

1. Dans cette affaire, le Conseil rétorqua qu'une entente est une mauvaise réponse à une situation de crise car elle ne fait qu'aggraver des problèmes de récession en « dispensant les entreprises de réactions plus dynamiques ». Au contraire, la sophistication des pratiques litigieuses et leur opacité (§ 332) ont incité le conseil à les qualifier « d'exceptionnellement grave ». S'y ajoute des surprofits importants et une perturbation générale du marché grevant le dommage à l'économie, ce qui explique un montant global de sanction historique s'élevant à 575 millions d'euros.

2. CA Paris, 19 janv. 2010, Pôle 5, ch. 5-7, n° RG, 2009/00334.

3. Aut. conc. n° 12-D-08 du 6 mars 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives. Réformé par CA Paris, Pôle 5 ch. 5-7, n° 2012/06498, 15 mai 2014, CJUE 14.11.2017, aff. c-671/15 : une concertation sur les prix et les quantités entre plusieurs OP et OAP peut constituer une entente.

4. Article 39, 1° *TFUE* : « La politique agricole commune a pour but : a) d'accroître la productivité de l'agriculture en développant le progrès technique, en assurant le développement rationnel de la production agricole ainsi qu'un emploi optimum des facteurs de production, notamment de la main-d'œuvre, b) d'assurer ainsi un niveau de vie équitable à la population agricole, notamment par le relèvement du revenu individuel de ceux qui travaillent dans l'agriculture, c) de stabiliser les marchés, d) de garantir la sécurité des approvisionnements, e) d'assurer des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs ».

5. Aut. conc, *Rapport d'activité de l'année 2011*, p. 171 : sur l'appréciation extrêmement étroite de l'article L. 420-4, I, 1° C. com. rappelée par l'Autorité, « Ce texte est d'interprétation stricte puisque, selon une pratique décisionnelle constante, les comportements constatés doivent être la conséquence directe et nécessaire d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application pour pouvoir bénéficier de ces dispositions ».

6. En l'espèce, le texte d'exemption invoqué (réglementation de l'Union européenne relative à l'OCM fruits et légumes) est écarté dans la mesure où il n'impose pas directement la mise en place d'une entente sur les prix. Voir : Barthe (D.), *JCL conc. conso*, Fasc 320, « Les faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles (art. L. 420-4 C. com.) », 2012.

7. Déc. Endives, *op. cit.*, § 624-629, application du *Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*, n° 32.

releva que la faiblesse du dommage à l'économie venait corroborer l'absence de volonté de nuire alléguée par les parties^{1,2}.

À l'inverse, la conscience ajoutée à la volonté de nuire au Marché, troisième degré d'intention possible en droit de la concurrence, caractérise une intention lucrative et justifie une réprobation exemplaire.

3. *Caractéristiques d'une pratique anticoncurrentielle lucrative*

Il est des pratiques anticoncurrentielles qui, contrairement aux précédentes, sont commises à dessein. Celles-ci sont mises en œuvre au terme d'un calcul coût-avantage positif. La prise en compte du « coût » et du « bénéfice » par l'auteur implique par conséquent qu'il a conscience de contourner les règles de concurrence dans l'espoir d'un avantage illicite.

181. *La conscience de contourner les règles de libre concurrence.* Tout d'abord, concernant les pratiques collusives, sur un marché oligopolistique, grande est la tentation pour les opérateurs de se répartir les parts de marché, ou de s'entendre sur les prix de manière à limiter les risques de la compétition et ainsi à se partager un profit assuré.

L'affaire des Lessiviers en est un exemple topique³. Quatre lessiviers ont été sanctionnés pour s'être entendus sur les prix et sur les promotions. Conclues au cours de réunions secrètes par les quatre directeurs commerciaux représentants des personnes morales, ces accords horizontaux poursuivaient « un objectif unique de maîtrise totale des prix de vente des lessives standard pratiqués à l'égard de la grande distribution et *in fine* des consommateurs finals » (§ 438). Ainsi, l'objectif anticoncurrentiel unique et l'opacité des réunions traduisaient une mauvaise foi patente des auteurs et nécessairement leur conscience de violer la règle de concurrence. Il en résulte un élément important, l'opacité des ententes horizontales témoigne indubitablement d'une conscience de l'illicite des parties à l'entente. En d'autres termes, en matière d'entente, le secret de l'accord peut être un indice fort de conscience de l'illicite. Ce qui coïncide avec le fait que le secret soit « une caractéristique objective de l'infraction »⁴ retenue par le communiqué des sanctions, pour apprécier la gravité de l'infraction.

En outre, il est intéressant de noter que cet état d'esprit et notamment le caractère « délibéré »⁵ des pratiques greva particulièrement le *quantum* de la sanction, à travers le critère de gravité des faits et celui du dommage à l'économie⁶.

1. *Ibid.*, § 634.

2. voir CA Paris, Pôle 5 ch. 5-7, 15 mai 2014, *op. cit.*, CJUE 14.11.2017, *op. cit.*

3. Aut. conc. n° 11-D-17 du 8 décembre 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives.

4. Aut. conc. Communiqué 16 mai 2011, *op. cit.*, n° 26.

5. *Ibid.* § 589 : « Il convient en deuxième lieu de rappeler qu'une entente est particulièrement grave lorsqu'elle revêt un caractère secret, caractère qui la rend plus difficile à détecter et *en traduit, dans une certaine mesure, le caractère délibéré* ».

6. *Ibid.* § 636 : « Compte tenu de l'appréciation qu'elle a faite ci-dessus de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité retiendra, pour déterminer le montant de base de la sanction de chacune des parties, *une proportion de 20 % de la valeur des ventes de lessives standard à destination du grand public effectuées par chaque entreprise en cause* ».

En effet, faisant application du communiqué relatif aux sanctions pour la première fois, la décision des Lessives offre un exemple de condamnation exemplaire eu égard à l'intention des parties, le montant total de la sanction s'élève à 367,9 millions d'euros répartis entre trois des quatre lessiviers (Unilever ayant bénéficié d'une exonération totale pour avoir dénoncé ses concurrents).

182. **La recherche d'un surprofit, résultat interdit.** À la différence du droit pénal, les surprofits sont particulièrement réprimés en droit de la concurrence. Parce qu'ils représentent un avantage indu dans la concurrence, ces surprofits perturbent ostensiblement le bon fonctionnement du marché. Lorsque cette *intention anticoncurrentielle lucrative* est patente dans un litige, il arrive que l'Autorité de la concurrence la caractérise pour justifier sa démarche de quantification des surprofits au stade du calcul de l'amende.

En effet, rappelons que l'évaluation des surprofits est généralement intégrée à l'appréciation du dommage à l'économie¹. Ainsi, dans l'*affaire du cartel de la téléphonie mobile*², il est intéressant d'observer l'accent mis par le Conseil de la concurrence sur les gains illicites générés par les pratiques d'entente en cause. En effet, dans sa décision, le Conseil relève que les trois opérateurs « ont amélioré de manière continue leur rentabilité économique et la profitabilité de leurs capitaux » (§ 123) et qu'une étude de l'ARCEP montre que « la marge nette par client et la marge nette par minute ont augmenté de 2000 à 2002 et de façon plus importante en France que dans les autres pays » (§ 298). Ainsi, parce que cette entente avait été particulièrement lucrative pour les opérateurs et ce faisant dommageable à l'économie, le conseil infligea une amende exemplaire aux trois opérateurs, s'élevant à 534 millions d'euros. Cette jurisprudence suscite deux remarques, d'une part, l'intention des opérateurs tournée vers la recherche de profits illicites semble avoir poussé les juges économiques à prononcer une sanction particulièrement exemplaire. D'autre part, cette motivation met en exergue l'aspect confiscatoire et dissuasif de la sanction pécuniaire, quand bien même la décision aurait été prononcée avant la publication des lignes directrices.

De même, dans l'*affaire du cartel de l'Acier*³, la mauvaise foi des douze parties du *cartel* avait également incité le Conseil de la concurrence à davantage de sévérité. Comme pour toute pratique anticoncurrentielle par objet, la volonté de porter atteinte à la concurrence est généralement présumée. Mais en l'espèce, le Conseil avait souligné « la volonté infractionnelle d'ensemble » et la « conscience du caractère prohibé des pratiques auxquelles elles se sont livrées » comme le démontraient notamment des documents confidentiels interdisant aux parties de prononcer les mots « accords ou entente » (§ 332) pour souligner la gravité des faits. Ainsi, au stade de l'évaluation du dommage à l'économie, le surprofit de l'entente avait été quantifié « entre 165 millions et 325 millions d'euros » (§ 389), ce qui justifiait le prononcé d'une sanction de 575 millions d'euros. La

1. Voir *supra*, n° 103.

2. Cons. conc. n° 05-D-65 du 30 novembre 2005, relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile.

3. Cons. conc. n° 08-D-32 du 16 décembre 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques.

sanction devait une fois encore répondre à deux objectifs, confisquer et punir le gain illicite¹.

Enfin, la décision des Lessives offre un autre exemple de condamnation exemplaire eu égard à l'intention des parties, mais cette fois prononcée en application du communiqué relatif aux sanctions². Dans cette affaire, il était question d'accords horizontaux sur les prix et sur les promotions passés entre quatre lessiviers. Conclues au cours de réunions secrètes par les quatre directeurs commerciaux représentants des personnes morales, ces accords poursuivaient « un objectif unique de maîtrise totale des prix de vente des lessives standard pratiqués à l'égard de la grande distribution et *in fine* des consommateurs finals » (§ 438). En l'espèce, l'objectif anticoncurrentiel unique et l'opacité des réunions traduisent une mauvaise foi patente des auteurs, ce qui pèsera lourdement au titre du critère de gravité. En outre, ces pratiques couvrant l'ensemble du territoire national (85 % des ventes de lessives), elles grèvent l'importance du dommage à l'économie. Ce qui justifie la fixation d'un coefficient du montant de base élevé, soit 20 %.

Il est intéressant de constater que dans les affaires précitées, lorsque l'autorité de la concurrence soulève la particulière mauvaise foi des parties à l'entente, elle en déduit une gravité particulière et elle quantifie le surprofit lorsque l'estimation est possible.

Conclusion. Cette analyse nous a permis de dégager plusieurs degrés d'intention *de fait* quand bien même le droit des pratiques anticoncurrentielles n'en prévoirait qu'un seul ou du moins assimilerait la négligence à la conscience de l'illicite. Ainsi, l'*intention lucrative* manifestée par l'auteur d'une faute lucrative incarnée en pratique anticoncurrentielle, correspondrait au troisième et plus fort degré d'intention, celui qui suppose la conscience de l'illicite et la recherche d'un résultat interdit. Ce *dol lucratif* pourrait-il retentir sur la responsabilité de l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle ?

B. Consécration de l'intention lucrative en droit des pratiques anticoncurrentielles

183. **Dilemme.** La réhabilitation de la faute en droit des marchés financiers par les juges européens dans l'*arrêt Spector* du 23 décembre 2009 montre que les conceptions objective et subjective de la faute ne sont pas incompatibles³, il suffit que la faute soit présumée, de manière réfragable. L'intérêt de cette rémanence de la faute sous forme de présomption simple est considérable pour le défendeur puisque désormais il peut contester l'imputabilité d'une faute à son égard.

1. La décision sera toutefois réformée et les montants des sanctions drastiquement diminués par CA Paris, 19 janvier 2010, RG n° 2009-00334.

2. Aut. conc. n° 11-D-17 du 8 décembre 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives.

3. CJUE, 3^e ch, 23 déc. 2009, aff. C-45/08, *Spector Photo Group NV*, RDBF 2010, n° 2, comm. n° 80 par T. Bonneau, *Europe*, 2010, n° 2, note. L. Idot, § 36 : « La réunion des éléments constitutifs de l'opération d'initié visés à l'article 2.1 de la directive n° 2003/6 permet [...] de présumer l'intention de l'auteur de cette opération ».

Pourquoi une telle évolution n'a pas encore été consommée en droit de la concurrence ? Consacrer l'intention lucrative en droit des pratiques anticoncurrentielles impliquerait l'obligation pour le juge économique de constater dans l'établissement de la responsabilité de l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle. Or, il est une constante en la matière, l'intention est indifférente au stade de la qualification. C'est la conséquence d'une conception objective des infractions au droit de la concurrence, conception nécessaire à l'efficacité du droit économique (1). Mais, d'après la *jurisprudence Spector*, la preuve de la faute pourrait être facilitée par l'admission d'une présomption simple. En outre, ce retour de la faute ne remet pas en question la qualification d'infraction objective.

De surcroît, il nous semble inéquitable de sanctionner avec la même vigueur, une « sanction optimale » les trois degrés d'intention dégagés¹. Aussi, si l'intention joue un rôle de pondération du *quantum* de la sanction pécuniaire², la rupture entre intention lucrative et négligence devrait être plus nette (2).

1. *Réhabilitation impossible de l'intention au stade de la qualification*

184. *L'intention, élément indifférent dans la caractérisation d'une pratique anticoncurrentielle.* Si les textes d'incriminations tant de droit interne que de droit européen sont prolixes sur l'élément matériel d'une pratique anticoncurrentielle, qui est au cœur de la détermination de l'infraction de concurrence, force est de constater qu'ils sont silencieux sur son élément intentionnel.

En effet, aussi bien en droit européen qu'en droit français, et tant pour les abus de position dominante que pour les ententes il est un principe, celui de l'indifférence de l'élément intentionnel. En d'autres termes, la preuve d'une intention quelconque n'est pas requise pour établir une pratique anticoncurrentielle. L'important c'est que le comportement visé ait eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence. C'est ce qu'a rappelé la Cour de Justice des communautés européennes dans une décision célèbre *Hoffman La Roche*, ainsi en donnant une définition générale de l'exploitation abusive d'une position dominante, elle a précisé qu'il s'agissait d'une « notion objective »³, qui existe donc « en dehors de toute faute »⁴. De la même manière en matière d'entente, la Cour de Justice a précisé dans un *arrêt Pâtes de bois* qu'une clause anticoncurrentielle pouvait être insérée par négligence⁵. À l'instar du droit européen, le Conseil de

1. Grall (J.-C.), Fournier-de Crouy (N.), « La politique de sanction de l'Autorité de la concurrence, de l'unité à la diversité. L'intention du cartelliste, un facteur de diversification des sanctions ? », *op. cit.*

2. Bouscant (R.), « La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen », *Rev. trim. droit européen* 2000, n° 1, p. 67-99.

3. CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, pt. 6 du sommaire : « La notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché ou, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différencés de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence ».

4. Lucas de Leyssac (C.), Parléani (G.), *op. cit.*, p. 895.

5. CJCE, 31 mars 1993, *Pâte de bois*, affaires jointes C-89/85 et s., pt. 195 : « Par ailleurs, il y a lieu de relever que, dans leur défense, toutes les requérantes déclarent, sans être contredites par la Com-

la concurrence a affirmé à l'occasion d'une étude thématique portant sur « effet, objet et intention anticoncurrentiels » que la preuve de l'intention de porter atteinte à la concurrence n'était pas requise¹. Ainsi, le Conseil de la concurrence a pu juger en matière d'abus de position dominante que, « n'échappent pas à ces règles les pratiques ayant un effet ou pouvant avoir un effet anticoncurrentiel sur le marché sans qu'il soit besoin d'établir l'intention de les enfreindre »². De la même manière, il a considéré en matière d'entente que « l'absence d'intention anticoncurrentielle des entreprises parties à l'entente est sans portée sur la qualification même d'entente »³.

Inféodée au postulat de *rationalité économique* des auteurs de pratiques anticoncurrentielles, cette objectivité des infractions à la loi concurrence concourt à la réalisation de l'efficacité de marché.

185. **Le fondement, l'efficacité économique.** L'efficacité du marché est en effet la raison invoquée par le Conseil de la concurrence pour légitimer l'objectivité et la matérialité des incriminations du droit de la concurrence. Le Conseil explique dans l'étude thématique précitée que « cette apparente indifférence à l'intentionnalité des parties ne saurait surprendre et se justifie par la nature même du droit de la concurrence, qui protège avant tout la concurrence et n'a pas pour mission de protéger les concurrents »⁴.

On retrouve également cette explication en droit européen à travers une étude de Monsieur Bouscant, consacrée à « la faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen »⁵. Dans son article, l'auteur indique que la non-exigence de la faute pour constater une pratique anticoncurrentielle relève d'un souci d'effectivité du droit de la concurrence. En d'autres termes, l'objectif de préservation du bon fonctionnement du mécanisme concurrentiel nécessiterait une structure essentiellement matérielle des dites infractions. Il cite notamment la Commission européenne qui aurait mentionné dans son 23^e rapport sur la politique de concurrence que seule une concurrence efficace permet d'assurer l'efficacité économique⁶.

mission, que l'insertion de la clause litigieuse dans les contrats ou les conditions générales de vente était le résultat de leur seule négligence ».

1. Cons. conc., *Étude thématique, objet, effet et intention anticoncurrentiels*, in *Rap. activité 2003*, p. 51 et s.

2. Cons. conc. n° 94-D-21 du 22 mars 1994, relative à des pratiques de l'Office d'annonces, régisseur exclusif de la publicité dans les annuaires de France Télécom. p. 27 : « Mais considérant que les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 susvisée prohibent les ententes expresses ou tacites, les actions concertées, conventions ou coalitions ou encore l'exploitation abusive d'une position dominante lorsque ces pratiques 'ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, que n'échappent donc pas à ces règles les pratiques ayant un effet ou pouvant avoir un effet anticoncurrentiel sur le marché, sans qu'il soit besoin d'établir l'intention de les enfreindre ».

3. Cons. conc. n° 01-D-67 du 19 octobre 2001, relative à des pratiques relevées à l'occasion de la passation de marchés publics de travaux routiers dans le département des Bouches-du-Rhône, p. 9.

4. Cons. conc., *Étude thématique*, *op. cit.*, p. 55.

5. Bouscant (R.), « La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen », *op. cit.*

6. XXIII^e rapport de la Commission sur la politique de concurrence, Bruxelles, 1994, p. 24-25 cité in Bouscant (R.), *op. cit.* : « la concurrence encourage l'affectation optimale des ressources et stimule la recherche et développement, l'innovation et l'investissement. C'est par ce mécanisme que les ressources et les emplois sont réorientés des secteurs les moins porteurs vers les secteurs en pleine croissance [...] ».

Il est intéressant de relever un second argument proposé par l'auteur à la nécessité d'objectiver le droit de la concurrence. Selon lui, cette garantie du bon fonctionnement du marché ne pourrait être fournie « par un jugement critique porté sur la volonté des auteurs de l'infraction caractérisant la faute ». Il explique qu'il est deux types de situations dans lesquelles la restriction de concurrence naît « en dehors de la volonté directe de celui qui aura contribué à sa naissance par son activité », soit l'atteinte au Marché provient de la puissance cumulée d'autres entreprises sur le marché (phénomène constaté à l'occasion des contrats de bière⁴), soit elle provient de l'affaiblissement des concurrents résiduels (phénomène constaté sur un marché où la puissance d'une entreprise en position dominante est telle qu'un comportement anodin peut devenir très restrictif à l'égard des autres concurrents affaiblis²).

Aussi l'objectivité du droit des pratiques anticoncurrentielles permet-elle de faire cesser des comportements restrictifs de concurrence en dépit de l'absence d'intention coupable des personnes qui en sont à la cause. Ce qu'*a contrario* n'aurait pas concédé une approche subjective de la faute de concurrence. L'objectivité du droit de la concurrence offre donc une garantie supplémentaire de l'efficacité du droit de la concurrence et ce faisant de l'efficience du marché.

Il en découle une exclusion théorique ferme de l'intention au stade de l'établissement d'une pratique anticoncurrentielle. La jurisprudence de l'Autorité de la concurrence atteste néanmoins d'une possible rémanence de l'élément intentionnel au stade de la répression³.

2. Réhabilitation possible de l'intention au stade de la répression

186. *L'absence d'intention délictueuse, une circonstance atténuante ?*
Pour l'heure, l'absence de mauvaise foi des personnes poursuivies, si elle ne peut écarter leur responsabilité, est susceptible d'atténuer la sanction pécuniaire. La « bonne foi »⁴ peut être pris en compte au stade du calcul de la sanction, soit dans l'appréciation du dommage à l'économie, soit à titre de l'individualisation de la sanction. Cette considération néanmoins « indirecte » en ce que ce n'est pas « le degré d'intention » en tant que tel qui est considéré, mais certaines circonstances de la pratique. Cela est d'autant plus vrai depuis la publication du com-

1. CJCE 12 déc. 1967, *SA Brasserie De Haecht c/Wilkin-Janssen*, Rec. p. 526 : Monsieur Bouscant explique que dans cette affaire, aucun reproche ne pouvait être fait à la volonté des consorts Wilkin-Janssen d'avoir passé un contrat d'approvisionnement exclusif en bières en contrepartie d'un prêt consenti par la brasserie en 1963. Pourtant en 1967 ce contrat d'approvisionnement exclusif devenait restrictif de concurrence et empêchait l'entrée de bières étrangères sur le marché belge parce qu'il se cumulait avec d'autres accords semblables passés par d'autres brasseries. La Cour a néanmoins jugé que l'activité des parties pouvait constituer une entente en raison de son effet restrictif de concurrence et ce quand bien même leur volonté eut été irréprochable.

2. TPICE, 10 juillet 1990 *Tetra Pak*, T-51/89, Rec II-309 : selon l'auteur, dans cette affaire, si l'abus de position dominante fut constaté c'est uniquement en raison du contexte économique et scientifique qui créait un trop grand écart sur le marché entre Tetra Pak muni de la licence exclusive et les concurrents résiduels. L'abus a donc été caractérisé sans qu'aucun reproche ne soit fait à la volonté des dirigeants de Tetra Pak.

3. Cons. conc, Rap. 2003, *op. cit.* : « l'intention est appréciée au niveau des sanctions ».

4. Correspondant aux deux premiers degrés d'intention dégagés dans notre étude à savoir, absence de conscience de l'illicite et conscience de l'illicite sans intention de nuire au Marché.

communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

Tout d'abord, l'appréciation objective du dommage à l'économie permet indirectement de prendre en compte le « caractère défensif » d'une entente à travers les caractéristiques économiques du marché telles que le contre-pouvoir des acheteurs, la vulnérabilité des producteurs face à la puissance d'achat de la grande distribution et l'élasticité-prix des dits produits¹. En outre, l'absence de volonté de nuire au Marché peut se refléter dans la faiblesse du dommage à l'économie². À l'inverse l'intention de perturber son fonctionnement concurrentiel peut être trahie par un important dommage à l'économie, ce qui influera sur le montant de base, à la hausse ou à la baisse. Enfin et surtout, c'est au stade de l'individualisation que la bonne ou mauvaise foi des auteurs retrouve droit de cité. La contrainte, l'encouragement des autorités publiques, la faible rentabilité d'une activité ou les difficultés contributives sont autant de circonstances atténuantes entraînant une réduction du montant de base de la sanction pécuniaire³. Ainsi, dans l'*affaire des Endives*, l'Autorité prit acte des difficultés économiques, du caractère mono-produit et de la faible rentabilité des personnes morales en cause pour atténuer le *quantum* des sanctions.

Cela suffit-il ? On notera que la Commission européenne admit, dans ses *Guidelines* pour le calcul des amendes du 28 juin 2006, que « la preuve que l'infraction a été commise par négligence » constitue une circonstance atténuante⁴. Pourtant, la « bonne foi » n'est pas considérée en tant que telle, « directement », comme circonstance atténuante, dans le communiqué relatif aux sanctions de l'Autorité de la concurrence⁵. Et le *Rapport Folz* ne le préconise pas non plus⁶.

Si l'efficacité du droit de la concurrence légitime la répression des ententes commises sans mauvaise foi, elle devrait justifier l'aggravation de la répression en cas de mauvaise foi.

187. Le dol lucratif, consécration d'une nouvelle circonstance aggravante. Nous avons vu au cours de l'étude du résultat économique d'une pratique anticoncurrentielle, que le droit européen prévoyait la possibilité de majorer la sanction « afin de dépasser le montant des gains illicites lorsqu'une telle estimation est possible »⁷ et renforcer ainsi l'effet dissuasif de l'amende.

Or, l'analyse de la jurisprudence de l'Autorité de la concurrence a montré que celle-ci relève la mauvaise foi des parties à une entente lorsqu'elle est particulièrement patente. Il est intéressant de constater que l'existence d'un surprofit important est un indicateur de mauvaise foi. En outre, cette étude a permis de montrer

1. Communiqué précité, n° 32, application Déc. Endives, § 624-629.

2. Dec. Endives, *op. cit.*, § 634.

3. Communiqué précité, n° 44 et s.

4. Commission européenne, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2), du règlement (CE) n° 1/2003, JO C210 du 1^{er} septembre 2006, spéc. csdt. 29.

5. Aut. Conc., *Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*, pt. 45.

6. Folz (J.-M.), *op. cit.*, p. 34 et s.

7. Com. europ, Lignes directrices 2006, csdt 31 : sous un intitulé « une augmentation spécifique pour augmenter le caractère dissuasif ».

que l'autorité se livre volontiers à la quantification des surprofits lorsqu'elle est possible, notamment au travers le critère de dommage à l'économie.

Par conséquent, pour systématiser une pratique de l'Autorité de la concurrence consistant à constater la mauvaise foi et à quantifier le surprofit, nous préconisons de transposer la disposition des lignes directrices de la Commission européenne relative à la majoration du plafond à des fins dissuasives. Une telle mesure permettrait d'adapter la sanction pécuniaire aux pratiques anticoncurrentielles commises à des fins lucratives. Ce qui impliquerait de chiffrer le surprofit pour que le *quantum* de la sanction pécuniaire avoisine la « sanction optimale ».

188. **Enjeu, fin d'un paradoxe.** Cette rémanence de l'intention au stade du calcul de l'amende permet d'une part de pondérer la sanction en fonction de l'intention réelle des personnes responsables, d'autre part de rétablir une certaine cohérence dans la politique de sanction de l'Autorité de la concurrence. *Parce que le droit des pratiques anticoncurrentielles est un droit répressif¹, il est juste que la distinction des infractions intentionnelles et non intentionnelles se répercute sur le quantum des peines, à l'image du droit pénal général.* Gageons que la hiérarchie des fautes soutienne avec plus d'équité l'objectif pluriel que l'Autorité s'est assigné, « prévenir, punir, dissuader »².

Conclusion section. *Toutes les ententes ne sont pas des fautes lucratives, seules les ententes commises avec une « intention lucrative » en sont. Ce constat devrait entraîner une augmentation du montant de base.* Ainsi, parmi les trois degrés d'intention recensés dans la pratique du grand droit de la concurrence, seule une forme d'intention correspondrait à « l'intention lucrative ». Cette intention se caractérise par la conscience de l'illicite et la recherche d'un résultat prohibé en droit de la concurrence, « le surprofit ». Ce résultat trahit en outre une volonté de nuire au bon fonctionnement du marché qui mérite une réprobation particulière.

Ce *dol spécial*, degré ultime d'intention délictueuse en droit des pratiques anticoncurrentielles, sera, comme en droit pénal qualifié de « dol lucratif », mais désignera une « intention anticoncurrentielle tournée vers la recherche d'un surprofit ». À l'instar du droit pénal, ce *dol lucratif* sera consacré en droit des pratiques anticoncurrentielles, comme un critère d'aggravation de la responsabilité.

Partant, la consécration d'un *dol lucratif* permettrait de retrouver une homogénéité de la réaction du droit répressif face à l'intention d'un délinquant économique.

1. Voir *infra*, n° 305-307.

2. Lasserre (B.), « Le rôle de la sanction pécuniaire en droit de la concurrence », in « Entente ou abus de position dominante - Sanctions ou procédures négociées, quelle stratégie pour l'entreprise ? », *RLC* 2010/24, n° 1668.

PROPOSITION DE THÈSE :

Insérer une nouvelle circonstance aggravante,

Point 46 alinéa 4 du *Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires* « Les circonstances aggravantes en considération desquelles l'Autorité peut augmenter le montant de base de la sanction pécuniaire, pour une entreprise ou un organisme peuvent notamment tenir au fait que *l'entreprise ou l'organisme a commis l'infraction en ayant conscience de son caractère illicite et dans le but de réaliser un surprofit* ».

CONCLUSION DU CHAPITRE I

189. **Le dol lucratif, une circonstance aggravante.** L'analyse de l'intention lucrative à travers le prisme du droit pénal et du droit des pratiques anticoncurrentielles nous amène à la même proposition, consacrer une circonstance aggravante de *dol lucratif*, pour ajuster la sanction au résultat économique d'une infraction lucrative et à l'intention de son auteur.

Les raisons qui nous ont conduits à cette solution diffèrent néanmoins. En droit pénal général, c'est l'absence de concordance entre l'intention lucrative et la hiérarchie des fautes pénales qui le justifie. Le *dol lucratif* est nécessairement un *dol général*, mais présente un degré d'intention supérieur en ce que l'intention de l'agent économique est tournée vers le résultat économique et non le résultat dommageable. Or ce degré d'intention supérieur ne correspond ni au *dol spécial* ni au *dol éventuel*. Par conséquent, la consécration d'une circonstance aggravante correspondant au *dol lucratif* permettrait d'ajuster la répression d'une infraction à la particularité de l'intention d'un agent économique rationnel.

En droit des pratiques anticoncurrentielles, c'est le paradoxe pesant sur la faute qui en est le point de départ. L'indifférence de cette matière à l'intention au stade de la qualification de l'infraction est compensée par son rôle de pondération au stade de la répression. En effet, la sanction pécuniaire est précisément conçue pour déjouer tout calcul, car elle repose sur un postulat d'« intention lucrative » des auteurs. Or, une telle sanction nie la diversité des *fautes* en droit de la concurrence. La consécration d'une circonstance aggravante correspondant au *dol lucratif* permettrait alors de justifier le prononcé d'une sanction optimale.



CHAPITRE II

L'intention lucrative en droit civil

190. **Le rôle de l'intention dans la responsabilité civile.** Traditionnellement, l'élément subjectif de la faute civile renvoie à une « aptitude psychologique de l'auteur à comprendre la portée de ses actes et à en discerner les conséquences »¹. En d'autres termes, l'élément subjectif désigne la capacité et le discernement, lesquels conditionnent l'imputabilité de la faute à son auteur. C'est parce que l'auteur avait conscience de ses actes fautifs que le droit de la responsabilité du fait personnel, les lui impute. Bien que l'imputabilité ne soit aujourd'hui plus requise pour établir la faute simple², sa vérification demeure nécessaire en présence d'une faute qualifiée ou intentionnelle³.

Il en découle une « distinction des fautes » pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier⁴, laquelle repose sur le degré d'intention de l'auteur d'une faute. Si le Code civil abandonna la division tripartite des fautes non intentionnelles de l'Ancien droit, il n'adopte pas pour autant une vision unitaire de la faute. Le paysage de la faute s'affine à mesure que les régimes spéciaux de responsabilité civile apparaissent. Ainsi, en droit de la responsabilité civile contractuelle, on distingue la faute simple, la faute dolosive, la faute lourde tandis qu'en droit de la responsabilité civile délictuelle, la traditionnelle dichotomie faute intentionnelle et faute non intentionnelle s'est enrichie de la faute inexcusable. Cette gradation d'intensité laisse entendre une gradation de la gravité des fautes dont le droit commun tire des conséquences inégales sur la dette de réparation, selon la nature de la responsabilité.

Par conséquent, consacrer la faute lucrative comme nouvelle faute qualifiée dans la hiérarchie des fautes civiles (Section I) impliquerait de lui attacher des effets aggravants sur la responsabilité de l'auteur (Section II).

1. Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.) *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 442, p. 442, Bacache-Gibeili (M.), *Les obligations, la responsabilité civile extra-contractuelle*, *op. cit.*, n° 142.

2. Pour les infans : Ass. Plén. 9 mai 1984, *Bull. ass. plén.* n° 1 à 4, pour les personnes atteintes de troubles mentaux : Art. 414-3 du Code civil (anc. Art. 489-2 C. civ. issu de la loi du 3 janvier 1968).

3. Civ. 1^{re}, 25 mars 1991, *Bull. civ I*, n° 106 : ne commet pas de faute intentionnelle au regard du droit des assurances la personne qui était atteinte d'un trouble mental au moment où elle a allumé un incendie.

4. Carbonnier (J.), *Droit civil - Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1142, p. 2301.

SECTION I : QUALIFICATION DE LA FAUTE LUCRATIVE EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

191. *La faute lucrative, une nouvelle faute qualifiée.* « L'élément intentionnel est présent [dans une faute lucrative civile], il est même fort »¹. En ces mots, Madame Méadel soulève l'ambivalence de l'élément subjectif d'une faute lucrative. Il est fort dans la mesure où il révèle une détermination de l'auteur, mais cette force est difficile à qualifier en droit de la responsabilité civile malgré la diversité des fautes civiles existantes.

Il conviendra dans un premier temps de rappeler les définitions doctrinales proposées de la faute lucrative pour en dégager ses caractéristiques (A). Puis nous la confronterons aux fautes qualifiées existantes pour jauger la nécessité ou non de la consacrer en droit civil (B).

A. Définition de la faute lucrative

Annnonce. On recense différentes définitions de la faute lucrative (1). Certaines sont purement doctrinales, d'autres ont été soumises au législateur. Cet inventaire préalable nous permettra de dégager les traits saillants d'une faute lucrative (2).

1. Les définitions doctrinales proposées de la faute lucrative

192. *Les définitions purement doctrinales.* La première définition qu'il convient de citer est celle proposée par Boris Starck. Selon lui, « on appelle ainsi des fautes qui, malgré les dommages et intérêts que le responsable est condamné à payer – et qui sont calqués sur le préjudice subi par la victime – laissent à leur auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas les commettre »². L'élément qui caractérise une faute lucrative est à ses yeux, l'existence d'un profit subsistant en raison de l'insuffisance des sanctions civiles. Cette insistance sur le résultat économique est également partagée par Monsieur Jourdain, selon lequel les fautes lucratives « sont des fautes qui rapportent plus qu'elles ne coûtent »³.

Pour Monsieur Mesa, la faute lucrative se déduit non seulement du « profit subsistant consécutivement à la condamnation » ou de son « résultat profitable », mais également de « l'intention du fautif »⁴, l'intention du fautif étant tournée vers le résultat profitable.

1. Méadel (J.), « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *LPA* 17 avril 2007, n° 77, p. 6, spéc. n° 10 : L'auteure en déduit à juste titre que la faute lucrative se rapproche plus de la faute intentionnelle ou dolosive que de la faute lourde.

2. Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.), *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd. 1996, n° 1335, Voir aussi l'ébauche de définition donnée in Starck (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947, p. 421.

3. Jourdain (P.), « Rapport introductif », in « Faut-il moraliser le droit français de réparation du dommage ? », colloque, M. Behar-Touchais, (dir.), *LPA* 2002, n° 232, p. 4.

4. Mesa (R.), « Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », *JCP G* n° 20, 21 mai 2012, p. 625.

Notons *in fine* que contrairement à la première, les deux définitions suivantes font abstraction du principe de réparation intégrale, ce qui permet d'exporter la notion au-delà du droit commun. Les trois critères retenus par Monsieur Mesa coïncident parfaitement avec notre analyse. Cependant, peut-être serait-il pertinent de faire apparaître dans une définition de droit commun cette limite congénitale du principe de réparation intégrale, cela soulignerait l'universalité de la notion de faute lucrative et nécessairement du remède proposé. Nous y reviendrons¹. Au-delà de ces contributions doctrinales, certaines définitions ont été proposées au législateur.

193. *Les définitions proposées au législateur.* C'est l'avant-projet de réforme du droit des obligations, dit *projet Catala* qui proposa la première consécration de la faute lucrative². Elle figure à l'article 1371 qui mentionne « l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative [...] ». L'expression « manifestement délibérée » est intéressante, car elle suggère non pas une intention de nuire, mais une conscience de l'illicéité du comportement. On regrette néanmoins que la définition retenue dans la disposition prospective soit si incomplète. Il faut alors se référer à l'exposé des motifs qui nous livre une définition plus complète de la faute lucrative, ce serait une « faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés »³. Cette définition met l'accent sur une composante essentielle de la faute lucrative décelée par Boris Starck et soulignée par Monsieur Mesa « le profit subsistant » : les conséquences profitables. Si l'assimilation de la faute lucrative à une « faute manifestement délibérée » est juste⁴, elle ne suffit pas. La mention du profit illicite, et donc du résultat économique, aurait été de bon aloi.

La seconde proposition d'introduction de la faute lucrative en droit commun résulte des recommandations n° 23 de la proposition de réforme du droit de la responsabilité civile du Sénat enregistré à la présidence du Sénat le 15 juillet 2009. Celle-ci consiste à « Envisager l'introduction d'actions collectives en responsabilité en cas de fautes lucratives commises à l'égard d'une pluralité de victimes et générant des dommages individuels de faible montant ». Cette recommandation cite, mais ne définit pas pour autant la notion. Il faut se rapporter au lexique de l'étude législative, dans lequel la faute lucrative est appréhendée comme « Tout acte illicite qui entraîne pour le responsable un bénéfice supérieur au montant des dommages et intérêts compensatoires qu'il pourrait être amené à verser à la victime »^{4 bis}. Cette définition apporte un élément nouveau qui n'était

1. Voir *infra*, n° 311.

2. *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, Rap. à P. Clément, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, 22 sept. 2005, voir Chagny (M.), « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP G*, juin 2006, n° 25, I. 149.

3. Viney (G.), « De la responsabilité civile, article 1340 à 1386, exposé des motifs », *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, 22 septembre 2005, p. 148.

4. Voir *supra*, n° 170 : Rappelons que nous avons défini l'élément moral d'une faute lucrative en droit pénal comme une « volonté de s'enrichir au détriment d'autrui » ou une « prise de risque délibérée pour des considérations économiques ». Le caractère délibéré de la faute lucrative avait donc déjà été identifié.

pas mis en exergue jusqu'alors, l'illicéité de l'acte. En effet, il faut rappeler que la faute lucrative est avant toute chose une faute composée d'un élément objectif, la violation de l'ordre public. Au-delà du bénéfice tiré de la faute, le caractère délibéré d'une violation de l'ordre public appelle une réaction particulièrement sévère qui n'impacte pas uniquement le patrimoine de l'auteur, une sanction personnelle¹.

Enfin, mentionnons la proposition de réforme du droit de la responsabilité civile exposée par Monsieur Terré, qui à l'instar des deux autres projets de réforme, accueille la faute lucrative en droit civil². À cet effet, l'article 54 dispose que, « lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder [des dommages restitutoires]. L'apparition du « dommage » dans cette définition est intéressante, car elle souligne l'effet nuisible provoqué par une faute lucrative³. Bien qu'elle ne définisse pas la notion de faute lucrative, cette formulation a le mérite de mettre l'accent sur l'élément intentionnel de la faute lucrative. Nous citerons également l'article 120 du *projet Terré*, qui bien qu'il ne définisse pas la faute lucrative, prévoit un remède contre ce que Monsieur Rémy nomme le *dol lucratif*, « c'est-à-dire, l'inexécution volontaire de la partie qui préfère s'exposer à une résolution et à des dommages et intérêts pour pouvoir, par exemple, contracter ailleurs à des conditions plus avantageuses »⁴. On retiendra de cette définition du *dol lucratif* le caractère « volontaire », qui renvoie à la faute intentionnelle et la conscience du dommage à travers la prise en compte du montant de la réparation.

Par ailleurs, on relèvera l'absence de toute référence à la faute lucrative dans l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, l'article 1231-4 nouveau du Code civil régissant la réparation en cas de dol énonce clairement que les dommages et intérêts ne doivent couvrir que les pertes et le gain manqué résultant directement de l'inexécution du contrat⁵.

De toutes ces définitions doctrinales de la faute lucrative en droit commun, essayons désormais d'en faire ressortir les traits saillants.

2. Les traits saillants de la faute lucrative

194. ***Un acte illicite lucratif et indifférent au dommage engendré.*** De toutes les définitions précitées, nous retiendrons d'une part le critère de l'illicéité extrait de la proposition du Sénat, d'autre part celui de « profit subsistant » ou « bénéfice » dégagé par Boris Starck et souligné par Monsieur Mesa et enfin

4 bis. *Avant-projet de réforme du droit des obligations, op. cit.*, p. 116.

1. Voir *infra*, n° 269s

2. Terré (F.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, voir aussi, Mesa (R.), « La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », *LPA* février 2012, n° 41, doctr., p. 5-6.

3. Voir *supra*, n° 122 et s.

4. Rémy (P.), « Les dommages et intérêts », in Terré (F.), (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thème et commentaires, 2009, p. 281, spéc. p. 286.

5. Art. 1231-4 nouveau C. civ. : « dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ».

celui de l'existence d'un dommage mentionnée dans le *projet Terré*. De ces trois critères, on en déduit que la faute lucrative serait un « acte illicite entraînant un dommage et un profit ».

L'illicéité consommée couplée d'un mépris du dommage, un mépris d'autrui, suggèrent une autre caractéristique de l'intention manifestée par l'auteur d'une faute lucrative, le caractère délibéré de la faute.

195. ***La faute lucrative, une faute délibérée.*** C'est en ce sens que Madame Viney se prononça sur la faute lucrative, elle l'assimila à une catégorie de « faute délibérée »¹. Cette qualification apparaît tout à fait adaptée à la faute lucrative. En effet, c'est au calcul coût-avantage préalable à la commission de la faute lucrative, que l'intention doit sa détermination particulière. Madame Sichel en déduit que la faute lucrative révèle « la démarche consciente et délibérée de son auteur »² ce qui laisse présager un degré de gravité élevé, selon elle.

C'est aussi la caractéristique mise en lumière par l'avant-projet de réforme du droit des obligations, dit *projet Catala* dans la première définition légale de la faute lucrative. Selon l'article 1371 « l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut-être condamné, outre les dommages et intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public.[...] ». C'est encore ce caractère délibéré qui est mis en avant par Monsieur Grynbaum, lorsqu'il évoque des fautes lucratives commises dans le domaine immatériel, le piratage de logiciel³.

La faute lucrative serait donc une « faute délibérée »⁴. C'est ainsi que l'on pourrait qualifier son élément subjectif. Car si elle est volontaire, elle ne recherche pas pour autant à nuire à autrui. Néanmoins, le dommage potentiellement engendré à l'occasion d'une faute lucrative ne dissuade pas l'agent de la commettre. Car la recherche de gain est plus forte.

Après avoir dégagé ses caractéristiques à partir des définitions doctrinales existantes, voyons à présent si elle coïncide avec l'une des fautes civiles qualifiées existantes.

1. Viney (G.), « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009, p. 2944.

2. Sichel (L.), *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, thèse Paris I, 2012, n° 134, p. 187-188 : l'auteure ajoute, qu'il ne s'agit pas d'une « intention malveillante ou d'intention de nuire », le but étant de s'enrichir, fut-ce au détriment d'autrui. [...] ». Voir aussi, *ibid*, n° 551, p. 741 : pour l'auteure parce que la faute lucrative trahit un mépris des intérêts d'autrui, une nocivité des agissements, ce comportement est tout aussi dangereux.

3. Grynbaum (L.), « Une illustration de la faute lucrative, le piratage de "logiciels" », *D.* 2006, p. 655 : « Si l'existence de la faute lucrative est ainsi bien établie comme comportement délibérément dommageable afin d'en retirer un profit [...] ».

4. L'insertion de l'adverbe « délibérément » dans la définition de la faute lucrative retenue par le législateur à l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile est donc à saluer. Sur ce point, voir : Fournier-de Crouy (N.), « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », *LPA* 8 novembre 2017, n° 223, p. 5 et s., spéc. n° 9-11.

B. Classement possible de la faute lucrative dans la hiérarchie des fautes civiles

196. *La faute lucrative dans la hiérarchie des fautes civiles.* La qualification de la faute lucrative en droit pénal a révélé une concordance de la faute lucrative avec des infractions volontaires, correspondant au *dol général*¹ ou au *dol éventuel* (faute de mise en danger)². Par conséquent, il conviendra de vérifier s'il en est de même lorsque la faute lucrative est une faute civile.

Si *a priori*, une faute lucrative ne semble pas coïncider avec les qualifications de faute non intentionnelle (1), elle semble se rapprocher de la faute intentionnelle dans sa conception moderne (2). Un tel rapprochement entre faute lucrative et faute intentionnelle ou dolosive se vérifie également, mais partiellement en droit des assurances (3).

1. Exclusion a priori de la qualification de faute non intentionnelle

197. *La distance entre la faute lucrative et la faute lourde.* Traditionnellement, on caractérise la faute lourde par « l'énormité de la faute »³. L'assemblée plénière a ainsi défini la faute lourde « toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude [du débiteur] à remplir la mission dont il est investi »⁴. Elle est donc signe de l'extrême déficience d'un comportement. Nulle trace d'intention ne figure dans cette notion, il s'agirait davantage d'une faute d'imprudence de maladresse d'une exceptionnelle gravité.

Et quand bien même la jurisprudence assimilerait la faute lourde à la faute dolosive en raison de son extrême gravité, elle n'aurait été « ni intentionnelle, ni volontaire, mais particulièrement grossière »⁵ soulignent les Professeurs Mazeaud et Chabas. De la même manière, si les Professeurs Starck, Roland et Boyer la citent parmi leur typologie, ils fustigent cette assimilation qui selon eux emporte confusion entre « imbécillité et méchanceté »⁶.

Caractérisée par sa rationalité, la faute lucrative ne peut raisonnablement être assimilée à une faute grossière. En revanche, elle pourrait se rapprocher de la faute inexcusable.

198. *La proximité trompeuse entre la faute lucrative et la faute inexcusable.* La faute inexcusable est une qualification qui siérait à la faute lucrative. Elle est usuellement définie comme « une faute particulièrement grave qui

1. Voir *supra*, n° 157.

2. Voir *supra*, n° 158 et s.

3. Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.), *op. cit.*, n° 575, p. 620.

4. Ass.plé. 23 février 2001, n° 99-16165 : à propos des dysfonctionnements du service de la justice dans l'affaire Grégory, dysfonctionnements constitutifs d'une faute lourde, de nature à engager la responsabilité de l'État. Dans le même sens en droit de la responsabilité civile contractuelle : Cass. ch. mixte 22 avril 2005, n° 02-18.326, *Chronopost III*, *RTD civ.* 2005.604, note P. Jourdain : la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au motif que le retard non justifié du transporteur ne suffisait pas à caractériser une faute lourde « soit une négligence d'une extrême gravité et dénotant l'inaptitude du transporteur », de nature à mettre en échec la clause limitative de responsabilité litigieuse.

5. Mazeaud (H.), Mazeaud (L.) et Mazeaud (J.), Chabas (F.), *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, T. 2 vol. I, *op. cit.*, n° 447.

6. Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.), *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle, op. cit.*, n° 298.

suppose chez son auteur la conscience d'un danger et la volonté téméraire de prendre le risque de sa réalisation sans raison valable »¹. Cette faute fut à l'origine détectée par la jurisprudence. En effet, elle a été identifiée par les juges du droit dans un arrêt des chambres réunies du 15 juillet 1941 et définie en ces mots : « la faute inexcusable s'entend d'une faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur et de l'absence de toute cause justificative »². En d'autres termes, la faute inexcusable est une faute d'une gravité exceptionnelle, mais dont la volonté n'est pas tournée vers les conséquences dommageables.

On retrouve cette qualification dans trois domaines du droit français, accidents du travail³, accidents de la circulation et en droit des transports. Et dans ces trois régimes spéciaux, la faute inexcusable n'implique pas la volonté de causer le dommage, mais la conscience de sa probabilité. Une telle qualification pourrait convenir à la faute lucrative si la témérité se justifiait par une espérance de gain. Ainsi, dans un arrêt du 18 février 1970, la chambre sociale confirmait un arrêt d'appel qui imputait une faute inexcusable à un chef de chantier en lien de causalité avec la mort d'un ouvrier. Selon les juges du fond, l'employeur n'avait pas pris les précautions nécessaires pour empêcher la réalisation d'un danger, et ce pour « aller plus vite et donc dans un seul but lucratif »⁴. On retrouve les trois éléments de la faute lucrative, la conscience du danger (dommage potentiel), le caractère téméraire des pratiques du chef de chantier (faute délibérée) et l'objectif de rentabilité ou l'espérance d'un gain plus grand (résultat économique). Il est intéressant de constater qu'une telle conception de la faute inexcusable est assimilée au dol en droit des transports⁵.

Encore une fois, il faut tempérer cette assimilation pour deux raisons, d'une part elle est marginale en jurisprudence, d'autre part la qualification de faute inexcusable est employée en cas de faute grave, critère qui ne correspond pas à la majorité des fautes lucratives civiles.

2. *Admission a posteriori de la qualification de faute intentionnelle ou dolosive*

199. ***Distance entre la faute lucrative et la conception initiale de la faute intentionnelle ou dolosive.*** À l'origine, en droit de la responsabilité civile (contractuelle et délictuelle), la faute intentionnelle suppose une intention de nuire. En

1. Cornu (G.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° « faute inexcusable ».

2. Ch. réunies 16 juillet 1941, *bull. civ.* n° 183, *JCPG* 1941.II. 1705 note J. Mihura.

3. Sur l'évolution de la notion de faute inexcusable, voir : Cass. soc, 28 février 2002, *RTD civ.* 2002.310, note P. Jourdain, à propos des demandes d'indemnisations consécutives à des maladies professionnelles liées à l'amiante développées par des salariés. Dans ces arrêts, la chambre sociale innove en ce qu'elle définit la faute inexcusable à l'aune de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, tout en rappelant le caractère « conscient » d'une telle faute, « que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ».

4. Cass. soc. 18 février 1970, n° 68-11443.

5. Art. L. 133-8 C. com. issu de l'article 34 de la Loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative au droit des transports : « Seule est équipollente au dol la faute inexcusable du voiturier ou du commissionnaire de transport. Est inexcusable la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité

effet, les Professeurs Mazeaud et Chabas enseignent qu'en matière délictuelle, « il y a faute intentionnelle ou délictuelle lorsque l'auteur du dommage a agi dans l'intention de causer le dommage »¹. Dès lors, il ne suffit pas que l'auteur ait prévu la possibilité du dommage, encore faut-il qu'il ait voulu sa réalisation. La doctrine actuelle reconnaît également qu'initialement, la faute intentionnelle ou dolosive s'entendait strictement et se caractérisait par « la volonté de causer le dommage »². La portée de la volonté était le critère majeur de distinction entre faute simple et faute dolosive, dans le premier cas, la volonté portait uniquement sur l'agissement, tandis que dans le second cas, la volonté s'étendait à la réalisation du dommage. Par conséquent, la faute dolosive était une faute mue d'une intention de nuire à autrui.

Le calcul coût-avantage opéré par l'auteur d'une faute lucrative traduit une volonté tournée non pas vers la nuisance, mais uniquement vers le profit³. Néanmoins, le risque de dommage, fut-il connu de l'agent, ne l'empêchera pas de commettre l'acte interdit dès lors qu'il lui garantit un profit suffisant. L'agent a conscience du risque et de l'illicite, mais pas l'intention de nuire. En droit pénal, nous avons démontré que le *dol lucratif* correspondait à un dol intermédiaire entre le *dol général* et le *dol spécial*, qui se compose d'une volonté tournée vers le résultat économique de la faute et de la conscience du risque de dommage encouru. En effet, nous avons exclu la qualification de *dol spécial*, dans la mesure où le résultat économique, résultat vers lequel est tournée la volonté du délinquant économique n'est pas un résultat illicite.

Parce que la notion de faute dolosive, dans son acception d'origine, est tournée vers la nuisance, cette qualification ne peut se confondre avec la notion de faute lucrative. En revanche, l'acception moderne de la faute dolosive lui correspondrait davantage.

200. **Proximité de la faute lucrative avec la faute dolosive.** Suite à une évolution jurisprudentielle célèbre, la notion de *dol contractuel* s'est considérablement élargie. Ainsi, la première chambre civile a jugé dans un arrêt du 4 février 1969 que « le débiteur commet une faute dolosive, lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant »⁴. Ceci signifie selon Monsieur Jourdain, Madame Viney et Madame Carval que « ni la volonté de causer le dommage, ni la conscience de la certitude de sa réalisation ne sont requises, il suffit qu'en se refusant à exécuter ses obligations, le débiteur ait eu conscience de l'éventualité du dommage, du risque qu'il prenait de causer un dommage au créancier »⁵. Dès lors, la seule conscience d'un risque de dommage et son accep-

du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

1. Mazeaud (H.), Mazeaud (L.) et Mazeaud (J.), Chabas (F.), *Leçons de droit civil, obligations, théorie générale*, T. 2 vol. I, *op. cit.*, 22^e leçon, n° 446.

2. Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Traité de droit civil, les conditions*, *op. cit.*, n° 619, p. 756.

3. La démonstration en droit des pratiques anticoncurrentielles en atteste tout particulièrement, voir *supra*, n° 101.

4. Cass. civ. 1^{re} 4 février 1969 (société des comédiens français), *Bull. civ. I* n° 60, D. 1969, p. 601, note J. Mazeaud

5. Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *op. cit.*, n° 621, p. 760.

tation par l'auteur d'une faute suffisait à la qualifier de « faute dolosive », la volonté de nuire à autrui n'était plus requise.

Dans sa nouvelle acception, la qualification de faute dolosive pourrait ensermer la notion de faute lucrative. C'est bien l'état d'esprit d'une compagnie aérienne qui pratique le *surbooking*, elle ne cherche aucunement à nuire aux passagers évincés du vol, mais elle a parfaitement conscience du dommage occasionné par une annulation intempestive puisque les contrats de transports prévoyaient une clause d'indemnisation d'un tel dommage. Aussi, la première qualification retenue en jurisprudence à propos de la surréservation fut-elle le *dol contractuel*. Dans un arrêt du 15 septembre 1992 rendu par la Cour d'appel de Paris, les juges du fond estimèrent que « le choix d'une politique de "surbooking" » en connaissance du risque qu'elle implique de ne pouvoir assurer l'embarquement de la totalité des passagers ayant réservé dans un vol déterminé, constitue un dol »¹. Et une telle qualification est admise sans qu'il soit référence à l'intention de nuire du transporteur.

La doctrine confirme un tel rapprochement entre faute lucrative et faute dolosive. Boris Starck y voyait la caractérisation d'un « dol ou d'une faute grave » et dénonçait la ruse et l'absence de scrupule des auteurs de fautes lucratives qui s'emparaient de profits au « mépris des droits d'autrui »². De même Monsieur Mesa a pu affirmer que « La faute lucrative peut être classée dans la catégorie des fautes intentionnelles, voire dolosives »³. Tout comme Monsieur Fasquelle soutenait que « La faute lucrative peut, le plus souvent, être qualifiée de faute dolosive [...] »⁴. Cette assimilation est sans nul doute la plus pertinente notamment en raison du dénominateur commun que faute lucrative et faute dolosive partagent, la mauvaise foi.

On en conclut que la faute lucrative serait « équipollente au dol » à l'instar de la faute lourde. Elle devrait entraîner les mêmes conséquences sur la responsabilité de l'auteur.

3. Confirmation partielle de cette assimilation en droit des assurances

201. **Exclusion de la faute intentionnelle au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances.** L'article L. 113-1 alinéa 2 du Code des assurances dispose que « Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Il en résulte que l'assurance ne couvre pas les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile, lorsque le fait générateur de la responsabilité constitue une faute intentionnelle ou do-

1. CA Paris, 15 sept. 1992, *D.* 1993, jurispr. p. 98, note P. Delebecque : sans caractériser une faute lucrative, les juges relèvent toutefois que « considérant le fait pour un transporteur aérien d'offrir à la réservation de sa clientèle un nombre de places supérieur à celui que permet la capacité de l'avion, ne peut résulter d'une simple erreur, compte tenu des moyens informatiques actuels, mais correspond à une politique commerciale de surréservation destinées à accroître la rentabilité financière des vols au détriment des intérêts légitimes des passagers ». Dans le même sens : CA Montpellier, 7 nov. 2000, *JCPE* 2002, pan. p. 249.

2. Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.), *Obligations*, 1. *Responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 1336.

3. Mesa (R.), « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *op. cit.*, spéc. n° 11.

4. Fasquelle (D.), « L'existence des fautes lucratives en droit français », in « Faut-il moraliser le droit de la réparation », colloque, M. Behar-Touchais (dir.), *op. cit.*, spéc. n° 20.

losive. Si le droit de la responsabilité civile ne fait pas de distinction entre ces deux fautes, la distinction est nette en droit des assurances.

En droit des assurances, la faute intentionnelle se caractérise par la volonté de causer le dommage. La jurisprudence dominante est fortement attachée à une acception stricte de la faute intentionnelle, et ce dans un souci d'indemnisation. Ainsi, pour exclure l'application de la garantie, « il est nécessaire que l'assuré ait voulu non seulement l'action ou l'omission dommageable, mais encore la réalisation du dommage lui-même »¹. En d'autres termes, la faute intentionnelle se caractérise par la volonté de causer le dommage. La Cour de cassation rappelle en effet que la faute, au sens de l'article L. 112-1 alinéa 2 du Code des assurances implique « la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu »². Cette concordance entre le résultat voulu (dommage voulu) et le résultat obtenu (dommage causé) met en exergue la finalité de cette intention, nuire. Par conséquent, l'élément subjectif de la faute intentionnelle en droit des assurances renvoie à la conception traditionnelle de la faute dolosive, soit une faute mue par une intention de nuire. Il en résulte une incompatibilité entre faute lucrative et faute intentionnelle.

Si l'on s'en tient à cette conception stricte de la faute intentionnelle, « il est exceptionnel que ce type d'agissement soit sanctionné »³ fait observer Monsieur Bigot. Ce qu'il regrette. Selon lui, la faute lucrative devrait être comprise dans l'exclusion légale de l'assurance au même titre que la faute intentionnelle et dolosive⁴. Il préconise donc une nouvelle définition de la faute intentionnelle pour rendre l'article L. 113-1 effectif en présence d'une faute lucrative⁵.

Or, à l'appui d'un arrêt de la 2^e chambre civile rendu le 16 octobre 2008, Monsieur Bigot pressent une « autonomisation de la notion de faute intentionnelle dolosive » concernant les professionnels. Dans cet arrêt, la 2^e chambre civile retient non plus la volonté de créer le dommage comme critère de la faute intentionnelle, mais le « caractère volontaire et délibéré » de l'acte dommageable⁶.

1. Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *op. cit.*, n° 624, p. 762.

2. Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 2003, n° 01-10478, *RDI* 2003.438, note L. Grynbaum, *JCPG* 2004, I 101, note G. Viney : la Cour de cassation rejette en partie le pourvoi formé contre un arrêt dans lequel les juges du fond n'avaient pas retenu la faute intentionnelle des auteurs d'un incendie volontaire car il n'avait pas « délibérément recherché les conséquences dommageables effectivement survenues ». Les juges refusent donc d'assimiler le délit pénal de destruction volontaire d'un bien par incendie (délict intentionnel) à la faute civile intentionnelle.

3. Bigot (R.), « La faute intentionnelle ou le phœnix de l'assurance de responsabilité civile professionnelle », *Rev. Lamy droit civil*, 2009, p. 59.

4. Bigot (R.), Pelissier (A.), Mayaux (L.), « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire, le passé, le présent et l'avenir », *Rev. générale du droit des assurances*, 03 février 2015 n° 2, p. 75 : « On peut la [faute lucrative] définir comme la faute commise dans le but de réaliser un gain. En soi, elle ne caractérise ni l'absence de hasard (lequel n'est pas exclusif d'un enrichissement personnel), ni une atteinte à la morale, s'enrichir n'est pas en soi une faute morale. Mais la faute lucrative devient problématique si l'agent s'enrichit tout en sachant que, ce faisant, il va causer inéluctablement un dommage à autrui, ce qui renvoie à la faute intentionnelle objective ».

5. Bigot (J.), « Rapport de synthèse » in « L'aléa et le contrat d'assurance », colloque, *Resp. civ. et ass.* 2014, n° 3, dossier 11.

6. Cass. civ. 2^e, 16 oct. 2008, n° 07-14373 : la 2^e chambre civile casse un arrêt d'appel qui avait écarté la faute intentionnelle alors « Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle relevait que M. Z... avait volontairement présenté de façon erronée et tardive le plan de continuation émané de la société Debar, qu'il était intervenu de façon délibérée afin que ce plan de continuation ne soit pas comparé avec l'offre de reprise de la société Danel, laquelle avait été arbitrairement privilégiée, ce dont il résultait que M. Z..., professionnel ayant pour mission légale de veiller à la sauvegarde de l'entreprise, avait voulu que le

Dans son analyse, l'auteur soupçonne la juridiction suprême de s'être inspirée de la faute lucrative pour faire montre d'une telle souplesse dans la qualification de faute intentionnelle. En effet, en l'espèce, la conduite fautive du plan de cession par l'administrateur judiciaire avait révélé qu'il avait sacrifié les intérêts du débiteur et de ses créanciers au profit de ses propres intérêts en raison d'un « appât du gain » manifeste. Selon l'auteur, « dès lors qu'elle est indissociable de la survenance d'un dommage, la volonté frauduleuse, cristallisée par la transgression, doit être qualifiée de faute intentionnelle inassurable »¹. Aussi ce dernier félicite-t-il la Cour de cassation qui « en assouplissant sa position par le présent arrêt, rétablit les fonctions régulatrices du droit de la responsabilité civile tout en préservant l'aléa inhérent au contrat d'assurance »².

Toutefois, une telle jurisprudence demeure isolée et ne sera pas confirmée³, la 2^e chambre civile préférant faire évoluer la notion de faute dolosive.

202. **Assimilation de la faute dolosive au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances, vers l'inassurabilité de la faute volontaire et délibérée.** À l'instar du droit de la responsabilité civile contractuelle⁴, la faute dolosive connaîtra une conception élargie en droit des assurances. Certains parlent même « d'autonomisation »⁵ de la faute dolosive par rapport à la faute intentionnelle en droit des assurances, pour souligner l'évolution de l'une contrairement à l'autre. Attachée à la constance de la notion de faute intentionnelle, la 2^e chambre civile choisira de « mobiliser »⁶ la notion de faute dolosive.

Contrairement à la faute intentionnelle, la faute dolosive est caractérisée même en l'absence d'intention de nuire, dès lors que le comportement fautif est volontaire et délibéré. Cette rupture est clairement consommée dans un arrêt rendu le 28 février 2013⁷, quand bien même ni la faute intentionnelle ni la faute dolosive n'auraient été caractérisées en l'espèce. Pour la 2^e chambre civile, la faute dolosive se caractérise par « l'absence d'aléa » même si le responsable n'a pas recherché le dommage. Puis dans un arrêt du 12 septembre 2013, la 2^e chambre civile livre une définition de la faute dolosive au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances. Selon les juges du droit, la faute dolosive est caractérisée par une « prise de risque volontaire de l'assuré faussant l'élément aléatoire attaché à la couverture du risque ». Il en résulte deux critères de qualification de la faute dolosive, la « prise de risque volontaire » et « l'incidence sur l'aléa »⁸.

plan de continuation ne soit pas adopté, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé le texte susvisé ».

1. Bigot (R.), *op. cit.*, spéc. II.B.

2. *Ibid.*, spéc. I.B.

3. Aix-en-Provence, 2^e ch, 22 janv. 2015, n° 2015/21, *JurisData* : 2015-001949 : qualification de faute intentionnelle a contre la société assurée dans l'affaire PIP a été écartée dans la mesure où « la volonté du dommage tel qu'il était survenu » n'était pas établie, quand bien même la volonté du risque l'était.

4. Depuis l'arrêt Cass. 1^{re} civ, 4 févr. 1969, précité dans lequel la cour affirma que « le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il refuse d'exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son contractant ».

5. Viney (G.), « Faute intentionnelle et faute dolosive, note sous Cour de cassation, 2^e ch. civ. 12 septembre 2013, pourvoi n°12-24.650 », *RDC* 2014, n° 2, p. 184, Bigot (R.), Pelissier (A.), Mayaux (L.) « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire, le passé, le présent et l'avenir », *op. cit.*

6. Expression empruntée à Bigot (R.), Pelissier (A.), Mayaux (L.), *ibid.*

7. Cass. civ. 2^e, 28 février 2013, n° 12-12813, *Bull. civ. II*, n° 44.

8. Cass. civ. 2^e, 12 septembre 2013, n° 12-24650, *RDC* 2014, n° 2, p. 194, obs. G. Viney: « Qu'en

Contrairement à l'arrêt du 28 février 2013 dans lequel la 2^e chambre civile exigeait la disparition de tout aléa, elle admet dans l'arrêt du 12 septembre 2013 que l'aléa soit simplement faussé par le comportement volontaire de l'assuré. Il ne faudrait pourtant pas que le caractère « volontaire » du risque soit interprété de manière trop strict : le caractère volontaire devrait porter sur la prise de risque uniquement et non pas sur l'étendue du risque¹.

La définition de la faute dolosive retenue dans l'arrêt du 13 septembre 2013, pourrait contenir la faute lucrative. Nous avons montré que le risque de dommage était un élément matériel de la faute lucrative, en outre le caractère délibéré de la faute lucrative traduit indubitablement le caractère volontaire de l'acte. Quant à l'incidence sur l'aléa, la réalisation du dommage n'étant pas certaine, mais plus probable, la faute lucrative a immanquablement pour effet de renforcer la probabilité de dommage, sans pour autant chasser tout aléa. Une telle assimilation entre faute lucrative et faute dolosive semble donc admissible.

De cette assimilation de la faute lucrative à la faute dolosive, on en déduit que la faute lucrative ne devrait pas être assurable, ce qui se justifiera également d'un point de vue de la dissuasion².

Conclusion. La comparaison de la faute lucrative avec les fautes qualifiées existantes est riche d'enseignements. Volontaire, consciente, délibérée en cela, elle ressemble à la faute inexcusable. Dépourvue de l'intention de nuire, elle s'éloigne de la conception originelle de la faute dolosive, encore en vigueur en droit des assurances, mais se rapproche de sa conception moderne en droit de la responsabilité civile. L'assimilation devrait donc produire les mêmes effets que ceux de la faute intentionnelle, sous réserve de quelques aménagements.

SECTION II : CONSÉQUENCES DE CETTE ASSIMILATION DE LA FAUTE LUCRATIVE À LA FAUTE INTENTIONNELLE OU DOLOSIVE

203. **Annnonce.** En dépit d'un mouvement notoire d'objectivisation de la responsabilité civile, l'intention demeure un vecteur d'aggravation de la responsabilité individuelle dans les régimes de responsabilité pour faute.

L'assimilation de la faute lucrative à la faute intentionnelle entraîne tout d'abord des effets sur l'imputabilité (A). En outre, une telle qualification aggrave la responsabilité de l'auteur de la faute, laquelle se répercute sur la dette de réparation et sur sa charge. Enfin, l'intention tournée vers le résultat économique en dépit de la conscience du résultat dommageable justifie le prononcé de sanctions spécifiques dépassant la finalité indemnitaire de la responsabilité civile (B).

l'état de ces constatations et énonciations procédant de son appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve, la cour d'appel a pu retenir par une décision motivée, répondant aux conclusions, que M. X avait volontairement tenté de franchir le cours d'une rivière avec un véhicule non adapté à cet usage et qu'il avait ainsi commis une faute dolosive excluant la garantie de l'assureur ».

1. Aix-en-Provence, 2^e ch, 22 janv. 2015, n^o 2015/21, *JurisData* : 2015-001949 : la qualification de faute dolosive contre la société PIP sera également écartée au motif qu'« aucun élément ne pouvait laisser suspecter que le gel employé, et bien que non marqué CE, n'était pas conçu pour l'usage auquel il était destiné et pouvait entraîner un risque de rupture précoce des implants pour les personnes portant ces prothèses ».

2. Voir *infra*, n^o 260.

A. Conséquence sur l'imputabilité de la faute lucrative, la mise en échec des immunités civiles

204. *Le rôle de la faute intentionnelle sur le bénéfice de l'immunité civile.* La qualification de faute intentionnelle ou équivalente peut tout d'abord mettre en échec des immunités civiles, auquel cas le bénéficiaire de l'immunité civile peut se voir imputer la responsabilité civile, pour tout ou partie, d'un dommage causé par sa faute qualifiée. Cette levée de l'immunité civile peut résulter de dispositions spéciales ou générales.

Le droit maritime nous livre un exemple intéressant de déchéance d'immunité civile, c'est le cas de la « faute de témérité » commise par l'affréteur, l'armateur, d'un navire, de leurs préposés et de leurs mandataires¹. Cet exemple est d'autant plus intéressant que la faute de témérité, caractérisée par son caractère délibéré², se rapproche de la faute lucrative. C'est sur ce point que la chambre criminelle a cassé l'arrêt d'appel, reprochant aux juges du fond de ne pas avoir retenu une faute de témérité à l'encontre de l'affréteur dans l'*affaire Erika*³. Contrairement aux juges d'appel qui n'avaient caractérisé qu'une faute de négligence, les juges du droit ont déduit des négligences de Total SA, que son représentant « avait nécessairement conscience qu'il s'ensuivrait probablement un dommage par pollution », caractérisant ce faisant une faute de témérité. Déchu de l'immunité civile, l'affréteur pouvait donc voir sa responsabilité civile engagée.

En dehors de ce cas spécial, la faute intentionnelle permet d'imputer la responsabilité civile aux dirigeants et aux préposés. En principe, lorsqu'un organe⁴, représentant d'une personne morale, commet un fait dommageable « es-qualités »⁵ dans le strict exercice de ses fonctions, seule la responsabilité civile de la personne morale⁶ est engagée. De même, lorsqu'un préposé commet une faute dommageable dans sa fonction, sans excéder les limites de sa mission⁷, seule la responsabilité du commettant peut être engagée^{7 bis}.

1. Art. III. 4 et V.2. de la Convention du 29 novembre 1969 sur la responsabilité civile des propriétaires de navires pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, telle que réformée en 1992, dite Convention CLC 69/92 : définit la faute de témérité comme « leur fait ou de leur omission personnels [...] commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement », cité in Montas (E.), Roussel (G.), *Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika*, *AJ Pénal* 2012. 574.

2. Voir *supra* n° 159-160.

3. Cass. crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938 : « Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que les constatations de fait, souverainement appréciées par la cour d'appel, caractérisaient une faute de témérité, au sens de la Convention CLC 69/92, à la charge de la société Total SA, et qu'il en résultait que son représentant avait nécessairement conscience qu'il s'ensuivrait probablement un dommage par pollution, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé [...] ».

4. Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Les conditions de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 850, p. 1143 : Doivent être considérés comme des organes de la personne morale, « tous ceux qui la représentent vis-à-vis des tiers », organe de direction (président, gérant SARL, président et directeur général d'une société anonyme...), membre du collège chargé de contrôler la direction (conseil d'administration ou conseil de surveillance de la société anonyme...) ainsi que les syndics, liquidateurs et administrateurs lorsque la société est en procédure collective.

5. Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *op. cit.*, n° 851, p.1144 : qui agit au nom et pour le compte de la personne morale.

6. Art. 1850 C. civ, Art. L. 223-22 et L. 225-251 C. com.

7. Cass. ass. plén, 25 févr. 2000, nos 97-17.387 et 97-20.152, *D.* 2000. 673, note P. Brun : « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant ».

Toutefois, nous démontrerons que l'assimilation de la faute lucrative à une faute intentionnelle a pour effet de lever cette immunité civile. Ainsi, la faute lucrative peut se voir imputée à tous ceux qui auraient tiré profit de la faute, le dirigeant social fautif (1), le salarié préposé et même à son employeur, personne morale, en dépit de sa qualité de victime (2).

1. *L'imputabilité de la faute lucrative au dirigeant*

205. ***Faute détachable des fonctions, faute de gestion et faute lucrative, levée de l'immunité civile des dirigeants.*** Un dirigeant peut voir sa responsabilité personnelle engagée dans des conditions précises. À l'égard des tiers, seule une faute détachable des fonctions lève son immunité civile. Tandis qu'à l'égard de la société¹ et des actionnaires², il est personnellement responsable notamment des fautes de gestion³. La conception de la « faute de gestion » retenue par la Cour de cassation est plus large que celle de la faute détachable. Par conséquent, pour établir une concordance entre ces fautes et la faute lucrative, il faudra davantage cerner la notion de faute détachable.

Concernant la faute de gestion, retenons toutefois qu'elle englobe à la fois les fautes d'imprudences et fautes intentionnelles et qu'elle est caractérisée en présence « d'agissements contraires aux intérêts de la société »⁴. La faute lucrative est nécessairement un agissement contraire à l'intérêt social dans la mesure où elle constitue par définition une violation de l'ordre public et entraîne nécessairement le prononcé d'une sanction⁵.

Qu'en est-il de la faute détachable des fonctions ? En dépit de tergiversations jurisprudentielles, la chambre commerciale a opté pour une définition précise qui semble être acquise désormais dans un *arrêt Seusse* du 20 mai 2003. Selon elle, la faute détachable « est une faute intentionnelle, d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales »⁶. Il en résulte deux critères cumulatifs, d'une part la faute détachable est une faute intentionnelle, d'autre part elle doit être d'une particulière gravité au sens qu'elle est incompatible avec l'exercice normal des fonctions. Notons que la jurisprudence est venue préciser qu'une faute détachable pouvait être commise dans les limites de la mission dès lors que l'acte litigieux était incompatible avec l'exercice normal des fonctions⁷. Une telle définition de la faute détachable englobe-t-elle nécessairement la faute lucrative ? Parce qu'elles sont toutes des fautes intention-

7 bis. Art. 1384 alinéa 5 C. civ.

1. Action *ut universi* : en mat. de sociétés commerciales : Art. L. 223-22 C. com pour SARL et Art. L. 225-252 C. com pour SA.

2. Action *ut singuli*, En mat. de sociétés commerciales : Art. L. 223-22 C. com pour SARL et art. L. 225-252 C. com. pour SA. En mat. de sociétés civiles : Art. 1843-5 C. civ.

3. Le Tourneau (P.), *op. cit.*, n° 3328.63.

4. Cass. com. 14 déc. 1993, no 91-21.362, *Rev. sociétés* 1994. 778, note M. Pariente.

5. Voir *supra*, n° 28.

6. Cass. com. 20 mai 2003, no 99-17.092, *Seusse*, *Bull. civ.* IV, n° 84, D.2003, note B. Dondero.

7. Cass. com. 10 févr. 2009, no 07-20.445, *D.* 2009. 559, obs. A. Lienhard : « En se déterminant ainsi, sans rechercher si les décisions litigieuses ne constituaient pas de la part de leurs auteurs, même agissant dans les limites de leurs attributions, des fautes intentionnelles d'une particulière gravité incompatibles avec l'exercice normal de leurs fonctions sociales, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 225-251 du Code de commerce ».

nelles, elles peuvent coïncider. Toutefois, la seconde caractéristique cumulative de la faute détachable suppose-t-elle la recherche du dommage par le dirigeant ou seulement la conscience du dommage ?

206. *La faute détachable des fonctions, une faute délibérée.* Examinons la jurisprudence et recensons les fautes de dirigeants qui ont été qualifiées de fautes détachables. On retiendra tout d'abord une décision de la chambre commerciale du 7 juillet 2004 dans laquelle la chambre commerciale a considéré que des actes de concurrence déloyale « commis intentionnellement » constituaient une faute détachable¹. De même, dans un arrêt du 25 janvier 2005, la chambre commerciale a jugé que des actes de contrefaçon commis de « manière délibérée et persistante »² constituaient une faute détachable. On retiendra le caractère « délibéré » qui sous-entend que l'auteur a commis les actes litigieux alors qu'il avait connaissance du caractère illicite de ses actes. Cependant, une faute lourde de la société ne peut constituer une faute séparable des fonctions du gérant de SARL³.

Par ailleurs, dans un arrêt du 28 septembre 2010, la chambre commerciale est venue clore un débat jurisprudentiel relatif à la faute pénale. Elle a affirmé dans un attendu de principe que « le gérant d'une société à responsabilité limitée qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice »⁴. En d'autres termes, la faute pénale intentionnelle est nécessairement une faute détachable⁵. En l'espèce, le gérant avait « *sciemment* » accepté d'ouvrir le chantier litigieux sans que la société fût couverte par une assurance garantissant la responsabilité décennale des constructeurs. Comme le fait observer Monsieur Jourdain, « le constructeur qui ne s'assure pas pour sa responsabilité n'a aucune intention de causer un dommage. Soit il est négligent, soit il cherche à faire l'économie du coût de l'assurance. Même si, dans ce second cas, il a conscience que le défaut d'assurance peut préjudicier à autrui si sa responsabilité venait à être engagée, il n'y a toujours pas de volonté du dommage caractéristique d'une faute intentionnelle. Mais qu'importe dès lors qu'au moins le dirigeant qui manque à l'obligation légale d'assu-

1. Cass. com. 7 juillet 2004, n° 02-17729, « Attendu que la cour d'appel a constaté, sans dénaturer les conclusions déposées devant elle par M. X..., que celui-ci avait participé de façon active et personnelle aux actes dénoncés dont il a revendiqué la qualité d'initiateur, qu'ayant ainsi fait ressortir qu'il avait intentionnellement commis des actes de contrefaçon, la cour d'appel, abstraction faite du moyen inopérant évoqué à la deuxième branche, en a exactement déduit que M. X... avait commis une faute séparable de ses fonctions engageant sa responsabilité personnelle, que le moyen, qui ne peut être accueilli en sa deuxième branche, n'est pas fondé pour le surplus ».

2. Cass. com. 25 janvier 2005, n° 01-10740 : « Mais attendu qu'ayant relevé que M. X... avait commis des actes de contrefaçon de manière délibérée et persistante, pendant plusieurs années, malgré les mises en garde et en dépit des procédures judiciaires engagées, la cour d'appel, qui a ainsi constaté qu'il avait intentionnellement commis des fautes d'une particulière gravité incompatibles avec l'exercice normal des fonctions sociales, en a déduit à bon droit, abstraction faite des motifs surabondants que critiquent les deuxième et troisième branches, que ces fautes étaient séparables de ses fonctions de gérant et engageaient sa responsabilité personnelle ».

3. Cass. com. 31 janv. 2012, no 11-14.154⁰, *Rev. sociétés* 2012. 418, note B. Dondero.

4. Cass. com. 28 sept. 2010, no 09-66.255⁰, *D.* 2010. Actu. 2290, note A. Lienhard, *Rev. Sociétés* 2011. 97, note B. Dondero.

5. Dans le sens contraire : Cass. civ. 3^e, 4 janv. 2006, *D.* 2006. AJ 231, obs. A. Lienhard.

rance agit de façon *délibérée* »¹. De même, Monsieur Dondero constate que si l'attendu de principe vise l'infraction pénale intentionnelle, l'infraction en cause « était d'un genre particulier, puisqu'elle était de celles pour lesquelles le dol pénal peut être simplement éventuel, ce qui vise le cas où l'agent, sans vouloir expressément le résultat dommageable découlant de son action volontaire, a dû ou aurait dû le prévoir comme possible »². Il en déduit que l'élément intentionnel requis depuis l'*arrêt Seusse* peut être une faute intentionnelle *stricto sensu*³ ou une faute commise « avec la conscience de commettre une faute, mais sans la volonté de causer le dommage ». Son analyse l'amène à la conclusion suivante, « l'élément d'intentionnalité rendant la faute séparable des fonctions peut résider tant dans l'intention de causer un dommage par son comportement que dans l'intention de commettre une faute ». La faute détachable peut donc constituer en une faute volontaire, délibérée.

C'est également l'analyse retenue par Madame Bacache. Selon cette auteure, la faute intentionnelle requise pour caractériser une faute détachable, « vise la faute délibérée ou volontaire sans intention de causer le dommage »⁴. L'intention renvoie donc à la conscience du dommage et non la volonté du dommage. Une telle précision laisse à penser que la faute lucrative, telle que nous l'avons définie en fin de première partie, constituerait nécessairement une faute détachable.

207. Conclusion, l'imputabilité de la faute lucrative à l'auteur personne physique, du calcul bénéfice-risque. La position de Monsieur Ducouloux-Favard en faveur de la responsabilité des personnes morales est bien connue. Cet auteur estime que la personne morale étant destinataire des profits, licites et illicites, « l'équité commande donc que ce soit à l'encontre de ces dernières que soit prononcée une amende équivalente au profit d'autant qu'elles seules sont en mesure de les payer »⁵.

Au contraire, nous pensons que le calcul bénéfice-risque est nécessairement le fait d'une intelligence humaine, d'une rationalité économique humaine. L'immunité civile d'un dirigeant qui commet une faute dans l'exercice de sa fonction risque de favoriser les prises de risques des personnes physiques pour le compte de la personne morale. La concordance entre la faute lucrative et la faute de gestion d'une part et la faute détachable d'autre part, semble favorable à la levée d'une telle immunité civile. En d'autres termes, les dirigeants auteurs d'une faute lucrative, fut-elle commise pour le compte de la société, pourront voir leur responsabilité civile personnelle engagée à l'égard des victimes non tiers ou tiers à la société. Ils pourront donc être condamnés *in solidum* avec la

1. Jourdain (P.), « Faute du dirigeant social, le défaut de souscription d'une assurance obligatoire de responsabilité décennale est une faute séparable des fonctions », *RTD civ.* 2010. 785.

2. Dondero (B.), « L'infraction pénale intentionnelle est une faute séparable des fonctions sociales », Note sous Cour de cassation (com.) 28 septembre 2010, n° 09-66.255, *Douin c/Jarosz*, *Rev. Sociétés* 2011. 97, spéc. n° 6.

3. C'est-à-dire une faute commise avec la volonté de causer le dommage qui en résultera, voir *supra* n° 204.

4. Bacache-Gibeili (M.), n° 205, p. 242.

5. Ducouloux-Favard (Cl.), « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *LPA* 16 mars 2014, n° 54, p. 3.

personne morale, à payer tout ou partie de la sanction confiscatoire, les privant de tout enrichissement illicite.

Et si la faute lucrative est imputée à un organe collégial de la société, tel que le conseil d'administration, la sanction confiscatoire serait alors prononcée à l'encontre de toutes les personnes physiques ayant participé à la décision. Chaque personne physique composant l'organe étant présumé avoir participé à la décision peut néanmoins renverser la présomption simple en démontrant qu'il s'est comporté en administrateur ou en membre du directoire prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision¹.

2. *L'imputabilité de la faute lucrative au préposé, l'affaire Kerviel*

208. *L'imputabilité de la faute lucrative à l'employé.* Dans l'affaire Kerviel, rappelons pour mémoire que le trader avait été condamné par le tribunal correctionnel de Paris, pénalement du chef d'abus de confiance, introduction frauduleuse de données dans un système de traitement automatisé, faux et usage de faux à cinq ans d'emprisonnement dont deux ans avec sursis, et civilement il fut condamné à verser à son employeur, partie civile, la somme de 4,9 milliards d'euros en réparation de son préjudice financier².

Parce que la victime était en l'espèce l'employeur du trader, seule la responsabilité civile du trader fut recherchée, sur le fondement de la responsabilité pour faute. En revanche, si les victimes avaient été des tiers à la société, la responsabilité de la banque aurait pu être recherchée sur le fondement de la responsabilité des commettants du fait de leur préposé. En effet, bien que la faute du préposé ait constitué une infraction pénale intentionnelle, le lien qu'elle entretenait avec les fonctions du trader et l'autorisation « tacite » dont il bénéficiait de la part de ses supérieurs hiérarchiques, auraient sans doute écarté l'hypothèse de l'abus de fonction, cause d'exonération du commettant³. Néanmoins, une telle faute pénale intentionnelle, aurait levé l'immunité civile du préposé⁴, conformément à la jurisprudence acquise⁵. Les victimes auraient donc pu rechercher à la fois la responsabilité civile du trader sur le fondement de l'article 1382 du Code civil alors en vigueur et celle du commettant sur le fon-

1. Cass. com. 30 mars 2010, n° 08-17841, *D.* 2010.304, note B. Dondero : « [...] Mais attendu que commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision [...] ».

2. T. corr. Paris, 11^e ch, 3^e sect., 5 oct. 2010, *RSC* 2011. 126, obs. F. Stasiak, CA Paris, pôle 5, ch. 12, 24 oct. 2012, n° 11/00404, *RSC* 2013. 381, obs. F. Stasiak.

3. Cass, ass. plén, 19 mai 1988, *RTD civ.* 1989. 89, obs. P. Jourdain, Capitain (H.), Terré (F.), Lequette (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, T. 2, Dalloz, 12^e éd. 2008, nos 211-215 : « le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé agit hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions ».

4. Cass, ass. plén, 25 févr. 2000, *Costedoat*, nos 97-17.387 et 97-20.152, *JCP* 2000. II. 10295, rap. Kessous, note Billiau, *D.* 2000. 673, note P. Brun : « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant ».

5. Cass, ass. plén, 14 déc. 2001, Cousin, no 00-82.066, *D.* 2002. 1230, note J. Julien : « le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fut-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci ».

dement de l'article 1384 alinéa 5 du même code. Mais encore aurait-il fallu que les préjudices qu'ils allèguent soient réparables au sens de l'article 3 du Code de procédure pénale¹ en lien direct avec l'infraction.

Compte tenu de la *jurisprudence post-Costedoat*, il semblerait qu'une faute lucrative commise par le préposé l'expose systématiquement à une action fondée sur sa responsabilité personnelle, puisque désormais, l'immunité civile du préposé est également exclue en cas d'infraction pénale ou de faute intentionnelle du préposé². L'assimilation de la faute lucrative à la faute intentionnelle le confirme.

La faute lucrative peut également être opposée à la victime, commettant, ce qui a pour effet de confisquer le profit illicite qu'elle a pu retirer du fait de son préposé.

209. **L'imputabilité de la faute lucrative à l'employeur-victime.** L'arrêt de la chambre criminelle du 19 mars 2014 solde avec doigté et réalisme l'*affaire Kerviel*³. En effet, la mise hors de cause de la Société Générale et de ses dirigeants dans cette affaire avait suscité l'indignation de la presse et de ses lecteurs. Toute la défense du trader reposait en effet sur la mise en cause du dirigeant social, qui connaissait et profitait indirectement des exactions de l'employé.

La Cour d'appel avait bien constaté l'existence et la persistance pendant plus d'un an, d'un défaut de contrôle hiérarchique de la banque et admis qu'une telle négligence avait contribué à la réalisation de la fraude et à la production du dommage. L'établissement bancaire fut d'ailleurs condamné à un blâme et à une amende de quatre millions d'euros, par la Commission bancaire (absorbée par l'Autorité de contrôle prudentiel)⁴ en raison des graves négligences commises par la hiérarchie du trader. Ces fautes ont reçu une qualification précise et ont constitué pas moins de sept violations du règlement de contrôle interne⁵. Il est notamment reproché « des carences graves du système de contrôle interne dépassant la répétition de simples défaillances individuelles [...] ayant rendu possible le développement de la fraude et ses graves conséquences financières ». Les responsables hiérarchiques auraient dû chercher des explications alors que les « résultats très favorables affichés par Jérôme Kerviel paraissaient difficilement explicables par les seules opérations qu'il était autorisé à effectuer »⁶.

1. T. corr. Paris, 11^e ch, 3^e sect., 5 oct. 2010, *RSC* 2011. 126, obs. F. Stasiak, CA Paris, pôle 5, ch. 12, 24 oct. 2012, n° 11/00404, *RSC* 2013. 381, obs. F. Stasiak : Précisons que dans l'*affaire Kerviel* l'action civile des salariés et des actionnaires en réparation du préjudice financier résultant de la dépréciation des titres a été déclarée irrecevable au motif qu'ils n'étaient pas la conséquence directe de l'infraction. En revanche l'action civile des salariés en réparation de leur préjudice moral découlant de la révélation des faits de l'affaire était recevable au motif que les salariés justifiaient de la réalité d'un préjudice moral personnel et direct.

2. Cass. civ. 2^e, 21 févr. 2008, no 06-21.182, *D.* 2008. 2125, note J.-P. Laydu, *JCP G* 2008. I. 186, no 5, obs. P. Stoffel-Munck : « n'engage pas sa responsabilité, à l'égard des tiers, le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par son commettant, hors le cas où le préjudice de la victime résulte d'une infraction pénale ou d'une faute intentionnelle ».

3. Cass. crim. 19 mars 2014, n° 12-87.416, *D.* 2014. 912, obs. T. Coustet, note J. Lasserre Capdeville, *RTD civ.* 2014.349, note P. Jourdain.

4. Commission bancaire, 3 juill. 2008, *Bulletin officiel du CECEI et Commission bancaire*, n° 5, juill. 2008, p. 16.

5. Règl. (CE) n° 97-02, 21 févr. 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

6. Commission bancaire, 3 juill. 2008, *op. cit.*

Pour autant, la Cour d'appel avait refusé qu'une telle faute de la victime réduise le montant de la réparation du dommage. Ce faisant, elle faisait application d'une jurisprudence constante selon laquelle en matière d'infractions intentionnelles contre les biens, la faute de la victime n'est pas exonératoire, « le délinquant ne pouvant être admis à tirer un profit quelconque de l'infraction »¹.

La chambre criminelle casse l'arrêt et rappelle que « lorsque plusieurs fautes ont concouru à la production du dommage, la responsabilité de leurs auteurs se trouve engagée dans une mesure dont l'appréciation appartient souverainement aux juges du fond ». Partant la Cour suprême reproche aux juges du fond d'avoir méconnu ce principe « alors qu'elle [la cour d'appel] relevait l'existence de fautes commises par la Société Générale, ayant concouru au développement de la fraude et à ses conséquences financières [...] ». Revirement de jurisprudence pour certains, revirement circonstancié pour d'autres, la chambre criminelle semble vouloir éviter que la banque ne s'enrichisse davantage à travers la réparation de son dommage. C'est à la cour d'appel de renvoi de procéder au partage de responsabilité civile entre la victime et la banque, eu égard à leurs fautes respectives, et peut être au regard du profit illicite tiré par l'une et l'autre dans cette affaire. Se conformant à la décision de la chambre criminelle, la cour d'appel de renvoi a jugé, que « les fautes multiples commises par la banque ont eu un rôle majeur et déterminant dans le processus causal à l'origine de la constitution du très important préjudice qui en a résulté pour elle »². Il s'ensuit une réduction drastique de son droit à indemnisation passant de 4,9 milliards d'euros à 1 million d'euros.

Dans le cadre de notre étude, deux conclusions doivent être tirées de cette jurisprudence. D'une part, elle nous enseigne que la faute lucrative peut également être imputée à la victime, ce qui aurait pour effet de la priver de toute ou partie de l'indemnisation. D'autre part, si la Cour de cassation admet la possibilité d'un partage de responsabilité entre l'auteur direct de la fraude et l'employeur qui ne l'a pas empêchée, cela implique deux nouvelles caractéristiques juridiques du profit. Le profit doit être personnel, fût-il indirect. En d'autres termes, il suffit qu'une personne se soit enrichie au travers la commission d'une faute lucrative d'autrui, et dont il ait eu connaissance, pour que sa part du profit soit confisquée. Ce faisant, le profit, en plus d'être illicite et quantifiable, doit être personnel en étant direct ou indirect.

En dehors de ce cas singulier, la faute lucrative imputée au responsable devrait entraîner une aggravation de sa dette de réparation, au même titre que la faute intentionnelle.

B. Conséquence sur la responsabilité de l'auteur

210. *La faute lucrative prétexte à une diversification des sanctions.* Dans une étude dédiée aux « principes originels du droit de la concurrence et du pa-

1. Cass. crim. 4 oct. 1990, n° 89-85.392, *Bull. crim.* n° 331, *JCPG* 1992. I. 3572, obs. G. Viney : « 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, le délinquant ne pouvant être admis à tirer un profit quelconque de l'infraction ».

2. CA Versailles, 9^e ch. Appels corr, 23 sept. 2016, n° 14/01570, *JCPG* 2016.1245, J.-H. Robert.

rasitisme », Madame Frison-Roche observe une certaine « pauvreté imaginative quant aux modes de sanction »¹ de la concurrence déloyale. Celle-ci étant cantonnée dans les fers de l'article 1240 nouveau du Code civil, la sanction de l'auteur est limitée par le principe de réparation intégrale, ce dernier interdisant la sanction qui excède les contours du dommage (1). Pour y remédier, l'auteur milite en faveur de l'intégration de la rationalité économique pour aller vers de nouvelles sanctions, indépendantes de la réparation (discrédits, publications...): « Il faut sortir du cercle vicieux de la réparation comme sanction »², proclame-t-elle.

Outre les sanctions attenantes à la dette de réparation, conséquence de la responsabilité civile, la faute lucrative requiert le prononcé de sanctions autres, indépendantes de la réparation. Une sanction visant le résultat dommageable et une sanction visant le résultat économique d'une faute lucrative. L'enjeu est de taille, puisqu'il en va de la réhabilitation d'une fonction oubliée de la responsabilité civile, la fonction normative (2).

1. *La responsabilité de l'auteur aggravée, expression insuffisante de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile*

211. *L'aggravation légale de la dette de réparation limitée par le principe de réparation intégrale, conséquence de la qualification de faute dolosive.* Pour l'heure, le seul effet légalement prévu sur la responsabilité civile de l'auteur d'une faute dolosive consiste à aggraver sa dette de réparation.

En droit des contrats, lorsque le manquement contractuel est commis intentionnellement, il aggrave la dette de réparation du débiteur défaillant à l'égard du créancier. En effet, selon l'article 1231-3 du Code civil (anc. art. 1150 C. civ.) « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive ». *A contrario*, la qualification de faute dolosive entraîne la perte du bénéfice de cette limitation de la réparation. D'une part, la réparation du dommage causé par une inexécution dolosive du contrat s'étend aux dommages imprévisibles au jour de la conclusion du contrat. D'autre part, les clauses limitatives de responsabilité éventuellement insérées au contrat pour circonscrire et ainsi prévoir la réparation d'un préjudice contractuel sont tenues en échec et sont inopposables au créancier³. De même, certains plafonds légaux de responsabilité sont tenus en échec en présence d'une faute dolosive⁴. On retrouve semblable effet aggravateur de respon-

1. Frison-Roche (M.-A), « Les principes originels du droit de la concurrence et du parasitisme », *RJDA* 1994, n° 6, p. 483-488, spéc. p. 485.

2. *Ibid.* spéc. p. 486.

3. Cass. Req, 5 juin 1920, préc. : première apparition de la faute lucrative en droit maritime. En l'espèce, un dommage est causé à une marchandise transportée par voie maritime dans des conditions météorologiques difficiles. L'armateur invoque la clause limitative de responsabilité. La Cour de cassation l'écarte au motif que l'armateur, en chargeant la marchandise sur le tillac du navire et non en pontée, comme prévue par le contrat, avait cherché à optimiser le transport et donc ses gains. L'armateur voit donc sa responsabilité aggravée du fait de sa faute lucrative.

4. Sur ce point, voir : Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 604, p. 718-719 : notamment dans les régimes spéciaux de responsabilité du transporteur.

sabilité dans certains régimes spéciaux de responsabilité contractuelle. C'est le cas du droit des transports, dans lequel la faute dolosive du transporteur l'oblige à réparer intégralement le dommage des passagers, mettant ainsi en échec les clauses limitatives de responsabilité¹.

Cette extension de la dette de réparation demeure toutefois soumise au principe de réparation intégrale puisqu'en vertu de l'article 1231-4 du code précité (anc. art. 1151 C. civ.) « Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution ».

L'aggravation de la dette de responsabilité liée à la qualification de faute dolosive ne permettrait donc pas de prendre en compte les profits illicites retirés de la violation efficace. Et quand bien même il y aurait une concordance entre le gain manqué de la victime et le gain illicite de l'auteur, cette concordance serait rarement parfaite, ce qui empêcherait la restitution intégrale des profits illicites par le truchement de la réparation du préjudice économique². Partant, en cas de violation d'une clause de non-concurrence, la pratique prétorienne consistant à attribuer la totalité du chiffre d'affaires de l'activité illicite à la victime est contraire au principe de réparation intégrale.

La qualification de faute qualifiée, faute intentionnelle ou faute dolosive, a donc pour effet d'aggraver la responsabilité de l'auteur de la faute. *En d'autres termes, la gravité de la faute peut influencer sur la dette de réparation de l'auteur en droit de la responsabilité contractuelle.* Toutefois, cette aggravation est contenue par le principe de réparation intégrale. L'assimilation de la faute lucrative à la faute dolosive ne permettrait donc pas de prendre en compte l'intégralité du profit illicite retiré par son auteur. Si la gravité de la faute peut influencer sur la dette de réparation de l'auteur en droit des contrats et dans certains régimes spéciaux de responsabilité, il en est autrement en droit de la responsabilité civile délictuelle.

212. L'aggravation de la dette de réparation dérogoratoire au principe de réparation intégrale, conséquence de la qualification de faute intentionnelle. À la différence du droit de la responsabilité civile contractuelle, en droit de la responsabilité civile délictuelle, l'intention n'a en principe pas d'incidence sur la responsabilité de l'auteur, au stade de l'obligation à la dette. Précisons que l'enrichissement de l'auteur pourrait être sanctionné au stade de la contribution à la dette, en cas de condamnation *in solidum* de plusieurs auteurs d'une faute lucrative causant un même dommage. L'enrichissement illicite des uns et des autres pourrait être un critère pris en compte par le juge dans la répartition des charges de la réparation incombant à chaque coauteur, dans le cadre d'un recours entre coauteurs³. Mais si le profit illicite est supérieur à la part de réparation de chaque coobligé, cela ne suffira pas à ôter à la faute son caractère lucratif.

1. Art. 25 de la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929, convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international : « 1. Le transporteur n'aura pas le droit de se prévaloir des dispositions de la présente Convention qui excluent ou limitent sa responsabilité, si le dommage provient de *son dol ou d'une faute qui, d'après la loi du tribunal saisi, est considérée comme équivalente au dol*. 2. Ce droit lui sera également refusé si le dommage a été causé dans les mêmes conditions par un de ses préposés agissant dans l'exercice de ses fonctions ».

2. Voir *supra* n° 121 et s.

3. Le recours entre coauteurs a vocation à répartir la charge de la réparation intégrale sur chaque

Faute délictuelle et faute quasi-délictuelle font donc peser sur leur auteur la même obligation d'indemnisation, conformément aux articles 1240 et 1241 du Code civil. C'est la conséquence du principe de réparation intégrale des dommages¹. Pourtant, la jurisprudence offre des exemples dans lesquels la gravité de la faute peut exercer une influence sur la dette de réparation à deux égards. Cette pratique est d'usage dans deux contentieux de faute lucrative, les dommages de la presse et la concurrence déloyale.

Tout d'abord, il arrive que la faute intentionnelle soit sévèrement sanctionnée par les juges du fond au moyen d'une condamnation à des dommages et intérêts exemplaires. Cette violation du principe de réparation intégrale était motivée précisément par la volonté des juges de punir l'intention lucrative. Il en résultait donc une condamnation pécuniaire renforcée particulièrement dans le contentieux des atteintes à la vie privée par voie de presse². Néanmoins, cette jurisprudence, encouragée notamment par un avocat général engagé, Monsieur Lindon, est restée marginale, car susceptible d'être censurée par la juridiction suprême pour violation du principe de réparation intégrale³.

Cette application dérogatoire de l'article 1382 du Code civil alors en vigueur, s'observe également en droit de la concurrence déloyale, mais reste très marginale, car fondamentalement contraire à la conception de la faute de concurrence déloyale. En effet, si la mauvaise foi ou l'intention de nuire du concurrent déloyal fut longtemps exigée par la jurisprudence pour établir la concurrence déloyale, force est de constater que ce n'est plus le cas aujourd'hui. La concurrence déloyale est désormais alignée sur la concurrence illicite, laquelle peut être constituée par une simple faute de négligence ou d'imprudence. Cet abandon de l'élément intentionnel fut entériné par une décision devenue jurisprudence constante⁴ et régulièrement rappelée. Il en résulte qu'un acte de concurrence déloyale peut constituer une faute d'imprudence, un quasi-délit, ce qui impose désormais aux concurrents de se montrer particulièrement prudents en « individualisant ses produits » par exemple pour éviter de se livrer à des actes de confusion par inadvertance. Partant, que l'acte de concurrence déloyale soit commis intentionnellement ou par imprudence, la sanction est la même, l'obligation pour l'auteur de réparer le(s) préjudice(s) causé(s) par l'acte déloyal. Néanmoins, on a pu observer des juges du fond allouer les bénéfices réalisés

coresponsable en fonction de leurs fautes, en cas de condamnation *in solidum*. La gravité de la faute est donc décisive au stade de la contribution à la dette. En effet, en cas de condamnation *in solidum* des coauteurs d'un même dommage, le responsable poursuivi peut appeler en garantie en cours d'instance le coauteur ou exercer contre ce dernier une action récursoire après condamnation et paiement. Le juge apprécie alors la part qui revient à chaque coobligé, en fonction de leurs fautes respectives, ou en parts viriles. En cela « la jurisprudence a tendance à considérer les recours en contribution comme moyens de sanction des comportements fautifs » pour reprendre l'expression de Madame Bacache : Bacache-Gibeili (M.), *Les obligations, la responsabilité civile extra-contractuelle*, op. cit., n° 553, p. 653.

1. Voir *supra* n° 115-116.

2. Lindon (R.), note sous arrêt CA Paris 26 avril 1983, *D.* 1983, J, p. 376 : l'auteur explique que « les directeurs de ces journaux téléphonent à leur avocat pour lui demander ce que leur coûtera la publication de telle information d'allure scandaleux ou de telle photographie indécente, et s'assurent ainsi généralement que la modeste ponction dont sera l'objet leur trésorerie demeure très en deçà du profit que leur vaudra l'augmentation du tirage ».

3. Hassler (T.), « Les droits de la personnalité et la presse à sensation en jurisprudence », *LPA* 2.03.2010, n° 43, p. 5.

4. Cass. com. 6 mai 1991, n° 89-16.048, *PIBD* 1991, III, p. 699.

par le concurrent déloyal ou le parasite au titre des dommages et intérêts¹ en cas de faute intentionnelle². Dérogatoire au droit commun de la responsabilité, cette restitution des bénéfices réalisés à la victime permet d'éviter que la faute de concurrence déloyale ne soit lucrative pour son auteur.

En dépit de son efficacité certaine, cette mesure demeure clandestine et doit le rester.

213. **La dérogation au principe de réparation intégrale n'est pas une solution.** Aussi cardinal soit-il, ce principe de réparation intégrale semble pourtant avoir été écarté du bloc de constitutionnalité dans la mesure où « législateur et particuliers ont la possibilité d'aménager l'étendue de la réparation pouvant être accordée à la victime »³, fait observer Madame Coutant-Lapalus.

Il n'en demeure pas moins fondé sur le principe constitutionnel d'égalité, tiré des articles 6 (égalité devant la loi) et 13 (égalité devant les charges publiques) de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*⁴. Monsieur Canivet déduit de cette combinaison « que des dérogations au régime de droit commun de la responsabilité prévoyant l'obligation intégrale de l'auteur du dommage sont possibles, à la condition qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général et ne conduisent pas à des exonérations totales sans égard pour la gravité de la faute »⁵. Un aménagement du principe de réparation intégrale est donc légalement possible s'il est motivé par un objectif d'intérêt général.

Ces aménagements s'inscrivent nécessairement dans des régimes spéciaux de responsabilité civile. Ce peut être le cas lorsque la compensation effective du dommage est rendue impossible par l'ampleur et la gravité du dommage. Ainsi, en matière d'accidents du travail, la faute inexcusable alourdit la dette de réparation de l'employeur à l'égard du salarié victime en ce qu'elle oblige l'employeur à verser un « supplément de prestation » à la victime⁶. L'aggravation de la dette de réparation peut donc être justifiée par un souci d'indemnisation, d'équité.

Cependant, dans le cas d'une faute lucrative, comme l'avait énoncé très justement Monsieur Azzi, « ce n'est pas parce que l'auteur du délit fait des profits importants que la victime souffre plus »⁷. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'une faute est lucrative que le dommage des victimes est plus grand. *A priori*,

1. Cass. com., 1^{er} avr. 1997, n° 94-22.129, *JCPE* 1997, pan. 558, *D.* 1997, *Bull. civ.* 1997, IV, n° 87.

2. Le Tourneau (P.), *op. cit.*, n° 2214.36, cette pratique est d'ailleurs encouragée par Monsieur Le Tourneau, qui invite à aller encore « plus loin » en cas de faute lucrative. Selon l'auteur, « la concurrence déloyale et le parasitisme sont des domaines dans lesquels le recours aux dommages et intérêts punitifs serait particulièrement intéressant, pour déjouer les calculs économiques des intervenants du marché indéclicats, n'hésitant pas à commettre de tels actes en estimant qu'une éventuelle condamnation sera moins importante que les profits qu'ils peuvent générer ».

3. Coutant-Lapalus (C.), *Le principe de réparation intégrale au droit privé*, PUAM, 2002, n° 117-118.

4. Canivet (G.), « Les fondements constitutionnels du droit de la réparation civile », in *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 213, spéc. n° 25, p. 222 : « Ce n'est donc pas le principe fondateur de la responsabilité qui est constitutionnellement protégé mais le principe d'égalité appliqué au droit d'être indemnisé de son dommage, principe qui protège la victime contre toute discrimination dans la mise en œuvre du droit à réparation ».

5. Canivet (G.), *op. cit.*, n° 41, p. 227.

6. Article L. 453-1 du C. Sécu. Soc. oblige l'employeur à verser un supplément de prestation au profit de la victime et lui ouvre droit ainsi qu'à ses ayants-droit d'obtenir indemnisation des préjudices moraux non réparés par les prestations sociales auprès de l'employeur, dette non couverte par une assurance de responsabilité.

7. Azzi (T.), *op. cit.*, spéc. n° 35.

la dérogation au principe de réparation intégrale n'aurait aucun effet sur la compensation du dommage, elle permettrait seulement de retirer les gains illicites des mains de l'auteur. On pourrait alors se demander si la lutte contre l'enrichissement illégal ou la confiscation des profits tirés de toute faute pourraient constituer un enjeu d'intérêt général justifiant la dérogation au principe de réparation intégrale. Assurément, la confiscation des profits illicites est un enjeu d'intérêt général, puisque nous avons montré qu'un profit illicite constitue un indu dans le marché. Mais de la même manière, l'enrichissement illégitime d'une victime constituerait un indu dans le marché¹. Aussi, l'objectif d'efficacité de l'ordre public de marché ne prescrirait sans doute pas d'améliorer la réparation des préjudices de la victime d'une faute lucrative par la restitution systématique des profits illicites à celle-ci.

Par conséquent, nous pensons que l'aggravation de la responsabilité civile de l'auteur d'une faute lucrative ne doit pas se concentrer sur l'aspect indemnitaire de la responsabilité civile, mais au contraire s'étendre à son volet normatif.

2. *Pour le prononcé d'une sanction normative, l'indispensable expression de la fonction normative pour traiter la faute lucrative*

214. *La sanction du résultat dommageable, la cessation de l'illicite.* Le premier objectif de la sanction d'une faute lucrative est de faire cesser l'activité lucrative et potentiellement dommageable.

Comme nous l'avons expliqué, la cessation de l'illicite vise à corriger une inconduite pour rétablir la légalité, remettre une pratique en conformité avec la loi². Parce qu'elle s'attaque à l'illicite, nous l'avons qualifiée de « sanction corrective ». Son but premier est de rétablir l'ordre, son but second d'empêcher la réalisation d'un dommage. De surcroît, la cessation de l'illicite est le seul moyen d'entraver l'enrichissement illicite d'un opérateur économique et d'y mettre fin. Cette mesure corrective ou normative s'avère être un puissant instrument de régulation des relations économiques. Elle devrait donc être prononcée sur le seul constat de l'illicite, la faute, indépendamment du dommage, d'autant que la faute lucrative ne peut générer qu'un risque de dommage non réparable.

En outre, ce type de sanction se développe considérablement sous l'influence des exigences européennes et notamment à travers les droits économiques. Qu'il s'agisse d'une clause contractuelle illicite ou d'un délit civil, l'omniprésence de cette mesure nous invite à en faire une mesure universelle.

215. *La sanction du résultat économique, la « confiscation ».* Par ailleurs, face à une faute lucrative, toutes les solutions inventées par le législateur ou par le juge, recensées en droit de la responsabilité civile, convergent vers le même objectif, retirer le profit illicite de la faute des mains de son auteur. C'est précisément le sens de la confiscation³. Ce faisant, le délinquant économique cesse de jouir des fruits de sa faute.

1. Voir *infra*, n° 250.

2. Voir *supra*, n° 138.

3. CNRTL, Voir « Confisquer » (du latin, *de cum et fiscus*), littéralement « faire entrer dans le trésor

Or, il est plusieurs moyens de confisquer les profits illicites. On recense l'amende civile ou de la répétition de l'indu prononcée à l'encontre de l'auteur d'une pratique commerciale déloyale¹, les dommages et intérêts extra-compensatoires institués en droit de la propriété intellectuelle en matière de contrefaçon², ou encore les dommages et intérêts exemplaires pratiqués de manière clandestine en matière de concurrence déloyale et d'atteinte à la vie privée. Il existe donc divers moyens de confisquer le profit illicite, sanction contractuelle, sanction réparatrice, sanction civile répressive. Or, de la nature de la sanction, il découle le régime, soit le droit d'agir et l'affectation des recettes.

Par conséquent, à ce stade de la démonstration, il s'agira seulement d'affirmer la nécessité d'une mesure de confiscation en présence d'une faute lucrative civile qui peut être prononcée indépendamment des dommages et intérêts, notamment si le dommage est non réalisé et donc non réparable. Le choix de la mesure de confiscation et ses modalités d'application seront discutés au titre du choix de la sanction adéquate³.

Pour l'heure, concluons qu'outre les sanctions attenantes à la dette de réparation, conséquence de la responsabilité civile, la faute lucrative entraînerait systématiquement le prononcé d'une mesure de cessation de l'illicite et une mesure de confiscation des profits illicites⁴. Contrairement aux premières, les secondes mesures se détachent de la mesure de réparation. Parce qu'elles ont pour objectif de sanctionner une inconduite et de normer les comportements, ces sanctions relèvent d'une autre fonction de la responsabilité civile longtemps oubliée, mais non moins éminente, la fonction normative.

216. La sanction indépendante de la réparation, expression de la fonction normative. À l'origine, le droit de la responsabilité civile poursuivait deux fonctions, une fonction indemnitaire et une fonction normative. Selon les Professeurs Starck, Roland et Boyer, « une théorie de la responsabilité civile ayant pour seul objectif la garantie c'est-à-dire la réparation, est incomplète, il est indispensable d'y intégrer la fonction de prévention et de peine »⁵. Madame Viney ajoute que la fonction normative de la responsabilité civile se manifeste « sous la forme d'une incitation à éviter les comportements socialement nuisibles »⁶. C'est bien l'effet recherché par un régime de la faute lucrative, la dissuasion.

Cette idée de sanction purement normative a été développée par Madame Grare-Didier dans une thèse reconnue⁷. Selon l'auteure, la cohérence du droit de la responsabilité civile délictuelle se verrait rétablie à condition de distin-

impérial ». Saisir. « Confiscation » : « Enlever, par acte d'autorité ayant un caractère officiel de sanction, un bien à son propriétaire et l'attribuer au fisc ou à des particuliers qui en ont les droits ».

1. Art. L. 442-6, III C. com.

2. Art. L. 615-7 C. P. I.

3. Voir *infra*, n° 240 et s.

4. Le Tourneau (P.) (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, spéc. n° 221.17 : à propos des fautes lucratives, l'auteur se prononce en faveur de sanctions visant le surprofit, qu'il résulte d'une faute délictuelle ou d'un manquement contractuel au devoir de bonne foi.

5. Stark (B.), Roland (H.), (Boyer (L.), *Droit civil, Les obligations*, tome 1, *Responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, spéc. n° 1076.

6. Viney (G.), *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd. 2008, spéc. n° 39, p. 86.

7. Grare (C.), *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005.

guer la fonction indemnitare et la fonction normative. De cette dualité de fonction, il devrait en découler deux actions selon la logique suivante, une action par fonction, une action par fondement (chacune de ces actions répondant à une fonction et reposant sur un fondement propre). L'action en réparation-compensation fondée sur le préjudice poursuivrait la fonction indemnitare de la responsabilité civile, tandis que l'action en réparation-expiation fondée sur la faute subjective (fait générateur de la responsabilité du fait personnel) serait en charge de la fonction normative. En d'autres termes, l'auteur souligne une distinction entre la réparation et la sanction, en droit de la responsabilité civile. Par sa démonstration, Madame Grare-Didier a véritablement réhabilité la fonction normative de la responsabilité civile et ce faisant la notion de sanction normative¹. Et parmi ces sanctions normatives, elle distingue les « mesures pécuniaires » telle que la confiscation des profits illicites, des « mesures non pécuniaires » telles que la cessation de l'illicite² ou les interdictions professionnelles, mesure de publicité, etc.

Conclusion section II. L'analyse de l'élément intentionnel d'une faute lucrative en droit de la responsabilité civile a révélé deux enseignements. Tout d'abord, cette composante permet de classer la faute lucrative parmi les fautes intentionnelles ou dolosives. À ce titre, l'intention de la faute lucrative est de nature à aggraver la responsabilité civile de son auteur et se répercute non seulement sur l'imputabilité de la faute, mais aussi sur la dette de réparation. Toutefois, la spécificité de cette intention accuse la pertinence de nouvelles sanctions, dites normatives, visant à sanctionner la faute en tant que telle, indépendamment de la réparation du dommage causé par la faute lucrative.

PROPOSITION DE THÈSE³ :

Pour une consécration par le juge civil ou commercial, au visa de l'article 1231-3 nouveau ou de l'article 1240 nouveau du Code civil, de la définition de faute lucrative suivante, « Est qualifiée de faute lucrative, toute faute commise délibérément en vue d'un enrichissement illicite et au préjudice d'autrui ».

En droit de la responsabilité civile (délictuelle et contractuelle), cette nouvelle faute entraîne le prononcé d'une sanction « confiscatoire » du profit illicite (non assurable) ainsi que le prononcé d'une mesure de cessation de l'illicite.

1. *Ibid.* n° 367 : « l'action en réparation ne peut aujourd'hui remplir seule les deux fonctions de la responsabilité civile [normative et indemnitare], il convient donc de la dédoubler ». Voir aussi, *ibid.* n° 370, p. 282 : « la cohérence du système juridique, le fondement de la responsabilité n'est plus unique mais double. A cette dualité doit répondre une dualité d'effets qui doit se traduire par une dualité d'actions ».

2. *Ibid.* n° 497.

3. Cette proposition a été faite avant la publication de l'*avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile* et demeure effective tant que le projet de réforme du droit de la responsabilité civile n'est pas adopté.

En outre, l'intérêt d'une consécration prétorienne de la faute lucrative réside dans sa reconnaissance en dehors du champ d'application prévu par l'article 1266-1 du projet de réforme. Voir *infra* n° 455.

CONCLUSION DU TITRE III

L'analyse de l'élément moral d'une faute lucrative a mis en évidence sa singularité.

Cette intention lucrative se compose toujours de la conscience de l'interdit – en cela il s'agit d'une faute au moins délibérée¹ – et de la recherche d'un profit illicite. Pour célébrer l'unité de la notion de faute lucrative, nous avons proposé de consacrer la faute lucrative en droit positif.

En droit répressif, cette intégration prend la forme d'une circonstance aggravante nommée « dol lucratif » qui s'impute à toute infraction dès lors que sont constatés les éléments du *dol lucratif*. Proportionnée au résultat de l'infraction lucrative (résultat économique et résultat dommageable), cette circonstance aggravante aura pour effet de renforcer et d'ajuster respectivement la sanction pécuniaire et la sanction personnelle du délinquant économique.

En droit de la responsabilité civile, une consécration prétorienne suffirait, sous la bannière de la faute intentionnelle, faute qualifiée dont elle se rapproche le plus. À ce titre, la faute lucrative sera assortie d'un régime de responsabilité renforcé. Ce dernier se composera d'une dette de réparation aggravée et d'une sanction normative en adéquation avec son résultat, confiscation des profits illicites et cessation de l'illicite.

1. Caractéristique qui transcende la distinction faute intentionnelle et faute non intentionnelle.



CONCLUSION DE LA PARTIE I

Dans cette première partie, nous nous sommes attelés à définir la notion de « faute lucrative ». L'analyse de chacune des composantes et constantes de la faute lucrative nous a permis d'identifier les « failles » du Droit qui alimentent les calculs coût-avantage préalables à la commission d'une faute lucrative.

L'étude de son élément légal, l'ordre public de marché, a permis de comprendre l'expansion du phénomène de faute lucrative. L'avènement d'une économie de marché qui entérine le calcul coût-avantage est propice au développement des fautes lucratives. En outre, de la dualité procédurale de l'ordre public de marché, nous en avons déduit une dichotomie « procédurale » des fautes lucratives, qui se répercutera sur son régime. En effet, selon que l'élément légal d'une faute lucrative prévoit ou non une sanction publique, la confiscation du surprofit procédera d'un contentieux public ou d'un contentieux privé autonome. Il en résultera deux types d'action confiscatoire, publique ou privée et deux types de sanctions confiscatoires. Enfin, au terme de ce premier temps d'analyse, nous avons recensé et classé les fautes lucratives qui illustreront nos propos, en fonction de la nature de la sanction prévue dans leurs éléments légaux.

Par ailleurs, l'étude des autres composantes, à savoir son résultat économique et dommageable (élément matériel) et son intention dite « lucrative » (élément intentionnel) ont mis en lumière des lacunes du Droit qui expliquent la prolifération des fautes lucratives, système d'amende plafonnée, *quanta* des amendes non dissuasifs en droit pénal, absence de quantification systématique du surprofit et ineffectivité de l'amende civile proportionnelle en droit économique, absence de sanction de la faute indépendante de la réparation du dommage et absence de coût du risque de dommage en droit de la responsabilité civile. Ces lacunes peuvent être corrigées à condition de prendre en compte les caractéristiques de la faute lucrative dans son régime.

Seule la consécration de la faute lucrative en droit positif permettra d'ajuster son régime à ses caractéristiques. Qu'elle constitue une circonstance aggravante, le « dol lucratif » en droit répressif ou une nouvelle faute intentionnelle, la « faute lucrative », la notion de faute lucrative se définit à la lumière de son élément légal « l'ordre public », de son résultat « un résultat économique et dommageable » et de son élément moral « une intention lucrative ».

Il en résulte la définition suivante, « *Est qualifiée de faute lucrative toute faute commise délibérément en vue d'un enrichissement illicite et au préjudice d'autrui* ».

PARTIE II

Un régime dissuasif

217. *L'objectif de dissuasion du régime de la faute lucrative.* L'objectif qu'il conviendra d'assigner au régime de la faute lucrative est ni plus ni moins la désactivation du calcul coût-avantage. Ce qui revient à dissuader le délinquant économique de commettre une faute lucrative. Dans son sens commun, dissuader signifie « détourner quelqu'un d'une résolution, le faire renoncer ». Selon l'expression très évocatrice d'auteurs concurrentialistes, « la dissuasion œuvre pleinement lorsque l'agent a tout à perdre et rien à gagner »¹.

Pour ce faire, le droit devra à son tour instrumentaliser la stratégie de calcul d'une faute lucrative. Or, pour vaincre une stratégie de calcul, il suffit d'employer les mêmes paramètres que ceux du calcul, tout en inversant le rapport, la sanction devra donc être supérieure au surprofit et d'une probabilité suffisamment forte pour que son coût global soit dissuasif². Aussi, dessiner le régime de la faute lucrative revient-il à déterminer ce « coût dissuasif » au regard des données du calcul. Et pour parvenir à ce « coût dissuasif », il nous faudra déterminer les sanctions dissuasives d'une faute lucrative, au regard de leur nature et de leur *quantum* (Titre I) puis les conditions de leur mise en œuvre et de leur prononcé (Titre II).

Dans un premier temps, déterminer les sanctions d'une faute lucrative revient à en fixer les conditions d'efficacité. Or, est efficace « ce qui produit l'effet attendu »³, soit dissuader, détourner l'agent économique de la faute en raison de son coût. Les enseignements de la théorie économique nous seront précieux

1. Giacobbo-Peyronnel (V.), Singler (P.), *Quelques réflexions et interrogations au sujet de l'effet dissuasif des amendes en droit communautaire de la concurrence*, *Rev Concurrences* 4/2009, p. p74-89, spé.n° 22

2. Une auteure civiliste avait également identifié les deux paramètres du calcul coût avantage opéré par l'auteur d'une faute lucrative, madame Grare-Didier distinguait alors les fautes lucratives reposant sur un calcul de rentabilité (par rapport au coût de la réparation) des fautes lucratives reposant sur un calcul de probabilité, selon ses propos, « la faute n'engendrant un dommage qu'une fois sur X, la commettre de façon systématique devient rentable ». Voir, Grare-Didier (C.), *op. cit.*, n° 507, p. 380

3. Lalande (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Coll. Quadrige, 2006, V° « Efficace ».

pour ce premier volet de « chiffrage » du coût¹. En effet, la théorie de la sanction optimale élaborée par Gary Becker nous apprendra que pour déjouer un tel calcul, le coût de la sanction pécuniaire est égal au surprofit multiplié par l'inverse de la probabilité de sanction. Nous essaierons de transposer cette logique arithmétique de la dissuasion aux sanctions instrumentalisées par le calcul. Les sanctions monétaires publiques (amende) et privées (confiscation, restitution, etc.) seront donc revisitées à la lumière de ce modèle de la dissuasion, aussi bien en termes de modalités de calcul que de garanties. Il ne faudra pas pour autant se cantonner aux sanctions confiscatoires portant une atteinte directe au patrimoine des délinquants économiques. Nous montrerons que des sanctions non monétaires peuvent également grever ce « coût » dès lors qu'elles ont pour effet de paralyser ou stigmatiser l'auteur d'une faute lucrative. Privé de moyens de s'enrichir et affublé d'une notoriété affaiblie, un agent économique serait condamné à l'exil économique, ce qui représente un « coût » non chiffrable, mais non moins dissuasif.

Dans un second temps, nous identifierons les conditions d'une mise en œuvre effective afin d'en garantir une application réelle², conditions sans lesquelles, une sanction bien que « coûteuse » serait vidée de toute force dissuasive. Or, l'étude de la probabilité de sanction de la faute lucrative révélera les forces et faiblesses des deux acteurs de la sanction, la victime et l'autorité de poursuite. Les conditions d'effectivité de l'action publique confiscatoire et de l'action privée confiscatoire se poseront parfois en termes distincts, parfois en termes communs. Nous proposerons donc des moyens de sauvegarder une probabilité de la sanction suffisante, pour atteindre l'objectif de dissuasion du régime de la faute lucrative.

1. Le modèle économique de la dissuasion élaboré par Gary Becker est devenu un acquis doctrinal puisqu'il est cité dans des rapports officiels en droit économique, Conseil de l'analyse économique, *La protection du consommateur, rationalité limitée et régulation*, la documentation française, 2012, spéc. p. 39 et s., *Rapport Folz*, *op. cit.*, p. 8 et s.

2. Royer (G.), *op. cit.*, n° 17, p. 28, l'effectivité renvoie « à l'aptitude d'une règle à être appliquée », CNRTL V° effectif, « qui produit un effet réel ».

TITRE I

Les sanctions de la faute lucrative

218. **Définition de la « sanction » d'une faute lucrative.** Cette première donnée du régime de la faute lucrative mérite quelques éclaircissements de définition.

Si la sanction a pu être qualifiée « d'inconnue du Droit »¹ faute de définition légale ou jurisprudentielle, elle fait désormais l'objet d'une définition récemment plébiscitée par la doctrine. La sanction juridique doit s'entendre comme « toute réaction du droit à une violation de la règle juridique »². Cette « réaction du droit à une violation de la règle juridique », Monsieur Jestaz la qualifie de « tarif »³. Une telle expression a le mérite de souligner la cible de la sanction, la faute. Par conséquent, la sanction d'une faute lucrative devra s'interpréter comme le tarif ou la contrainte de droit⁴, c'est-à-dire prévue et organisée par le droit » dirigée contre le délinquant économique.

Or, une telle réaction du droit peut prendre différentes formes selon la qualification de la faute et l'initiateur du processus coercitif. Nous avons montré en première partie que la faute lucrative pouvait consister en une infraction ou en un délit civil⁵. L'auteur d'une faute lucrative encourt soit une peine soit une sanction civile, selon que la sanction est mise en œuvre par l'autorité de poursuite ou par la victime. La distinction des fautes lucratives dégagée dans la première partie prendra ici tout son sens. Ainsi, tout au long de cette étude, nous mettrons en évidence la différence entre les sanctions d'une faute lucrative selon qu'elles sont mises en œuvre au terme d'une action privée ou d'une action publique.

1. Jestaz (P.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chr, p. 197-204.

2. Chainais (C.), Fenouillet (D.), « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique », in « Les sanctions en droit contemporain », vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, Mission Droit et Justice, 2012, spéc. n° 13.

3. Jestaz (P.), *op. cit.*, p. 197 : selon l'auteur, la sanction recouvre trois réalités : « la consécration de la règle de droit par l'ordre juridique, le tarif ou les conséquences précises attachées à la règle et la mise autoritaire de ces conséquences ou contrainte ». Sur le tarif : voir p. 200 et s. : l'auteur explique que le « tarif » est le meilleur indice de juridicité d'une règle juridique.

4. Jestaz (P.), *op. cit.*, spéc. p. 197. Sur la contrainte, voir : p. 199 et s., voir aussi : Carbonnier (J.), *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2^e éd. 2004, p. 323 et s.

5. Voir *supra*, n° 75 et s.

En dépit de cette dualité de sanction, toutes devront poursuivre un même objectif, dissuader le calcul bénéfice-risque.

219. *L'objectif d'efficacité de la sanction d'une faute lucrative.* Il est intéressant de remarquer que l'objectif d'efficacité d'une sanction est tout d'abord conforté par l'approche épistémologique de la notion. Du latin, *sanctio, sancire*, « rendre irrévocable, rendre effectif » une règle, la sanction n'est autre qu'une « garantie » d'efficacité de la règle¹.

Or, l'efficacité se définit quant à elle par la propension à « produire l'effet attendu »². En analyse économique, l'efficacité est l'un des trois critères d'évaluation d'une règle de droit. Est donc efficace, la sanction qui permet d'atteindre l'objectif assigné à la règle de droit. Comme l'explique Madame Fabre-Magnan, « l'analyse économique du droit a été développée dans un but d'efficacité des règles de droit. Elle permet d'étudier comment la règle de droit oriente le comportement des individus et dans quelle mesure elle atteint ses objectifs sans être détournée par ces mêmes individus »³. *Dans le régime de la faute lucrative, le but à atteindre de la sanction est double, non seulement elle doit permettre de confisquer l'entier surprofit issu de la faute lucrative, mais elle doit également représenter un coût dissuasif pour son auteur.*

Nous montrerons que ce coût dissuasif suppose tout d'abord le prononcé d'une sanction monétaire proportionnelle au surprofit. Une telle sanction représente un coût chiffrable, permettant à l'agent de quantifier le risque pris. Mais, parce qu'une sanction monétaire peut se répercuter sur des tiers, une sanction non monétaire devra aussi être prononcée à l'encontre de l'agent économique. Non chiffrable et personnellement subi, le coût induit par une telle sanction offre des perspectives de dissuasion qui mériteront d'être sondées. Enfin, nous verrons comment l'objectif assigné à la sanction d'une faute lucrative s'articule avec les garanties fondamentales.

Pour satisfaire cet objectif de dissuasion de la sanction, il conviendra de s'interroger d'une part sur la nature de la sanction dissuasive (Chapitre I) et d'autre part sur les garanties assortissant la sanction dissuasive (Chapitre II).

1. Lalande (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Coll. Quadrige, 2006, V° « sanction ».

2. Lalande (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., V° « Efficace ».

3. Fabre-Magnan (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n° 60.

CHAPITRE I

Nature des sanctions de la faute lucrative

220. *La complémentarité des sanctions monétaire et non monétaire.* La sanction monétaire proportionnelle au profit illicite est un remède indispensable à la dissuasion. Elle a pour effet de grever le « coût » dans le calcul coût avantage auquel se livre tout agent économique avant de commettre une faute lucrative (Section I). Mais un tel remède ne saurait se suffire à lui-même.

Nous tenterons de démontrer qu'une sanction non monétaire, proportionnelle au résultat dommageable, peut également produire un effet dissuasif dès lors qu'elle le priverait de certains moyens d'enrichissement. Le caractère non chiffrable d'une sanction non monétaire présente donc un intérêt supplémentaire, par rapport aux sanctions monétaires. *Instiller une dose d'incertitude, d'obscurité dans un calcul rationnel alimenterait davantage la spéculation sur le risque plutôt que sur le bénéfice, ce qui pourrait décupler l'effet dissuasif d'une sanction non monétaire* (Section II).

SECTION I : UNE SANCTION MONÉTAIRE « CONFISCATOIRE » PROPORTIONNELLE AU RÉSULTAT ÉCONOMIQUE

221. *Une sanction monétaire confiscatoire.* Commençons par augmenter le risque chiffrable d'une faute lucrative. La sanction monétaire est donc la première pierre à poser de notre régime dissuasif. En effet, la sanction monétaire représente un « coût » direct pour l'agent qui peut être anticipé par ce dernier.

Or, il ressort de la doctrine pénale classique et de la théorie économique contemporaine que la sanction monétaire est dissuasive lorsqu'elle est proportionnelle au profit illicite et donc nécessairement confiscatoire. Nous essaierons donc de transposer le modèle arithmétique de la sanction monétaire dissuasive aux sanctions monétaires encourues par les auteurs de fautes lucratives. En effet, si ces travaux ont porté essentiellement sur la sanction pénale, la dissuasion étant la fonction économique de la peine, il conviendra d'étendre leur portée au-delà de la sphère pénale *stricto sensu*.

Parce que la faute lucrative peut aussi bien être une infraction qu'un délit civil, nous tenterons de déterminer les modalités de la sanction monétaire confis-

catoire publique qui sera mise en œuvre par une autorité publique (§ 1) et celles d'une sanction monétaire privée qui sera mise en œuvre par la victime (§ 2).

§ 1 - LA SANCTION MONÉTAIRE CONFISCATOIRE PUBLIQUE

222. **Les sanctions monétaires publiques possibles.** On recense deux types de sanctions monétaires publiques dans le système répressif, l'amende (ou sanction pécuniaire) et la confiscation, toutes deux encourues tant par les personnes morales que physiques.

L'amende se définit traditionnellement comme l'obligation pour un condamné de payer une somme d'argent au Trésor public. Courante en matière de délinquance économique (et encourue tant en droit pénal qu'en droit de la concurrence), l'amende présente en effet l'avantage d'être facile et peu coûteuse à mettre en œuvre¹ et fructueuse pour le Trésor public. Néanmoins, sa qualification de peine la contraint au respect des droits fondamentaux (principe de légalité, proportionnalité et *non bis in idem*).

À l'inverse, la confiscation, étant une mesure de sûreté, elle bénéficie d'un régime plus souple et malléable. En effet, en droit pénal, cette sanction voit ses modalités d'exécution varier en fonction de l'infraction. L'article 131-22 du Code pénal prévoit même que le produit (direct ou indirect) de l'infraction puisse constituer l'objet de la confiscation. Et si ce produit venait à disparaître, ce qui est fréquent en matière de délinquance économique, l'article 131-31 alinéa 8 du code précité permet de l'exécuter en valeur (et non en nature).

A priori ces deux sanctions monétaires publiques permettraient la confiscation du surprofit d'une faute lucrative, dès lors que leur assiette porte précisément sur le surprofit. Néanmoins, la théorie économique nous enseignera que l'objectif de dissuasion ne peut être satisfait par la simple confiscation du surprofit lorsque la probabilité de celle-ci est inférieure à 100 %. Il faut donc que le *quantum* de la sanction monétaire dépasse le montant du surprofit.

Après avoir posé les bases du modèle de la « sanction optimale » issue de la théorie économique (A), il conviendra d'en déduire les modalités *de lege feranda* de la sanction monétaire dissuasive (B).

A. Le modèle de la peine confiscatoire dissuasive

Annnonce. La doctrine pénale classique et la doctrine économique contemporaine s'accordent sur l'objectif de dissuasion d'une peine. Pour l'une et l'autre, toute peine doit avoir pour but d'empêcher le crime, de détourner le délinquant de la voie du crime.

Les prémisses de la *peine dissuasive* ont été posées au XVIII^e siècle par les tenants de la doctrine pénale classique (1). Puis, un représentant de la doctrine économique contemporaine s'est intéressé à l'analyse économique du crime. Ses

1. Sur l'incarcération : Ducouloux-Favard (Cl.), « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *LPA* 2004, n° 54, p. 3 : L'auteur explique que l'« amende présente des avantages que ne possède par l'incarcération », tels que la proportionnalité au profit illicite comme en matière de délit de recel, ou en matière de publicité trompeuse.

travaux l'ont conduit à l'élaboration d'un modèle de la *peine dissuasive*, connu sous le nom de « sanction optimale » (2) qui fera néanmoins l'objet de critiques dont nous discuterons *in fine* (3).

1. *Le modèle classique de la dissuasion*

223. ***La fonction de prévention-dissuasion de la peine, héritage de la pensée utilitariste.*** Si les fonctions de la peine se sont enrichies au gré des doctrines pénalistes¹, il convient de rappeler la fonction initiale déglagée par les théoriciens du droit pénal classique.

Les écrits de Cesare Beccaria et de Jeremy Bentham convergent vers l'idée selon laquelle l'*utilité* de la peine réside dans sa fonction de *prévention générale et spéciale*². Or, pour ces auteurs, la prévention s'apparente à la dissuasion. En effet, la force intimidante de la sanction pénale devrait dissuader d'une part le délinquant de récidiver (prévention spéciale) et d'autre part la collectivité (prévention générale). Chez Beccaria, cette dissuasion œuvre négativement tout d'abord en ce qu'il mise sur l'intimidation de la peine et positivement en ce que cette dissuasion est réalisée par une peine entraînant un mal supérieur au bien retiré par le coupable. De même chez Bentham, la prévention procède de trois manières, « l'incapacitation, la réformation et l'intimidation »³. Selon lui, on prévient le crime en ôtant, le pouvoir physique, le désir et l'audace de le commettre. Par le premier on empêche matériellement le crime, par les deux autres on dissuade le criminel.

On retiendra de cette doctrine une conclusion déterminante pour la suite, *pour retirer tout désir à l'auteur de commettre un forfait, il faut que le mal de la peine dépasse le profit du délit.*

224. ***Conséquence, la supériorité de la peine au surprofit.*** C'est la première règle édictée par Bentham, intitulée « la mesure de la peine ». L'auteur prescrit en effet qu'« il faut que le mal de la peine surpasse le profit du délit »⁴. *Il définit le profit comme* « la force qui pousse l'homme au délit » *et la peine comme* « la force employée pour l'en détourner ». Pour que le délit ne soit pas commis, il suggère que la force soit plus grande que le profit. Fort de cette règle dite de « l'arithmétique de la peine », il condamna la loi anglo-saxonne qui fixait un prix fixe pour chaque crime, car dans un grand nombre de cas, « la peine pouvait paraître nulle comparée au profit du délit », explique-t-il. Ce dernier généralise

1. Merle (R.), Vittu (A.), *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, Ed. Cujas, 7^e éd. 1997, n° 655, p. 826, Dreyer (E.), *Droit pénal général*, LexisNexis, 4^e éd. 2016, n° 1256, p. 934 et s., Desportes (F.), Le Guhenec, *op. cit.*, n° 63 : trois fonctions sont traditionnellement assignées à la peine, une fonction rétributive, éliminatrice et intimidante.

2. Beccaria (C.), *Des délits et des peines*, Flammarion, coll. GF, 1766 (rééd.2006), p. 37 « chapitre XII but des peines » : « le but des châtements n'est autre que d'empêcher le coupable de nuire encore à la société et de détourner ses concitoyens de tenter des crimes semblables », Bentham (J.), « Théorie des peines et des récompenses », in *Oeuvres de J. Bentham*, T. 2, Bruxelles, 1829, p. 4 : « La prévention particulière s'applique au délinquant individuel tandis que la prévention générale s'applique à tous les membres de la communauté ».

3. Bentham (J.), *loc. cit.*

4. Bentham (J.), *op. cit.*, p. 7.

L'erreur de bon nombre de systèmes répressifs, « on tombe dans la même erreur toutes les fois qu'on établit une peine qui ne peut aller que jusqu'à un certain point, tandis que l'avantage du délit peut aller beaucoup au-delà ». Par ces mots, l'auteur condamne les plafonds fixes de peine.

Il ira même plus loin en édictant une autre règle selon laquelle « la peine doit excéder le profit du délit au point de compenser ce qui lui manque (à la peine) en fait de certitude et de proximité ». Face aux deux sources d'affaiblissement de la punition, son *incertitude* et son *éloignement*, par rapport au profit qui est certain et proche, Bentham propose d'augmenter la peine, « [...] supposez que le profit du crime égal à dix livres sterling, pour rendre la peine équivalente au profit du crime, il faut la porter à au moins vingt livres sterling »¹.

Cette arithmétique répressive était en germe dans la pensée de Cesare Beccaria. Dans son *Traité des délits et des peines*, l'auteur italien développe l'idée d'une proportionnalité entre les délits et les peines, fondée sur le dommage à la société. Il explique que « les obstacles qui repoussent les hommes des délits doivent donc être plus forts à mesure que ces délits sont contraires au bien public et à mesure des penchants qui les poussent aux délits »². En d'autres termes, la peine doit être supérieure au dommage social. La pensée de Bentham est allée plus loin dans l'analyse des « penchants » criminels, notamment celui du lucre. À ce titre, l'auteur suggère de rationaliser le calcul entre le profit et le coût du crime à travers un principe « d'arithmétique pénale »³. Monsieur Pradel résume cette doctrine en assimilant le criminel à un économiste en « pesant les avantages ou les inconvénients qu'il pourrait retirer de l'infraction »⁴. En d'autres termes, l'arithmétique pénale de Bentham vise à enrayer tout calcul coût-avantage sur la peine et empêcher qu'une infraction ne devienne une faute lucrative.

Quelques siècles plus tard, en 1968, un économiste américain du nom de Gary Becker, proposera un modèle économique de la dissuasion du crime⁵.

2. Le modèle beckerien de la dissuasion : la sanction optimale

225. *Postulat de rationalité économique du délinquant économique.* Tenant de la doctrine de l'analyse économique du droit, Gary Becker s'intéressa à l'économie des comportements hors marchés et notamment aux comportements délinquants. Le modèle économique de la dissuasion dessiné par cet auteur est semblable à celui de Bentham⁶, Richard A. Posner le résume ainsi : « *a person commits a crime because the expected benefits of the crime exceed the expected*

1. Bentham (J.), *op. cit.*, p. 8.

2. Beccaria (C.), *op. cit.*, chapitre VI.

3. Expression empruntée et explicitée par : Pradel (J.), *Histoire des doctrines pénales*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1991, p. 45, voir aussi : Royer (G.), *L'analyse économique et le droit criminel*, Le Manuscrit, 2005, n° 26, p. 68 et s.

4. Pradel (J.), *loc. cit.*

5. Becker (G.), « *Crime and Punishment, an economic approach* », *Journal of Political Economy* 1968, vol. 76, p. 169 et s., spéc. p. 190.

6. Bentham (J.), *ibid.* : « Tout individu se gouverne, même à son insu, d'après un calcul bien ou mal fait des peines et des plaisirs ».

costs »¹. Par conséquent, si le coût de l'acte illicite est supérieur au profit escompté, l'auteur renoncera à son projet criminel.

Le modèle de la dissuasion suppose donc que le délinquant soit un agent rationnel qui agisse dans l'unique but de maximiser ses intérêts. Plusieurs éléments rationnels sont censés déterminer le choix d'un agent économique de commettre ou non une faute lucrative. Parmi eux, Monsieur Jaumard recense « les récompenses liées aux crimes ou délits, la probabilité de détection ou d'immunité, la sévérité de la peine encourue, certains facteurs secondaires comme le contexte économique et social »².

Cette « prédisposition » de rationalité ne concerne donc qu'une partie de la délinquance, celle qui est commise dans un but purement lucratif et qui s'inscrit dans une dynamique utilitariste, soit la délinquance économique ou la délinquance d'affaires. Monsieur Royer insiste en effet sur le profil de la délinquance en col blanc, de niveau social élevé qui « opère dans un milieu professionnel fortement orienté vers l'appât du gain »³. Cette délinquance recourt non pas à la violence, mais procède d'une « réflexion portant sur la violation utile de la loi et sur les moyens de la rendre invisible »⁴. En cela la délinquance d'affaires est une terre d'élection du postulat de l'individu rationnel posé par l'analyse économique du droit.

Le postulat étant défini, intéressons-nous au modèle de la dissuasion proposé par Gary Becker.

226. **La sanction optimale.** S'inscrivant dans la continuité de la pensée utilitariste, le modèle de la sanction optimale repose sur l'idée suivante, la sanction doit dépasser le bénéfice retiré par le délinquant. Les travaux d'analyse économique du droit criminel ont conduit Gary Becker à une connaissance subtile du profil du délinquant économique. Le mérite de ce dernier repose notamment sur l'élaboration d'un modèle universel de la sanction dissuasive, appelée « sanction optimale » capable de détourner un agent rationnel du crime. Selon lui, le calcul coût - avantage de l'agent économique rationnel confronte, le gain escompté, le coût de l'infraction et la probabilité de la détection.

Aussi, d'après l'économiste, pour être dissuasive, la sanction doit-elle prendre en compte ces données mathématiques selon le modèle suivant :

$$P (\text{peine}) = G (\text{gain espéré}) / D (\text{probabilité de détection})$$

La probabilité étant une fraction (un rapport sur 10 ou 100), la peine est égale au gain multiplié par l'inverse de la fraction. Les deux paramètres de ce modèle économique de la dissuasion sont, le gain espéré du crime et la probabilité du contrôle.

Le premier paramètre assure l'efficacité de la sanction, en effet, *utiliser le surprofit comme assiette du montant de la sanction permet d'une part d'adapt*

1. Posner (R. A.), *Economic analysis of law*, Éd. Aspen law and business, 5^e Éd. 1998, p. 242 : « Une personne va commettre un crime parce que le gain espéré excède le coût escompté » (traduction libre).

2. Jaumard (J.-L.), « L'influence de la théorie économique du crime sur la politique répressive des autorités concurrentielles », in « L'analyse économique et le droit de la concurrence » (colloque), *Le concurrentialiste, revue d'actualité de droit économique* (en ligne).

3. Royer (G.), *L'efficacité en droit pénal économique*, *op. cit.*, n° 18.

4. *Loc. cit.*

ter la sanction à la rentabilité de l'infraction et d'autre part de dépasser le gain escompté. Notons toutefois que certains économistes actuels préfèrent prendre pour assiette de la sanction le « dommage infligé aux victimes » plutôt que le « profit retiré par l'auteur de l'action illicite »¹, notamment lorsque le premier est supérieur au second, comme en matière de *cartel*. Nous y reviendrons.

Le second paramètre assure l'efficacité de la sanction, en effet selon la théorie économique, la probabilité du contrôle doit se répercuter sur le *quantum* de la sanction. Plus rare est le contrôle, plus grande doit être la sanction afin de garantir son exemplarité et son caractère dissuasif. Monsieur Petit explique qu'en effet, lorsque la probabilité de détection d'une infraction est faible, « l'auteur condamné pour une première infraction peut compenser la sanction par une deuxième infraction, et retirer des gains nets en commettant une troisième et quatrième infraction ». Par conséquent, le montant optimal de la sanction doit être égal au profit retiré d'une infraction, augmenté du profit retiré pour chaque infraction non détectée³. À l'inverse, si le contrôle est fréquent, le *quantum* peut être moindre. Le modèle économique proposé correspond à un type d'agent économique « neutre au risque » ou *risk lover*³. Ainsi, pour que la sanction soit dissuasive, elle doit être d'une particulière sévérité, d'autant plus que le contrôle est peu probable (difficulté de détection). Notons que le raisonnement est différent pour des agents qui ont une « aversion au risque » ou *risk averse*. Pour ces derniers, une sanction moindre suffira à les dissuader.

L'intérêt de ce modèle économique c'est qu'il offre une efficacité optimale à un moindre coût, plus la probabilité de détection est faible, plus grande est la sanction, donc plus grande doit être l'effet dissuasif. Ce faisant, la sanction optimale garantit à la fois une « efficacité *ex post* » en punissant fort ceux qui se font prendre et une « efficacité *ex ante* » en dissuadant les agents de s'engager dans des activités illicites.

Bien que ce modèle convainc et inspire encore aujourd'hui certaines politiques de sanction en France notamment en droit de la concurrence⁴ et en droit de la consommation⁵, il se heurte à des objections.

1. Combe (E.), « À la recherche de la sanction optimale », in « L'efficacité des sanctions contre les cartels, une perspective économique », *Concurrences* 2006/4, voir aussi : Combe (E.), Monnier (C.), « Le calcul de l'amende en matière de cartel, une approche économique », *Concurrences* 2007/3, p. 39-45.

2. Petit (N.), *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, coll. Précis Domat, 2013, n° 1541, p. 517 : « Si la probabilité de détection est inférieure à 100 % le montant de la sanction ne doit pas être limité aux seuls gains générés par l'infraction. Car, lorsque la probabilité de détection d'une infraction est faible, l'auteur condamné pour une première infraction peut compenser la sanction par une deuxième infraction, et retirer des gains nets en commettant une troisième et quatrième infraction. Le montant optimal de la sanction (SO) doit donc être égal au profit retiré d'une infraction (Pi), augmenté du profit retiré pour chaque infraction non détectée. Ce résultat est donné par l'équation suivante, $SO = \frac{Pi}{\text{probabilité de détection}}$ ».

3. Mackaay (E.), Rousseau (S.), *L'analyse économique du droit*, Dalloz, éd. Thémis, 2^e éd. 2008, spéc. n° 447, p. 124 : les auteurs expliquent que le phénomène de l'assurance par l'aversion aux risques des assurés, « pour le client, l'événement contre lequel il s'assure représente une perte dont le poids aux yeux de l'assuré est supérieur à l'espérance mathématique ».

4. Folz (J.-M.), *Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, la Documentation française, 2010, spéc. p. 8 et s.

5. Conseil de l'analyse économique du droit, *La protection du consommateur, rationalité limitée et régulation*, 2012, La Documentation française, p. 39 et s.

3. *Les objections apportées au modèle beckerien*

227. **La disproportion de la sanction optimale.** La première objection est de taille dans la mesure où elle s'apparente à un principe cardinal du droit de la sanction, le principe de proportionnalité.

En effet, le calcul de la sanction optimale met en exergue une sorte de « disproportion » juridique, entre le *quantum* de la sanction et le profit, à cause de l'existence d'un coefficient multiplicateur¹. Cette disproportion est d'autant plus grave qu'elle peut acculer une entreprise condamnée à la faillite, notamment en droit de la concurrence. Revendiquée par certains économistes pour une plus grande efficacité et contestée par les juristes au nom du principe de proportionnalité, cette disproportion peut toutefois être corrigée par l'existence d'un plafond en droit de la concurrence ou par la prise en compte des capacités contributives du condamné, nous y reviendrons².

Le postulat sur lequel repose le modèle beckerien a également fait l'objet de vives critiques, mettant en exergue le dogmatisme de ce dernier.

228. **Le profil théorique contestable du délinquant économique.** La seconde critique émise à l'encontre de ce modèle vise un postulat pris pour acquis, mais pour autant contestable, la rationalité économique du délinquant économique.

Praticiens et chercheurs s'accordent à reconnaître les limites d'un modèle abstrait et simpliste du délinquant économique. Le calcul coût - avantage opéré par ce dernier ne se réduirait pas à une simple analyse arithmétique des coûts et des bénéfices pécuniaires. Monsieur Debroux met en évidence des paramètres « humains » par définition non chiffrables, participant à la décision de commettre une infraction³. De même, Monsieur Jenny constate que certains marchés, notamment le marché immobilier et hypothécaire américain, « peuvent être massivement affectés d'irrationalité tant du point de vue des offreurs que des demandeurs »⁴. Si la crise des subprimes a été déclenchée par des logiques spéculatives et lucratives frauduleuses, elle n'est pas étrangère à une désinformation massive et une incompréhension collective des rouages de certains produits dits dérivés⁵. *Peut-on encore parler de rationalité économique lorsque l'agent économique ignore l'étendue, voire l'existence du coût social généré par une activité douteuse ?* Ces réserves nous invitent donc à prendre le postulat avec une certaine distance. Si la rationalité économique est une condition préalable au prononcé d'une sanction optimale, il faudra la prouver et non la présumer de manière irréfutable⁶. *Cependant, une telle objection ne suffit pas à*

1. Jenny (F.), « Le calcul des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles, le modèle de la dissuasion et ses limites », *Concurrences* 1/2012, n° 6 et s., p. 2.

2. Voir *infra*, n° 317.

3. Debroux (M.), « Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence, quelles décisions stratégiques », in *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Masson (A.), (dir.), Larcier, 2013, p. 161 et s., spéc. p. 165-166.

4. Jenny (F.), « Le calcul des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles, le modèle de la dissuasion et ses limites », *op. cit.*, spéc. n° 13.

5. Sur ce sujet : *Inside Job*, film documentaire réalisé par C. H. Ferguson, 2010.

6. Voir *infra*, n° 414.

*remettre en cause l'objectif confiscatoire d'une sanction en présence d'une faute lucrative. En revanche, une telle objection devra être prise en compte par le juge dans le choix du coefficient multiplicateur de la sanction monétaire*¹.

Enfin, une dernière limite du modèle beckerien peut être soulevée, l'omission du coût social dans le calcul de la sanction optimale.

229. **Absence de référence au dommage social dans le calcul de l'amende.** Pour certains économistes, l'assiette de la sanction optimale ne devrait pas se cantonner au surprofit, notamment dans l'hypothèse où l'infraction provoque un dommage social de grande ampleur. Ainsi, Monsieur Combe plaide en faveur d'une assiette étendue au « dommage infligé aux victimes » outre le « profit retiré par l'auteur de l'action illicite »².

À l'appui de ses préconisations, l'auteur invoque la règle de « compensation » des pertes, qui selon lui « assure que les seules infractions commises soient économiquement efficaces, au sens où le bénéfice qu'en retire son auteur excède le coût subi par les autres agents ». Or, dans le cas d'un *cartel*, l'auteur fait observer que le gain illicite est quasiment toujours inférieur au coût social engendré, ce qui justifie de prendre comme assiette de la sanction le dommage plutôt que le gain.

Il en déduit que la « sanction optimale » doit être égale au *ratio* du dommage (D) sur la probabilité de détection (p) selon le modèle suivant :

$$\text{Sanction optimale} = D/p$$

Toutefois, Monsieur Combe conclut en remarquant que le « montant de la sanction optimale peut être approximé en prenant comme assiette le gain illicite plutôt que le dommage ».

Fort de ces enseignements théoriques inhérents à la dissuasion, nous nous exercerons dès à présent, à les mettre en pratique, en définissant les modalités de la sanction publique dissuasive d'une faute lucrative.

B. Consécration de la sanction publique confiscatoire

Annnonce. Nous avons montré les limites de l'amende plafonnée en présence d'une faute lucrative³. Fort des enseignements de l'analyse économique, il conviendra de repenser l'amende et la confiscation pour qu'elles deviennent théoriquement dissuasives. Cet objectif suppose de revoir l'assiette de ces sanctions (1), de leur apposer un coefficient multiplicateur (2) et de les assortir de plafonds légaux adéquats (3).

1. L'assiette

230. **Le profit illicite tiré de l'infraction.** Les enseignements de l'analyse économique du droit et plus précisément de la théorie de la sanction optimale

1. Voir *infra*, n° 235.

2. Combe (E.), « À la recherche de la sanction optimale », in « L'efficacité des sanctions contre les cartels, une perspective économique », *Concurrences* 2006/4, voir aussi : Combe (E.), Monnier (C.), « Le calcul de l'amende en matière de cartel, une approche économique », *Concurrences* 2007/3, p. 39-45.

3. Voir *supra*, n° 96 et 106.

élaborée par Gary Becker nous invitent à indexer l'assiette de l'amende sur le profit tiré de l'infraction. Cette première donnée numérique garantit une adéquation parfaite entre la sanction et la dimension économique d'une faute.

Rappelons que le droit positif français connaît cette méthode, puisque le Code pénal le prévoit marginalement pour les infractions de conséquence¹ ainsi que le Code monétaire et financier pour les délits boursiers (délit d'initié)² tout comme le Code de commerce en matière de pratiques restrictives de concurrence³. En outre, la doctrine économique reconnaît l'évidente nécessité d'exploiter cette donnée dans le calcul de toute amende. Monsieur Bernardi l'avait envisagé comme un « critère pilote » pour une réforme des peines pécuniaires⁴. Monsieur Stasiak et Monsieur Royer iront jusqu'à proposer la consécration de ce critère dans le Code pénal, dans un article 132-20 réformé⁵ selon lequel « Lorsqu'une infraction est punie d'une peine d'amende, la juridiction peut porter le taux de l'amende, sauf disposition contraire, au double du profit éventuellement retiré »⁶. Enfin, en matière de pollution fautive, il a été proposé d'instituer une amende civile proportionnelle « aux facultés contributives [chiffre d'affaires d'une personne morale] de l'auteur ou aux profits que l'auteur de la faute lucrative en aura retirés »⁷.

Par conséquent, l'idée de retenir les profits illicites comme assiette de l'amende pénale déjà largement admise nous convainc. *Néanmoins, nous pensons qu'elle ne doit être une assiette retenue qu'en présence d'une faute lucrative*, c'est aussi ce que soutient Monsieur Royer⁸. Dès lors, plutôt que de remonter

1. Voir *supra*, n° 94. Pour le recel, Art. 312-3 C. P. prévoit que l'assiette de l'amende est « la valeur des biens recelés », pour le blanchiment, art. 324-3 C. P. prévoit que l'assiette de l'amende correspond à « la valeur des biens ou des fonds sur lesquels porte l'opération de blanchiment ».

2. Art. L. 465-1 et s. C.M.F. « Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 100 millions d'euros, ce montant pouvant être porté jusqu'au décuple du montant de l'avantage retiré du délit, sans que l'amende puisse être inférieure à cet avantage [...] ».

3. Art. L. 442-6, III du C. com. : l'amende civile peut s'élever au « triple du montant des sommes indûment versées ».

4. Bernardi (A.), « L'amende dans une perspective européenne », in *Quelques aspects actuels des sciences criminelles, Travaux de l'Institut des sciences criminelles*, Poitiers, 1990, vol. X, p. 5-29, spéc. p. 27 : « dans les crimes à finalité de gain, la donnée qui mérite d'être valorisée au moment du calcul de l'amende [...] est la dimension économique du crime. [...] pour les crimes lucratifs, la condition économique subjective se réfléchit directement dans la dimension économique du crime, et donc peut être frappée aussi au moyen d'une amende proportionnelle au contexte économique du fait et non du sujet. [...] Je crois que le recours centré d'un côté sur les amendes proportionnelles pour les infractions ayant pour but un gain, pourrait représenter un critère pilote valable, pour une réforme rationnelle des peines pécuniaires ».

5. Art. 132-20 C. P. actuel : « Lorsqu'une infraction est punie d'une peine d'amende, la juridiction peut prononcer une amende d'un montant inférieur à celle qui est encourue ».

6. Stasiak (F.), Royer (G.), « Pour une efficacité optimale de l'amende pénale. Les apports de l'analyse économique du droit à la réforme du Code pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Opinio doctorum, Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2009, p. 289-304.

7. Jegouzo (Y.), *Rapport pour la réparation du préjudice écologique*, La documentation française, septembre 2013, p. 58 et s. : proposition d'article 1386-23 « lorsque l'auteur du dommage a commis intentionnellement une faute grave, notamment lorsque celle-ci a engendré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés. [...] ».

8. Conforme à cette proposition : Royer (G.), *op. cit.*, n° 182, p. 194 : « La généralisation d'une règle de correspondance alternative serait une voie pénologique envisageable pour les infractions marquées du sceau de l'*animus cupidi* ». Voir aussi : Ducouloux-Favard (Cl.), « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *LPA* 2004, n° 54, p. 3 et s.

les *quanta* des infractions économiques comme le suggère le *Rapport Coulon*¹, il conviendrait de généraliser cette première donnée numérique en l'attribuant aux modalités spécifiques de la circonstance aggravante de *dol lucratif*, des infractions pénales.

Une difficulté peut toutefois se dresser, la quantification du profit illicite.

231. ***Le chiffre d'affaires issu de l'activité illicite, l'exemple de la sanction pécuniaire en droit des pratiques anticoncurrentielles.*** Pour contourner la difficulté liée à la quantification du surprofit, ce dernier pourrait être évalué à l'aune du chiffre d'affaires lié à l'infraction, ou à la valeur des ventes liées à l'infraction, à l'instar de la sanction pécuniaire du droit des pratiques anticoncurrentielles².

La doctrine économique explique que le gain illicite d'une pratique anticoncurrentielle par année se calcule généralement à l'aune de la hausse du prix multipliée par les ventes concernées par ladite hausse. L'assiette de la sanction pécuniaire doit donc porter sur la valeur des ventes entachées d'illicéité. Conformément à la méthode de calcul de ladite sanction, la prise en compte de la valeur des ventes affectées s'effectue au titre du calcul du « montant de base ». C'est donc bien le profit illicite qui est visé à travers « la valeur des ventes en relation avec l'infraction ». Cette modalité qui correspond à l'assiette de la sanction est commune au droit européen³ et droit français⁴ des pratiques anticoncurrentielles. Selon le communiqué de sanction de l'Autorité de la concurrence, « la valeur de ces ventes constitue en effet une référence appropriée et objective [...] dans la mesure où elle permet d'en proportionner au cas par cas l'assiette à l'ampleur économique de l'infraction »⁵. Il précise que les ventes, assiette de la sanction, correspondent en réalité au chiffre d'affaires généré par le produit, service objet de l'infraction⁶. La prise en compte du chiffre d'affaires dans le calcul de la sanction pécuniaire du droit de la concurrence poursuit donc une finalité confiscatoire⁷.

Est-ce pour autant la totalité du chiffre d'affaires qui est visé ? Le droit de la concurrence précise bien que ce n'est pas l'intégralité du chiffre d'affaires⁸ qui

1. *Rapport Coulon, op. cit.*, p. 57.

2. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no1/2003 [*Journal officiel* C 210 du 1.9.2006], spéc. n° 13 : « En vue de déterminer le montant de base de l'amende à infliger, la Commission utilisera la valeur des ventes de biens ou services, réalisées par l'entreprise, en relation directe ou indirecte (1) avec l'infraction ». Communiqué du 16 mai 2011, n° 37 : « Les ventes en cause sont toutes celles réalisées en France. Leur valeur correspond au chiffre d'affaires de l'entreprise ou de l'organisme concerné relatif aux produits ou services en cause ».

3. Lignes directrices 2006, csdt. 13 : « en vue de déterminer le montant de base de l'amende à infliger, la Commission utilisera la valeur des ventes de biens ou services, réalisés par l'entreprise en relation direction ou indirecte avec l'infraction, dans le secteur géographique concerné à l'intérieur du territoire de l'EEE ».

4. Communiqué des sanctions, csdt. 23 : « l'Autorité retient, comme montant de base de la sanction pécuniaire, une proportion de la valeur des ventes réalisées par chaque entreprise ou organisme en cause, de produits ou de services en relation avec l'infraction ».

5. *loc. cit.*

6. *Ibid.* csdt. 33.

7. Giacobbo (V.), « Réflexion sur l'effet dissuasif des amendes en droit communautaire de concurrence », *Concurrences* n° 4-2009, Lasserre (B.), « Le rôle de la sanction pécuniaire en droit de la concurrence », *op. cit.*

8. Définition de l'INSEE : « le chiffre d'affaires représente le montant des affaires (hors taxes) réali-

est visé par les textes, mais la portion correspondant au « bénéfice » illicite¹ tiré des entreprises fautives. Le montant de base correspond à la « valeur des ventes en lien avec l'infraction », ce qui renvoie seulement à *une portion du chiffre d'affaires, la portion entachée d'illicéité*. Il est intéressant de constater qu'au titre des critères de fixation de cette portion, ne figurent que « la gravité et la durée de l'infraction »². Si la durée de l'infraction est liée à l'ampleur du surprofit, la gravité de l'infraction ne renvoie pas directement à la rentabilité de l'infraction. L'abstraction de ce critère expliquerait-il l'enfermement de la portion dans une fourchette fixe, entre 0 et 30 % comme le prévoit le communiqué de sanctions de l'autorité de la concurrence. Et quand bien même, les lignes directrices européennes³ et françaises⁴ « imposeraient » un seuil de portion, aussi appelés « droits d'entrée », pour les *cartels*, lesquels correspondent aux infractions les plus graves, les plus lucratives et les plus dommageables, cela suffirait-il pour saisir l'entier surprofit ? Parce qu'il est fixé de manière abstraite, un tel plafond est discutable, nous y reviendrons⁵.

232. *Pour une évaluation quantitative du surprofit dans le calcul de la sanction pécuniaire*. Une partie de la doctrine économique préconise une évaluation plus systématique des profits illicites d'une pratique anticoncurrentielle afin de renforcer l'effet confiscatoire, voire dissuasif de la sanction pécuniaire.

Un courant d'économistes a souligné récemment l'importance de ce transfert du surplus d'une pratique anticoncurrentielle et a préconisé que la confiscation du gain illicite devienne le critère majeur de la sanction pécuniaire⁶. Monsieur Combe fait observer que les amendes infligées restent peu dissuasives eu égard au fort taux de récurrence en Europe. En effet, au cours de la période 1968-2007, 22 % des firmes condamnées par la Commission ont réitéré leurs participations à un *cartel*⁷. De la même manière, le *Rapport Folz* attire l'attention sur le fait qu'un chiffre d'affaires ne reflète pas toujours le niveau des profits générés. Il souligne le fait que « du point de vue de la dissuasion, c'est seulement le gain

sés par l'entreprise avec les tiers dans l'exercice de son activité professionnelle normale et courante. Il correspond à la somme des ventes de marchandises, de produits fabriqués, des prestations de services et des produits des activités annexes », en ligne [http://www.insee.fr].

1. Le bénéfice d'une entreprise désigne la différence entre les produits et les charges engagés sur une même période, d'une entreprise.

2. Voir, article 23§2 du règlement 1/2003, article L. 464-2, I alinéa 3 du Code de commerce.

3. Lignes directrices de la Commission européenne, csdt. 24, portion comprise entre 15 % et 25 % de la valeur des ventes.

4. Communiqué de sanctions de l'Autorité de la concurrence, csdt. 41, portion comprise entre 15 % et 30 % de la valeur des ventes.

5. Voir *infra*, n° 243.

6. Combe (E.), « Dommage à l'économie et sanction pécuniaire, une introduction économique », in « L'évaluation des dommages en matière de sanction de pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences* 4-2010, en ligne, du même auteur : « À la recherche de la sanction optimale », in « L'Efficacité des sanctions contre les cartels, une perspective économique », Tendances, *Concurrences* 4-2006, p. 13, du même auteur : « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *RIDE* 2006, p. 9 et s., spéc. p. 11 à 15, Connors (J.), *The great global vitamins conspiracy, sanctions and deterrence*, *op. cit.*, p. 17 et s., De Muizon (G.), « Mais pourquoi l'Autorité de la concurrence refuse-t-elle de mobiliser les outils de la théorie économique dans la détermination des sanctions pécuniaires », *RLDA* 2011, n° 62, p. 47, spéc. p. 48 : l'auteur préconise de prendre le surprofit indu comme montant de base de la sanction pécuniaire.

7. Combe (E.), *La politique de concurrence, La découverte*, Coll. Repères, 2008, spéc. p. 47.

mal acquis qui importe, c'est-à-dire le transfert de revenus »¹. Aussi, recommande-t-il de prendre en compte davantage les profits illicites générés par une pratique anticoncurrentielle, dans le montant de base de la sanction².

Certains ont proposé de remplacer le critère de « dommage à l'économie » par celui « des profits indus ». Dans leur étude³, Monsieur Avenel et Monsieur Bresse mettent en exergue la place des surprofits dans la notion française de dommage à l'économie. Ils démontrèrent en effet que dans les autres systèmes juridiques, les sanctions étaient généralement calculées « par référence aux gains indûment réalisés du fait des pratiques anticoncurrentielles ou par rapport aux pertes indûment subies par les opérateurs économiques concurrents ». C'est le cas du droit allemand⁴, du droit anglais⁵ et du droit américain⁶. Ces auteurs montrent qu'il devrait y avoir une « complémentarité » entre le dommage à l'économie, au cœur de la règle de droit et les profits indus sur lesquels reposent les politiques de sanctions d'autres autorités. Ils vont même jusqu'à inciter l'autorité française à « avancer dans la direction d'une estimation des profits indus » (ce qui implique l'estimation des surprofits par défaut) pour deux raisons, d'une part parce qu'elle est indispensable à l'estimation du dommage à l'économie, d'autre part parce qu'elle est intrinsèque au caractère dissuasif de la sanction pécuniaire.

Enfin, une dernière question relative à l'assiette mérite d'être soulevée, l'assiette de la sanction monétaire doit-elle prendre en compte le « bénéfice escompté » ou le bénéfice réalisé ?

233. ***Profit illicite estimé ou réalisé ?*** Que faut-il entendre par profit illicite ? Certains auteurs se sont interrogés sur ladite notion, notamment tel qu'il est appréhendé par les textes d'incrimination des abus de marché dans le Code monétaire et financier⁷ et dans le *Règlement général de l'AMF*.

À ce titre, Monsieur Dezeuze et Monsieur Steru partent d'une définition officielle selon laquelle le profit serait un « revenu résiduel, correspondant aux recettes d'une entreprise desquelles on a soustrait les coûts de production et de

1. *Rapport Folz, op. cit.*, p. 13.

2. Folz (J.-M.), *Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, la Documentation française, p. 34.

3. Avenel (E.), Bresse (P.), « Dommage à l'économie et efficacité des sanctions prononcées à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles », *LPA* n° 165 20 août 2001, p. 4 et s.

4. *Sherman Act* 1890 /U.S Code, titre 18, section 3751: l'amende peut atteindre deux fois le gain brut procuré aux participants à l'infraction ou deux fois la perte brutale subie par les victimes de l'infraction.

5. Section 36 du *Competition Act* de 1998 prévoit que « l'évaluation du gain que l'entreprise contrevenante tire ou est susceptible de tirer de l'infraction fait partie des éléments pouvant être pris en compte » et que « lorsque cela est pertinent, l'évaluation prend en compte tout gain que l'entreprise est susceptible de réaliser sur d'autres marchés de produits ou d'autres marchés géographiques que le marché en cause examiné ».

6. Article 81 de la loi sur les restrictions de concurrence (*Gesetz gegen Wettberbsbeschränkungen - GWB*) prévoit pour les cas les plus graves que « l'infraction peut être sanctionnée par une amende pouvant atteindre 1 million de D. M. ou même le triple du montant des recettes supplémentaires que l'infraction a permis de réaliser [...]. Le montant des recettes supplémentaires peut faire l'objet d'une estimation ».

7. On remarquera que le législateur français a récemment remplacé la notion de « profit indu » par celle d'« avantage retiré du délit » : voir art. L. 465-1 C.M.F. modifié par la loi n°2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché.

distribution des biens et services produits »¹. Appliqué à une opération boursière, le profit serait déterminé par la « différence entre les coûts liés à l'acquisition d'un instrument financier et les produits qu'il a générés durant sa conservation ou au moment de la revente »². Il s'agit donc du profit net, soit des bénéfices tirés d'une activité illicite, au sens comptable³.

On pourrait également se demander si la notion de profit illicite recouvre le profit réellement retiré de l'infraction ou le profit escompté, potentiel, espéré ? La doctrine économique semble divisée sur ce point. D'un côté, les institutions des marchés financiers prennent en compte le profit recherché. En droit boursier, législations pénale et administrative ont convergé vers la notion de « profit potentiel »⁴. Ce qui correspondait à la pratique de la Commission des opérations de bourse, laquelle admettait qu'un simple profit virtuel soit pris en compte pour le calcul de la sanction en cas de manquement d'initié⁵. Mais cette approche semble remise en question par la nouvelle formulation issue de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 réformant le système de sanctions des abus de marché : désormais c'est « l'avantage retiré » qui est pris en compte pour calculer le *quantum* de la sanction monétaire, ce qui renvoie davantage au profit effectif⁶. Quant au droit de la concurrence, le calcul de la sanction pécuniaire reposant sur la valeur des ventes concernées par la pratique anticoncurrentielle, c'est le profit réel et non potentiel qui est saisi.

Cette question pourrait être tranchée au regard du principe de proportionnalité, le critère de profit réel semble plus respectueux du principe de proportionnalité-limite⁷ et plus soucieux des capacités contributives de l'entreprise poursuivie. Nous serions donc favorables à l'acceptation « réelle » du surprofit. De surcroît, si le profit utilisé comme assiette de la sanction monétaire correspond au profit effectif, celui effectivement réalisé et non pas celui escompté au terme du calcul, on en déduira que le profit répréhensible, celui permettant de caractériser une faute lucrative, doit aussi être le profit effectif.

Mais une assiette strictement égale au surprofit n'est pas une condition suffisante pour garantir un effet dissuasif. Encore faut-il que le *quantum* final de l'amende dépasse le montant du surprofit. L'adjonction d'un coefficient à cette assiette constitue donc un autre paramètre indispensable de dissuasion.

Synthèse. La première modalité de la sanction monétaire dissuasive consiste en une « assiette alternative » de l'amende (amende pénale, civile, administrative) prenant en compte, le profit illicite réalisé (s'il est quantifiable) ou à défaut, le chiffre d'affaires lié à la faute.

1. Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd. 2011, V « Profit ».

2. Dezeuze (E.), Steru (E.), « Le profit tiré des abus de marché », *Gaz Pal.* 2014, n° 133, p. 21.

3. Sur les différents termes pour désigner le résultat économique d'une faute lucrative : voir *supra*, n° 92.

4. Depuis loi n° 2003-706 de sécurité financière du 1^{er} août 2003 modifiant art. L. 621-15 C.M.F. les sanctions applicables aux manquements boursiers sanctionnés par la commission des sanctions de l'AMF sont proportionnelles au « profit éventuellement réalisé ».

5. COB, 22 déc. 1992, *Bull. COB* décembre 1992, n° 264, jurisprudence confirmée depuis, Cass. com. 8 février 2011, n° 10-10965, *Sanct. AMF*, 20 novembre 2008, *RTDF* 2009, n° 1, p. 214, obs. E. Dezeuze.

6. Art. L. 621-15, III C.M.F. (modifié par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016).

7. Voir *infra*, n° 316 et s.

Précisons que si l'activité est illicite (contrefaçon), ce serait alors l'entier chiffre d'affaires qui constituerait l'assiette de la sanction monétaire. À l'inverse si l'activité est licite, mais exercée de manière illicite (pratiques anticoncurrentielles), seule une part de ce chiffre d'affaires devra être saisie.

2. Un coefficient multiplicateur strictement supérieur à 1

234. **Un coefficient fixé en fonction de la probabilité de détection, exclusion de la peine de confiscation.** Selon la théorie économique, le coefficient multiplicateur est corrélé à la probabilité de détection, plus elle est faible, plus grande doit être ce coefficient, à l'inverse plus elle est élevée, moins grand doit être ce coefficient.

En mathématiques, cela équivaut à appliquer un coefficient multiplicateur égal à l'inverse de la probabilité de détection¹.

C'est en effet ce qui résulte de la définition de la sanction optimale, $p = G / D$.

- Rappelons que G = le gain illicite, D = la probabilité de détection.

- D étant exprimé en pourcentage, on notera $D = d/100$.

Donc $p = G / (d/100)$.

- Ce qui revient à écrire $p = G \times 100/d$ (diviser un nombre par une fraction revient à le multiplier par l'inverse de la fraction).

- Or, si la détection est systématique, 100 %, la probabilité de détection est égale à 100/100, soit 1. Ce qui revient à écrire, $p = G \times 1 = G$.

Mais si au contraire la probabilité de détection est faible, notamment en cas de « faute lucrative opaque »², soit une valeur de 10 %,

$p = G \times 100/d = G \times 100/10 = G \times 10$.

En d'autres termes, si le prononcé de la sanction est systématique, la sanction peut être égale au surprofit. Mais si la probabilité de sanction est faible, alors la sanction doit être égale à un multiple du surprofit.

Rappelons que l'amende dissuasive est mise en œuvre au terme d'une action publique. Or, aucun système répressif, fut-il performant, ne peut garantir une détection et un prononcé de sanction systématique. Nous verrons en effet que l'effectivité de l'action publique confiscatoire se heurte à des obstacles théoriques et pratiques tels que, opportunité des poursuites, opacité des fautes lucratives, etc.³ Aussi le coefficient multiplicateur doit-il être strictement supérieur à 1, sinon l'amende ne sera que confiscatoire et non dissuasive. Tout coefficient en deçà est donc insuffisant, c'est le cas du coefficient prévu en matière de recel ou de blanchiment⁴, à savoir la règle de « moitié ». C'est en effet ce que dénoncent Monsieur Stasiak et Monsieur Royer⁵ (quand bien même il existe

1. Combe (E.), *La politique de la concurrence*, op. cit., spéc. p. 46.

2. Voir *infra*, n° 360 et s.

3. Voir *infra*, n° 359 et s.

4. Art. 321-3 C. P. (recel) « Les peines d'amende prévues par les articles 321-1 et 321-2 peuvent être élevées au-delà de 375000 euros jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés », Art. 324-3 C. P. « Les peines d'amende mentionnées aux articles 324-1 et 324-2 peuvent être élevées jusqu'à la moitié de la valeur des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment ». Sur l'insuffisance de la règle de moitié, voir : Ducouloux-Favard (Cl.), *L'amende et son rapport avec le profit illicite*, op. cit.

5. Stasiak (F.), Royer (G.), op. cit., p. 296.

des peines complémentaires visant à confisquer le surprofit restant). Par conséquent, *la peine de confiscation « spéciale » qui a pour assiette le produit direct ou indirect de l'infraction n'est pas dissuasive*¹.

Tout comme l'assiette de l'amende, le coefficient multiplicateur est donc variable et dépendra de l'efficacité du système répressif face à un type de comportement. Ainsi, en droit des marchés financiers, ce coefficient est fixé à 10 %² (décuple du profit), tandis qu'en droit de la concurrence, la probabilité de détection d'un *cartel* avoisine les 15 %³ (ce qui correspond à un coefficient multiplicateur de l'ordre de 7) sous réserve⁴. Ce type de coefficient est-il pour autant généralisable ? La probabilité de détection est le rapport mathématique de deux données mathématiques⁵, le nombre total d'affaires portées à la connaissance des services d'État et celles dont la justice ignore l'existence, autrement appelée « chiffre noir »⁶. Or, Monsieur Royer prend soin d'observer que ce dernier chiffre ne peut être établi avec certitude, mais seulement « approché par des

1. Toutefois la peine de « confiscation générale » pourrait s'avérer dissuasive dans la mesure où son assiette est des plus larges. Parce qu'elle impacte la famille du condamné, la confiscation générale a pu être perçue comme injuste et disparaît de ce fait dans le droit intermédiaire. Réhabilitée dans le Code pénal napoléonien de 1810, cette peine est aujourd'hui strictement encadrée et distribuée. Au-delà des conditions générales de la confiscation, le 6^e alinéa de l'article 131-21 Code pénal mentionne un cas de *confiscation générale ou partielle* des biens du condamné, portant sur tout ou partie du patrimoine du condamné, lorsque le texte d'incrimination le prévoit. Autrefois considéré comme un instrument de vengeance politique, il demeure aujourd'hui pour sanctionner des infractions d'une exceptionnelle gravité ou qui génèrent de très importants profits. A ce titre, l'article 222-49 al. 2 du Code pénal dispose « dans les cas prévus par les articles 222-34, 222-35, 222-36 [trafic de stupéfiants] peut également être prononcée la confiscation de tout ou partie des biens du condamné, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, *divis* ou *indivis* ». Un autre cas d'extension de l'assiette de la confiscation au patrimoine du délinquant mérite d'être étudié. Fruit d'une innovation importante de la loi du 5 mars 2007, le 5^e alinéa de l'article 131-12 C. P. prévoit que « lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, la confiscation porte également sur tous les biens du condamné dont ce dernier ne peut justifier l'origine ». Cette ouverture de la confiscation au patrimoine est la conséquence logique de la création du délit de défaut de justification des ressources d'une personne en relations habituelles avec les auteurs d'un crime ou délit. Compte tenu de la rentabilité de ces infractions, le législateur présume que les biens de leurs auteurs, ont une origine frauduleuse. Cependant, nous relèverons deux inconvénients d'une telle sanction, d'une part, en pratique, elle se heurte à des difficultés de mise en œuvre notamment lorsque le condamné a soigneusement dissimulé son patrimoine en transférant ses biens à l'étranger, d'autre part, elle est trop restrictivement prévue, ce qui ne sied pas à l'universalité de l'infraction lucrative. Sur la confiscation générale : voir Dreyer (E.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1364, p. 1013-1014.

2. Art. L. 465-1 C.M.F « décuple de l'avantage retiré du délit ».

3. Moyenne obtenue entre une étude américaine et une étude européenne : *Étude Bryant et Eckard* [1991] sur les cartels américains conclut que la probabilité annuelle de détection d'un cartel se situe entre 13 et 17 %, *Étude Combe et Alii* [2008] sur cartels européens parvient à une probabilité de 13 %. Monsieur Combe fixe à 15 % la valeur moyenne de la probabilité de détection : Combe (E.), *La politique de concurrence*, *op. cit.*, p. 47, selon l'auteur, en matière de pratiques anticoncurrentielles, « la probabilité de détection, une probabilité de l'ordre de 15 % constitue l'approximation la plus couramment retenue ».

4. *Rapport Folz*, *op. cit.*, p. 11 : selon le rapport, les études précitées sont partiellement erronées du fait qu'elles ne tiennent pas compte des évolutions récentes dans la détection des ententes, notamment de la procédure de clémence. Et elles surestiment la probabilité en ne tenant compte que des affaires découvertes. Le rapport opte donc plutôt pour une fourchette de taux de probabilité entre 30 à 15 % (ce qui revient à une fourchette entre 3 et 7 fois le gain illicite).

5. Sur ce point voir : Royer (G.), *op. cit.*, n° 187, p. 200.

6. Ce chiffre noir fait l'objet de statistiques à partir d'« études de victimation » de l'INSEE, Gremy (J.-P.), « Mesurer la délinquance à partir du témoignage des victimes », Institut des hautes études de la sécurité intérieure, 2001, p. 238 (en ligne).

estimations statistiques »¹. Par conséquent, la probabilité de détection ne peut être qu'un chiffre approximatif.

Ce type de coefficient pourrait être tout à fait pertinent, d'autant que nous le verrons, la détection de certaines fautes lucratives est très difficile en raison de leur opacité². Par conséquent, la fixation du coefficient pourrait être laissée à l'appréciation du juge, au regard du type d'infraction lucrative, tout en étant encadrée par des plafonds. Le coefficient multiplicateur ne pourrait excéder le décuple, une telle valeur existant déjà en droit positif, et devrait être strictement supérieur à 1.

Outre la probabilité de détection, d'autres critères pourraient être pris en compte pour fixer le coefficient multiplicateur.

235. **Autres critères de fixation du coefficient.** Deux autres critères pourraient influencer le juge dans la fixation du coefficient multiplicateur, la personnalité du délinquant et la gravité de l'infraction lucrative. Dans son pouvoir de personnalisation des peines, inscrit à l'article 123-24 du Code pénal, le juge est en effet légalement invité à observer deux critères, la personnalité du délinquant et l'infraction commise.

Au titre du premier critère, le juge pourrait mesurer la « sensibilité de l'agent au risque »³. La théorie économique explique que dans une population criminelle, certains individus sont « *risk averse* » tandis que d'autres sont « *risk lover* ». Partant, le calcul de la sanction optimale devrait prendre en compte cette variable ce qui aurait un effet majeur sur le *quantum*, atténuant pour les premiers, aggravant pour les seconds. Le choix du coefficient multiplicateur pourrait donc en dépendre partiellement.

Au titre du second critère, le juge pourrait jauger le coefficient au regard de la gravité de l'infraction. La gravité de l'infraction s'apprécierait au regard de l'ampleur du trouble à l'ordre public de marché. Il en découlerait une sanction à la mesure du mal causé à la société. Ce critère garantirait donc une adéquation entre la sanction et le résultat dommageable de l'infraction lucrative, notamment en présence d'une infraction de masse. Ce critère permettrait donc de prendre en compte le nombre de victimes, potentielles ou déclarées, nous y reviendrons⁴. Appliqué à une infraction supposant au préalable la conclusion d'un contrat, comme c'est le cas du délit de tromperie, le montant de l'amende s'élèvera au montant des profits réalisés au terme d'une telle transaction, trompeuse multipliée par le nombre de contrats conclus par le délinquant économique (sous réserve que ces profits soient identiques d'un contrat à l'autre). Ce faisant, la sanction monétaire se verrait réajustée à la logique d'un contentieux de masse, comme celui de la consommation. Notons que ce type de coefficient (nombre de victimes) est en vigueur en droit italien en cas de non-observation

1. Royer (G.), *loc. cit.*

2. Voir *infra*, n° 360 et s.

3. Mackaay (E.), Rousseau (S.), *L'analyse économique du droit*, Dalloz, éd. Thémis, 2^e éd. 2008, spéc. n° 447, p. 124 : les auteurs expliquent que le phénomène de l'assurance par l'aversion aux risques des assurés, « pour le client, l'événement contre lequel il s'assure représente une perte dont le poids aux yeux de l'assuré est supérieur à l'espérance mathématique ».

4. Voir *infra*, n° 354 et s.

de l'âge minimum pour l'embauchage des mineurs. L'employeur italien encourt une amende globale qui est le résultat du produit d'une grandeur pécuniaire variable liée à la gravité du fait, multipliée par une autre grandeur numérique concernant le nombre de travailleurs embauchés irrégulièrement¹. Ces deux données mathématiques ayant vocation à exprimer la dimension économique de l'infraction.

En droit de la concurrence, le calcul de la sanction se saisit également du critère de gravité qui pondère le montant de base de la sanction pécuniaire.

Il y a néanmoins des limites juridiques à la recherche d'une sanction monétaire optimale, les plafonds, qui ne doivent pas pour autant ruiner l'effet dissuasif recherché.

236. Pour une libre fixation du coefficient appliqué au chiffre d'affaires. En droit des pratiques anticoncurrentielles, une partie de la doctrine estime que les coefficients pratiqués sont encore éloignés du montant théorique de la sanction optimale, notamment en matière d'infractions les plus graves. Monsieur Combe et Madame Monnier² ont démontré que les sanctions étaient généralement « sous-dissuasive » ce qui explique un taux de récidive de l'ordre de 24 % en Europe³.

Pour Monsieur de Muizon, les sanctions pratiquées sont en effet soit trop sévères (lorsque l'infraction n'est pas commise à des fins lucratives) soit pas assez (lorsque l'infraction est commise à des fins lucratives)⁴. Dans un article relatif au *cartel* des vitamines, les économistes Connor et Lande ont montré que l'amende infligée s'est élevée à seulement 11 % du profit illégal⁵. La Cour de justice de l'Union européenne a rappelé, dans un arrêt du 18 juillet 2013⁶, l'importance du coefficient multiplicateur dans l'objectif de dissuasion de l'amende afin que la sanction ne devienne pas négligeable pour les entreprises poursuivies. De même, le Tribunal de l'Union européenne invite la Commission à utiliser sa marge d'appréciation dans la fixation du coefficient multiplicateur et insiste sur le fait que la dissuasion constitue un objectif général devant la guider à toutes les étapes de son raisonnement, y compris celle du choix du coefficient⁷.

1. Art. 26, loi du 17 octobre 1967, n° 977 cité in Bernardi (A.), *Quelques aspects actuels des sciences criminelles, Travaux de l'Institut des sciences criminelles*, Poitiers, 1990, vol. X, p. 5-29, spéc. p. 26.

2. Combe (E.), Monnier (C.), « Le calcul de l'amende en matière de cartel, une approche économique », *Concurrences*, 2007-3, p. 39-45.

3. Combe (E.), Monnier (C.), « Sanctions antitrust, quel est le juste montant », *Concurrences* 2013-1, p. 16-37, spéc. n° 8.

4. De Muizon (G.), « Mais pourquoi l'Autorité de la concurrence refuse-t-elle de mobiliser les outils de la théorie économique dans la détermination des sanctions pécuniaires », *op. cit.* : « fixer un plafond de 30 % pourrait conduire, dans certains cas et notamment s'agissant des pratiques les plus graves, à des montants de sanction peu dissuasifs [...] » en présence d'un marché inélastique, la sanction devrait être au moins égale à 7 fois le plafond légal ».

5. Connor (J.), « *The great global vitamins conspiracies* », spéc. p. 149, en ligne [emmanuelcombe.fr] : « Measured in real 2005 dollars, global vitamins sanctions represent merely 11% of worldwide damages, and no jurisdiction came close to achieving punitive damages. With sanctions well below 100% of profits, no matter the probability of being caught, it is simply rational for international cartels to be formed ».

6. CJUE, 18 juill. 2013, aff. C 499/11 P, *The Dow Chemical Company*, pt 86 : « l'objectif du coefficient multiplicateur à finalité dissuasive et de la prise en considération [...] de la taille et des ressources globales de l'entreprise en cause réside dans l'impact recherché sur cette entreprise, la sanction ne devant pas être négligeable au regard, notamment, de la capacité financière de ladite entreprise ».

7. TPIUE, 13 sept. 2013, aff. T-548/06 et 566/08, *Total (cire de paraffine) c/ Commission européenne*,

Ce qui nous conduit à laisser au juge le soin de déterminer la part du chiffre d'affaires, au regard des critères énumérés ci-dessus, à condition que cette part dépasse le montant du surprofit ou profit illicite estimé d'une part tout en respectant le plafond légal d'autre part. *En droit des pratiques anticoncurrentielles, en présence d'une infraction lucrative, la proportion de valeur des ventes devrait donc pouvoir dépasser le coefficient légalement prévu, soit 30 %, pour garantir une supériorité de la sanction pécuniaire au strict montant du surprofit. La circonstance aggravante d'infraction lucrative de lege feranda, insérée au Point 46 alinéa 4 du Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, devra donc permettre de dépasser la portion de 30 % pour augmenter le montant de base, à titre d'ajustement final.*

3. Les plafonds légaux

237. **Du plafond fixe au plafond proportionnel.** La plupart des infractions sont assorties d'une peine d'amende assortie d'un plafond exprimant un maximum légal chiffré. Ce dernier peut être un montant fixe à l'instar de la majorité des amendes pénales, ou un montant fluctuant comme en droit des pratiques anticoncurrentielles.

Dans le premier cas, l'inadéquation d'un maximum légal fixe à la faute lucrative est manifeste, si le surprofit dépasse ce maximum légal, le délinquant économique bénéficiera du surplus, sauf si une peine complémentaire de confiscation est prononcée à cet effet. Mais l'amende aura alors manqué partiellement son objectif de dissuasion. Il convient donc d'écarter ce type de plafond.

Dans le second cas, la pertinence du plafond fluctuant dépend de l'assiette du plafond. Lorsque le plafond constitue une proportion du surprofit, son objectif de proportionnalité vient compromettre l'objectif de dissuasion de la sanction. Ce type de plafond existe en droit positif et est également défendu en droit prospectif. On pense tout d'abord au droit des pratiques anticoncurrentielles, dont l'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit un maximum légal équivalant à « 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. (Et si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction pécuniaire est de 3 millions d'euros) ». Il en est de même en droit de l'Union européenne⁰. Au titre des ajustements finaux, figure la « vérification du respect du maximum légal ». Cette étape de la détermination du *quantum* de la sanction, intervient après avoir fixé le montant de base et individualisé celui-ci, au regard des circonstances de l'espèce et de la situation des entreprises. Notons que ce maximum légal a été modifié par la *Loi NRE* du 15 mai 2001: celle-ci a d'une part élargi son assiette (chiffre d'affaires national à mondial) dans le but de « faire échec aux

pt. 463 : « selon la jurisprudence, la dissuasion constituant une finalité de l'amende, l'exigence de l'assurer constitue une exigence générale devant guider la Commission tout au long du calcul du montant de l'amende [...] les exigences de dissuasion ne font pas l'objet d'une appréciation ponctuelle [...] mais doivent sous-tendre l'ensemble du processus de détermination du montant de l'amende ».

1. Art. 23§2 du règlement n° 1/2003, le plafond de l'amende est fixé à « 10 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent ».

stratégies d'évasion »¹. Elle a d'autre part doublé le taux maximum du chiffre d'affaires (5 % à 10 %). Ces mesures visaient sans équivoque à renforcer le caractère dissuasif de la sanction. L'application de ce plafond légal permet donc de ramener le montant d'une sanction pécuniaire à ce plafond chaque fois que le calcul du montant de base individualisé l'excède. Il agit donc comme limite (et non comme point de départ) du calcul du montant de l'amende. L'insertion d'un tel plafond a également été proposée et consacrée en droit des pratiques restrictives, à propos de l'amende civile de l'article L. 442-6, III du Code de commerce, dans le projet de *loi Macron*. Si elle a suscité la controverse², elle a finalement été adoptée³ et ajoutée comme plafond alternatif au plafond proportionnel au profit illicite déjà en vigueur. Une telle articulation de plafonds⁴ n'est pas sans rappeler celle appliquée en droit des marchés. Certains auteurs ont pourtant exprimé leur inquiétude quant à l'absence de lignes directrices à l'endroit des juges pour utiliser un tel plafond⁵.

On remarque qu'une telle modalité a été proposée pour plafonner l'amende civile prononcée contre une personne morale coupable de pollution intentionnelle⁶. Pour souligner la force de ce dispositif, Monsieur Rousseau a calculé qu'une société comme Total qui déclare 200 000 millions d'euros de chiffre d'affaires en 2012 pourrait encourir une amende civile de 20 000 millions d'euros en cas de pollution lucrative⁷. Cette limite a pour but « d'éviter que soient infligées des amendes que les entreprises ne seraient pas en mesure de payer »⁸. Ce n'est donc pas un objectif de dissuasion qui transcende ce plafond, mais un objectif de proportionnalité. Or, si le profit illicite dépasse ce plafond, la sanction manque son objectif confiscatoire et dissuasif. Ne devrait-on pas tirer une leçon de l'évolution de l'amende civile de l'article L. 442-6 III, du Code de commerce ?

1. *Étude thématique, Les sanctions pécuniaires et injonctions*, in *Rap. d'activité du Cons. conc.* 2005, p. 115.

2. Art. 10 D de la petite loi, proposition de plafond à 5% du chiffre d'affaires au lieu du plafond fixe de 2 millions d'euros, plafond réduit à 1 % devant le Sénat par l'*amendement Vaspart*, n° 361.

3. Art. 34 de la petite loi, texte n° 565, « La quatrième phrase du deuxième alinéa du III de l'article L. 442-6 du code de commerce est complétée par les mots, « ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre ».

4. Chagny (M.), « Projet de loi, L'Assemblée nationale introduit en première lecture, des dispositions apportant plusieurs changements au droit des pratiques restrictives de concurrence », *Concurrences* 2015-2, p. 116-117 : l'auteure s'interroge sur l'articulation d'un tel plafond avec le plafond inséré par la *loi LME*, le triple du montant des sommes indûment perçues.

5. *Ibid.* L'auteure s'inquiète toutefois de l'absence de lignes directrices pour la mise en œuvre d'une telle sanction. Si cette méthode semble s'inspirer des modalités de la sanction pécuniaire applicables en droit des pratiques anticoncurrentielles, madame Chagny regrette que cette nouvelle modalité n'ait pas été accompagnée de critères légaux pour aider le juge, à l'instar de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

6. *Rapport pour la réparation du préjudice écologique*, *op. cit.*, proposition d'article 1386-23 du Code civ. « [...] Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise ».

7. Rousseau (F.), « Réflexion sur la répression civile des atteintes à l'environnement. À propos du rapport remis au garde des Sceaux le 17 septembre 2013 relatif à la réparation du préjudice écologique », *Rev. Environnement* 2014, n° 3 étude 3, spéc. n° 13.

8. Bernardeau (L.), Christienne (J.-P.), « Les amendes en droit de la concurrence », *op. cit.*, n° II 1347, p. 678.

En augmentant le plafond de l'amende civile au « triple des sommes indûment versées », le législateur de la loi du 4 août 2008 concilie avec pertinence objectif économique et respect du principe de proportionnalité de l'amende.

Aussi conviendrait-il de prévoir un plafond alternatif, comme en droit des marchés financiers¹ ou en droit des pratiques restrictives de concurrence, *correspondant au décuple des profits illicites ou à 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise*. C'est en outre le plafond proposé dans le rapport relatif à la réparation du préjudice écologique, la référence au chiffre d'affaires n'étant que subsidiaire². Et c'est également le plafond proposé au législateur en réponse à l'*affaire de la Viande chevaline*, à l'occasion de la *Loi Hamon*. Ainsi, pour renforcer la peine d'amende du délit de tromperie, l'article L. 213-1 du Code de la consommation (devenu art. L. 451-5 C. conso.) dispose que « Le montant des peines prévues aux articles L. 451-1 à L. 451-4 peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits »³. Encore faudrait-il que les juges daignent exploiter ces plafonds légaux⁴.

Enfin, nous nous demanderons si l'existence d'un minimum légal participe à l'efficacité d'une amende.

238. Le rôle du minimum légal. Une contradiction se dresse entre le droit pénal français et l'analyse économique quant à la nécessité et la légitimité des *minima* légaux, autrement appelés *peines plancher*.

Par une loi d'adaptation n° 92-1336 du 16 décembre 1992, relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, le législateur a supprimé toutes les peines minimales⁵. Priorité est donnée au pouvoir d'individualisation de la peine du juge⁶ dans la limite toutefois du maximum légal. Ce qui garantit la conformité des dites peines aux principes de nécessité et de proportionnalité de la peine. Cependant, cette règle de prohibition des peines planchers n'a pas empêché la réhabilitation des *minima* pour l'avenir. C'est tout d'abord en droit pénal des marchés financiers, que la peine plancher s'est vue rétablie⁷ puis en matière

1. Art. L. 465-1 al 1^{er} C.M.F. montant maximal de l'amende pénale du délit d'initié est fixé à 100 millions d'euros ou au décuple de l'avantage retiré du délit, Art. L. 621-15, III a) C.M.F., montant maximal de la sanction administrative est fixé à 100 millions d'euros ou au décuple du montant de l'avantage retiré du manquement.

2. *Rapport pour la réparation du préjudice écologique*, *op. cit.*, proposition d'art. 1386-23 Code civ. « [...] L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros. Toutefois, elle peut être portée au décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise ».

3. Art. 131 de la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014.

4. <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, DG Comp, 23 mars 2011, un diagramme des sanctions prononcées par la Commission européenne en matière de cartel montre que le plafond légal n'est pas exploité, ce qui affaiblit une politique de sanction qui se veut dissuasive.

5. Art. 322 de loi d'adaptation n° 92-1336 du 16 décembre 1992, relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, précise que « dans tous les textes prévoyant qu'un crime ou un délit est puni d'une peine d'amende, d'emprisonnement, de détention ou de réclusion, les mentions relatives aux *minima* des peines d'amende ou des peines privatives de liberté encourues sont supprimées ».

6. Art. 132-24 C.P.

7. Sur l'évolution de l'infraction de délit d'initié, voir Royer (G.), *op. cit.*, n° 194, p. 209-210.

de lutte contre la récidive¹. Dans les deux cas, la peine plancher poursuivait un objectif d'efficacité et de dissuasion. Si elle est restée marginale en droit pénal général, celle-ci est solidement instituée en droit des marchés financiers. Ainsi, qu'il s'agisse du délit d'initié² et de la diffusion d'information fautive ou trompeuse³, tous encourent au minimum « une amende de 100 millions euros [dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant de l'avantage retiré du délit], sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit ».

Parce qu'elle est indexée sur le profit réalisé, cette sanction monétaire minimale est conforme à la théorie économique, mais ne réalise pas pour autant l'objectif de dissuasion. En effet, ce dernier exige que le coût de l'infraction soit strictement supérieur au surprofit. Ce qui garantit la confiscation totale du surprofit et un appauvrissement du patrimoine du délinquant. Pour conclure, on pourrait envisager la création d'une nouvelle peine plancher, qui serait, en présence d'une faute lucrative, strictement supérieure au montant du surprofit.

Synthèse I. Ces développements nous ont permis d'établir les modalités de la sanction publique confiscatoire et dissuasive. Non seulement ces modalités de sanction empêchent qu'une infraction ou un délit civil assorti d'une sanction publique expresse procure un profit illicite à son auteur. Mais en outre, ces modalités viennent déjouer le calcul coût-avantage du délinquant économique, dans la mesure où elles garantissent une supériorité du coût par rapport à l'avantage.

La première modalité consiste en une assiette de l'amende proportionnelle au profit illicite réalisé, ou au chiffre d'affaires en lien avec l'activité illicite.

La seconde modalité de la sanction monétaire dissuasive consiste en un coefficient multiplicateur de l'assiette, de sorte que le coût soit strictement supérieur au gain réalisé. Ce dernier sera fixé entre 2 (amende plancher) et 10 fois le surprofit/ ou pour une portion du chiffre d'affaires plafonnée à 10 %. Le coefficient ou la portion du chiffre d'affaires seront fixés au regard des critères suivants, probabilité de détection en fonction du caractère plus ou moins opaque du type de faute lucrative, gravité de la faute (ampleur du dommage objectif), aversion du délinquant au risque ou non.

1. Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive. A titre d'exemple, art. 132-18 C.P.

2. Art. L. 465-1. I A C.M.F.

3. Art. L. 465-3- 2. I C.M.F.

Tableau indicatif, nomenclature de la sanction publique confiscatoire pour le juge

	Assiette	Coefficient	Plafond
Sanction publique monétaire	Alternative, Profit Ou Chiffre d'affaires lié à l'infraction (tout si activité illicite Ou partie si activité licite exercée de manière illicite)	> 1 car probabilité de sanction publique faible - pour le profit, coefficient > 2 - pour le chiffre d'affaires Détermination de la portion de chiffre d'affaires laissée à l'appréciation du juge dans le respect du plafond Critères de choix du coefficient, Probabilité de détection Aversion au risque Gravité de l'infraction	Alternatif, 10 x le profit illicite Ou 10 % du chiffre d'affaires mondial

Les modalités de la *peine* confiscatoire dissuasive ayant été définies, nous nous demanderons si de telles modalités sont destinées à rester cantonnées à la stricte sphère pénale ou au contraire à la transcender.

§ 2 - LA SANCTION MONÉTAIRE CONFISCATOIRE PRIVÉE

239. **Les sanctions monétaires privées possibles.** *Chaque fois que la réparation du préjudice économique causé par une faute lucrative ne permet pas de retirer des mains du responsable l'entier profit illicite, le prononcé d'une sanction confiscatoire indépendante de la réparation est nécessaire.* Reste à savoir quel type de sanction confiscatoire civile serait adapté à la faute lucrative.

On ne peut nier l'existence de sanctions confiscatoires du surprofit en droit positif, la répétition de l'indu l'enrichissement sans cause, les restitutions consécutives au prononcé de la nullité d'un acte juridique sont autant de mesures permettant le retrait d'un profit indu des mains de son auteur. Pourtant, ces moyens se sont avérés inadéquats en présence d'une faute lucrative, soit en raison de conditions d'application trop strictes, soit en raison d'un champ d'application trop restreint inadapté à l'universalité de la faute civile lucrative¹.

Aussi la doctrine a-t-elle cherché une sanction « sur mesure » à la faute lucrative dont le champ d'application épouserait l'universalité de la faute civile lucrative. Les initiatives doctrinales et législatives se sont donc tournées vers

1. Voir *supra*, n° 110.

le droit de la responsabilité civile pour en faire émerger une nouvelle sanction monétaire confiscatoire, plus ou moins assujettie aux dommages et intérêts. Parmi les propositions de sanction monétaire confiscatoire privée, on recense pour l'heure, les dommages et intérêts confiscatoires, restitutoires, punitifs, multiples et l'amende civile¹.

Avant de définir le régime de la sanction monétaire civile confiscatoire (C), il conviendra de discuter le choix de la sanction au regard de notre objectif de dissuasion (A) eu égard aux fonctions de la responsabilité civile (B).

A. Les facteurs de dissuasion de la sanction civile

Annnonce. Au préambule de notre discussion sur le choix de la sanction civile confiscatoire, nous confronterons les sanctions du droit prospectif au modèle économique de la dissuasion. Aussi nous identifierons les modalités assurant un *quantum* confiscatoire (1) et celles favorisant une probabilité forte de sanction (2).

1. Un quantum proportionnel au profit ou au dommage

240. **Le quantum a priori non dissuasif des « sanctions confiscatoires ».** Deux types de sanctions civiles de la faute lucrative poursuivent un objectif « simplement » confiscatoire du surprofit, la confiscation² et la restitution.

Ces mesures ont émergé en réaction à l'incapacité du droit de la responsabilité civile à ôter les surprofits des mains de l'auteur d'une faute lucrative. En effet, parce que le principe de réparation intégrale implique la réparation de tout le dommage, mais rien que le dommage, il fait obstacle à la saisine des profits illicites *a priori*, distincts du dommage³. Les mesures de restitution et de confiscation ont donc vocation à pallier cette carence par la « capture » des profits illicites entre les mains de l'auteur d'une faute lucrative. Ce faisant, elles permettent une remise en l'état antérieur des situations des parties, notamment celle de l'auteur de la faute lucrative⁴. Toutes deux existent déjà en droit positif et sont défendues en droit prospectif.

1. Article 1266-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Pour connaître notre avis détaillé sur cette disposition du projet, voir : Fournier-de Crouy (N.), « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », *LPA* 8 nov. 2017, n° 223, p. 5 et s.

2. Sur la confiscation : Mesa (R.), « La consécration d'une responsabilité punitive, une solution au problème des fautes lucratives », *Gaz. Pal.* 2009, n° 325, p. 15 : l'auteur préconise la consécration d'un principe de restitution intégrale. Du même auteur : « Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », *JCP G* 2012, n° 20, p. 625, « La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », *LPA* février 2012, n° 41, doct. p. 5 et s. : selon l'auteur, les profits illicites doivent être restitués, mais pas nécessairement à la victime. Il préconise l'affectation des dits profits à un fonds d'indemnisation des victimes.

3. Voir *supra*, n° 116.

4. Mesa (R.), « Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », *op. cit.*, : l'auteur préconise la consécration d'un principe de restitution intégrale complémentaire du principe de réparation intégrale qui doit « conduire à replacer le fautif dans la situation qui aurait été la sienne sans la commission de la faute ».

C'est tout d'abord en droit des pratiques restrictives à l'article L. 442-6, du Code de commerce que confiscation et restitution ont été expressément instaurés pour lutter contre un type de faute lucrative, à travers la sanction de « répétition de l'indu ». La chambre commerciale précisant que par « indu », il faut entendre un « avantage sans contrepartie » qui procure un enrichissement illégitime ou sans cause, à l'opérateur déloyal¹. Cette mesure a donc pour objectif de confisquer l'avantage indu et le cas échéant à le restituer à la victime si elle en fait la demande. Parce qu'elle n'entraîne aucun appauvrissement du responsable (seulement un rééquilibrage des patrimoines entre le *solvens* et l'*accipiens*), elle ne présente pas les caractéristiques d'une sanction répressive². Par conséquent quelque soit le montant de la répétition de l'indu, la chambre commerciale a considéré que « les restitutions étant prononcées par le juge en réparation du préjudice subi et non à titre de sanction », elle n'est pas soumise au principe de proportionnalité des peines³. Ce mécanisme n'est d'ailleurs pas sans rappeler les *restitutionary damages* et les *disgorgement damages* du droit anglais dont l'objectif est de rétablir l'équilibre rompu par une violation lucrative du contrat afin d'empêcher l'enrichissement injuste^{4,5}.

Puis c'est, en droit civil de la contrefaçon que la sanction confiscatoire du profit illicite s'est implantée. Le dispositif de l'article L. 615-7 alinéa 3 du Code de propriété intellectuelle cible non seulement les *bénéfices* du contrefacteur, mais également les « économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels ».

Enfin, le choix d'une assiette égale au profit illicite de la faute lucrative est visé et préconisé en droit prospectif dans le *Projet Terré*⁶. Les dommages et intérêts restitutoires sont consacrés à l'article 54 comme remède civil contre les fautes lucratives délictuelles⁷ et à l'article 120 comme remède contre le « dol lucratif » au sens de Monsieur Rémy, c'est-à-dire, l'inexécution volontaire du contrat⁸. Au

1. Cass. com., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-15296, *Bull. civ.* 2011, IV, n° 161, *D.* 2011.2961, obs. Y. Serra : « un avantage indu reçu par le distributeur du fournisseur ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu par le distributeur au fournisseur ou manifestement disproportionné au regard du service rendu ».

2. Voir *infra*, n° 303 et s.

3. Cass. com. 10 septembre 2013, n° 12-21.804, *D.* 2013.2812, obs. Y. Serra : rejetant le 3^e moyen du pourvoi formé par la société Carrefour hypermarchés contre un arrêt d'appel qui l'avait condamné, sur demande du ministre de l'Économie conformément à l'article L. 442-6-III du Code de commerce, nullité de la clause déséquilibrée, amende civile et restitution de l'indu, la chambre commerciale a jugé que « les restitutions étant prononcées par le juge en réparation du préjudice subi et non à titre de sanction, sont inopérants les griefs pris du caractère disproportionné de la sanction et de l'atteinte au droit de propriété de la personne condamnée ».

4. Laithier (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2004, spéc. n° 437, p. 525 : sanction préconisée en cas de violation lucrative, selon l'auteur, les restitutions doivent être plafonnées au montant de l'enrichissement du débiteur fautif.

5. Voir *infra*, n° 252.

6. Rémy-Corlay (P.), « De la réparation », in Terré (F.) (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 191 et s., spéc. p. 199.

7. Art. 54 du *Projet Terré*, « Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçu le demandeur au titre des dommages et intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité ».

8. Art. 120 du *Projet Terré* : « en cas de dol, le créancier de l'obligation inexécutée peut préférer demander au juge que le débiteur soit condamné à lui verser tout ou partie du profit retiré de l'inexécu-

soutien de son choix de sanction, l'auteur explique dans l'exposé des motifs du projet que les dommages et intérêts punitifs sont à l'« atteinte grave à des droits spécialement protégés » ce que la restitution du profit retiré par le défendeur est à « la faute lucrative ». Tandis que les dommages et intérêts punitifs visent à « dissuader de toute atteinte grave et délibérée à des intérêts que l'on juge fondamentaux », les dommages et intérêts restitutoires visent à « prévenir un calcul malicieux » en restituant à la victime le profit illicite retiré par l'auteur d'un délit civil lucratif. Notons cependant qu'une faute lucrative peut aussi porter atteinte à des droits fondamentaux comme nous l'avons vu en première partie. Le multiple pourrait donc également se justifier en présence d'une faute lucrative civile particulièrement grave (et ne donnant pas lieu au prononcé d'une sanction publique dissuasive). Enfin, on trouve également l'option de restitution des profits dans le Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires du droit de la concurrence de 2005¹. Mais cette option ne sera reprise ni dans le *Livre blanc* de 2008² ni dans la directive adoptée le 26 novembre 2014³.

Les sanctions de restitution/confiscation ont toutes deux pour objectif de retirer les surprofits des mains de l'auteur de la faute lucrative et uniquement cela. Parce que leur assiette se limite au montant du profit illicite, elles ont été qualifiées de « sanctions normatives »⁴. Mais comme le fait remarquer Madame Grare-Didier en retirant seulement le bénéfice, ces sanctions « autorisent un calcul probabilité » et ne garantissent pas une efficacité certaine⁵. Pour autant, gardons-nous de conclusion trop hâtive à leur sujet, d'autres modalités leur permettraient de retrouver un effet dissuasif au sens de la théorie économique, telle que l'universalité de leur champ d'application⁶.

D'autres sanctions civiles proposent à l'inverse un *quantum* supérieur au profit illicite.

241. **Le quantum dissuasif des dommages et intérêts « multiples »**. Inspirés des *exemplary damages* anglais ou *punitive damages* américains, les dom-

tion ». Voir : Rémy (P.), « Les dommages et intérêts », in Terré (F.), (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thème et commentaires, 2009, p. 281, spéc. p. 286.

1. Comm. C. E, *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM (2005) 672 final, disp. en ligne sur le site de la Commission, décembre 2005, options 15 et 16, p. 8 : « Les dommages et intérêts à accorder sont définis en fonction du gain illicite réalisé par l'auteur de l'infraction (récupération d'un gain illicite », « doublement des dommages et intérêts en cas d'entente horizontale ».

2. Comm. CE, *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM (2008) 165 final, disp. en ligne sur le site de la Commission, avril 2008, point 2.5.

3. Comm. Eur, *Directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne*, 26 novembre 2014, spéc. Art. 3 alinéa 3 : « La réparation intégrale au sens de la présente directive n'entraîne pas de réparation excessive, que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types de dommages et intérêts ».

4. Viney (G.), *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile*, D. 2009, p. 2944 : l'auteur qualifie ces deux mesures de « sanctions normatives ».

5. Grare-Didier (C.), *op. cit.*, n° 497, p. 374 : L'auteur remarque que « priver le fautif du seul bénéfice ne permet pas une sanction efficace, car elle autorise un calcul probabilité ».

6. Voir *infra*, n° 243.

mages et intérêts multiples est une autre sanction civile possible de la faute lucrative, dont la consécration en droit positif est aussi attendue que controversée. L'efficacité de cet outil juridique a pourtant séduit une grande partie de la doctrine¹ au point qu'il a influencé des projets de réforme du droit de la responsabilité civile. Vérifions la concordance des dispositifs prospectifs avec les exigences de la théorie économique.

C'est l'avant-projet de réforme du droit des obligations, dit *projet Catala* qui proposa la première consécration des dommages et intérêts multiples, sous forme de dommages et intérêts punitifs en cas de faute lucrative². Celle-ci s'inscrit dans un article 1371 aux termes duquel l'auteur d'une faute lucrative peut être condamné « à des dommages et intérêts punitifs ». En ce qui concerne l'assiette de ces derniers, il est précisé que leur « montant devra être distingué de celui des dommages et intérêts compensatoires ». En dépit de son caractère novateur, ce dispositif est laconique, d'une part l'avant-projet ne précise pas l'assiette des dommages et intérêts punitifs qu'il consacre ni le coefficient qui lui serait assorti³. L'esprit du texte reflète toutefois une recherche de sévérité et une finalité punitive⁴, ce qui suppose un dépassement du *quantum* des dommages et intérêts punitifs sur le montant des profits illicites.

La consécration des dommages et intérêts punitifs en cas de faute lucrative est confortée par la recommandation 24 de la proposition de *loi Béteille*⁵. Contrairement au texte précédent, ledit dispositif précise l'assiette du *quantum*

1. Hugueney (L.), *L'idée de peine privée en droit contemporain*, th. Dijon, 1904, du même auteur, « Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX^e siècle », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges Ripert*, T. II, LGDJ, 1950, Starck (B.), *Essai sur la responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947, Carval (S.), *La responsabilité dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, Jault (A.), *La notion de peine privée*, thèse, LGDJ, 2005, Piedelièvre (S.), « Les dommages et intérêts punitifs, une solution d'avenir ? », *Resp. civ. et assur.* juin 2001 (hors série), p. 68-72, Grare (C.), *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz, 2005, n° 297 et s., Jauffret-Spinozi (C.), « Dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger », in colloque « Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ? », (dir) M. Behar-Touchais, *LPA* 20 novembre 2002 n° 232, p. 8, Dreyer (E.), « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G* 2008, I, 201, Teller (M.), « Faut-il créer des dommages et intérêts punitifs ? », *Dr. env.* 2012, dossier 10, Pierre (P.), « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats », *RDC* 2010, p. 1117 et s.

2. *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, Rap. à P. Clément, garde des Sceaux, ministre de la Justice, 22 sept. 2005, spéc. Art. 1371 : « l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages et 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 ».

3. Sur les lacunes du texte voir aussi : Carval (S.), « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », *RDC* 2006, n° 3, p. 822, spé.III.

4. *Avant-projet Catala*, *op. cit.*, p. 168 : « En ce qui concerne les fonctions assignées à la responsabilité, les textes proposés accordent la première place à la réparation, conformément au droit actuel ». La responsabilité civile se voit donc assigner une nouvelle fonction « punitive », qui cependant demeure accessoire à la fonction réparatrice dont la prévalence est rappelée à titre liminaire dans l'exposé des motifs reproduits ci-contre.

5. *Proposition de loi portant réforme du droit de la responsabilité civile*, La documentation française, p. 100, spéc. recommandation 24, propose d'« autoriser les dommages et intérêts punitifs en cas de fautes lucratives dans certains contentieux spécialisés versés par priorité à la victime et, pour une part définie par le juge, à un fonds d'indemnisation ou, à défaut au Trésor public, et dont le montant serait fixé en fonction de celui des dommages et intérêts compensatoires ».

à travers ces mots, « dont le montant serait fixé en fonction de celui des dommages et intérêts compensatoires ». Prendre pour assiette le dommage constitue une modalité conforme à la théorie économique et pertinente de surcroît, notamment lorsque le *quantum* de ce dernier dépasse celui du surprofit. On regrettera néanmoins l'approximation du coefficient multiplicateur à travers la formule « en fonction de ».

Il conviendra également de citer une disposition d'un projet européen, pourtant fidèle aux exigences de la théorie économique, mais avortée¹. L'option 16 du *Livre vert* sur les actions en réparation en droit de la concurrence prévoyait un doublement des dommages et intérêts en cas d'entente horizontale². L'assiette et le coefficient multiplicateur d'un tel dispositif assurait un effet dissuasif prometteur.

Enfin, nous relèverons une proposition doctrinale, marginale, mais fort intéressante de dommages et intérêts punitifs³, ceux de l'avocat général Lindon en matière de presse à scandale. Ce dernier préconisait, dans un objectif assumé de dissuasion, de multiplier les dommages et intérêts dus à une victime d'un numéro litigieux par le nombre de tirages. Il justifiait sa proposition par l'idée que le préjudice est à la mesure du nombre de lecteurs d'un journal, tout en indiquant que ce nombre peut être connu grâce au tirage publié dans chaque numéro.

Ce recensement des dispositifs, bien que prospectifs, de dommages et intérêts punitifs nous permet d'en mesurer les forces et les faiblesses. Ce qui est une étape préalable indispensable à l'édification du régime de la sanction civile dissuasive.

Conclusion. Le *quantum* des dommages et intérêts punitifs ou multiples concorde avec le *quantum* de la sanction optimale, et ce, quelle que soit l'assiette de la sanction (surprofit ou dommage).

2. Des éléments garantissant une probabilité forte de la sanction civile

242. **L'affectation du gain à la victime.** Les trois sanctions analysées ici relèvent de l'action privée. Leur mise en œuvre dépend donc de l'exercice effectif du droit d'agir des victimes. Or, l'effectivité de la sanction des profits illicites repose en partie sur l'intérêt retiré par la victime. Par conséquent, plus grand sera cet intérêt, plus forte sera la probabilité d'action. Et force est de constater que l'intérêt retiré par la victime des trois mesures étudiées diffère sensiblement.

1. La disposition n'a finalement pas été retenue dans la directive du 17 avril 2014 relative aux actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

2. *Livre vert* 2005, *op. cit.*, spéc. option 16 « Doublement des dommages et intérêts dans le cas des ententes horizontales. Ce doublement pourrait être automatique, conditionnel ou laissé à la discrétion du tribunal ».

3. Lindon (R.), note sous Paris, 26 avril 1983, *D.* 1983, J, 376 : « Une solution paraît pouvoir être trouvée [...], en évaluant le préjudice subi par la victime du fait de la réaction dommageable d'un seul lecteur, par exemple à quinze, vingt ou cinquante francs, et en multipliant ce nombre par celui du tirage, on aboutit à une indemnité tenant compte de cette réalisation que le préjudice est proportionnel au profit réalisé par le responsable de la faute commise ». Voir aussi : Carval (S.), *op. cit.*, n° 33, p. 35.

Tout d'abord, en présence d'une mesure de confiscation des profits, la victime n'en est pas le récipiendaire. C'est au trésor public ou à un fonds de garantie que seront versés les surprofits. Par conséquent, l'intérêt économique de la victime est nul. Cette absence d'intérêt économique peut se révéler très décourageante notamment si le dommage de la victime est dérisoire.

En présence d'une mesure de restitution des profits (de toute ou partie), l'intérêt économique de la victime est certain puisque les profits lui sont affectés. C'est le dispositif consacré en droit civil de la contrefaçon. Pris en compte dans le calcul de l'indemnisation, les bénéfices du contrefacteur ont désormais vocation à être restitués au titulaire du droit. L'élargissement des *bénéfices* du contrefacteur aux « économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels » par la dernière loi s'inscrit également dans cette logique de restitution.

Enfin, en présence de dommages et intérêts punitifs, il est deux cas qu'il convient de distinguer, le montant extra-compensatoire de ladite sanction peut être affecté soit à la victime, soit à un tiers. Dans le premier cas, l'intérêt de la victime est décuplé pour deux raisons, d'une part, le montant de la sanction est supérieur au montant du dommage d'autre part le montant de la sanction lui profite. C'est précisément la modalité qui différencie la peine publique de la *peine privée*¹. Il en découle un « enrichissement de la victime », facteur redoutable d'incitation aux actions en réparation. C'est un argument fréquemment avancé par la doctrine concurrentialiste pour lutter contre les pratiques anti-concurrentielles. L'appât du gain permet en effet d'inciter les victimes à dénoncer ces pratiques, afin qu'ils deviennent des « procureurs privés »². Il ne faudrait toutefois pas que les victimes en tirent un enrichissement injuste à leur tour³.

Toutefois, cette modalité ne fait pas l'unanimité dans les projets précités, tandis que la *loi Béteille* recommande de les verser « par priorité à la victime et pour une part définie par le juge à un fonds d'indemnisation ou, à défaut au trésor public », l'article 1371 de l'*avant-projet Catala* précisant que « le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public » des dommages et intérêts punitifs. Elle n'a d'ailleurs pas été choisie par le législateur puisque l'article 1266-1 du projet de réforme de responsabilité civile consacre une amende civile en cas de faute lucrative.

243. **L'universalisme de la « sanction confiscatoire »**. L'un des atouts de la sanction confiscatoire consiste en son universalité⁴. Adjointe à la demande de réparation du préjudice au terme d'une action en responsabilité civile de l'auteur

1. Huguency (L.), *op. cit.*, p. 17, n° 3 : l'auteur identifie deux caractéristiques essentielles de la notion de peine privée, celle de profiter à l'individu (et non à la collectivité à l'instar de la peine publique) et sa nature civile au sens large (non pénale), « la peine privée profite à l'individu, plus exactement à la victime, elle se réalise par les moyens du droit civil, plus largement du droit privé ».

2. Saint-Esteben (R.), « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », in « Faut-il moraliser le droit de la réparation », *op. cit.*, p. 53-63, spéc. p. 56, Amaro (R.), *Le contentieux privé du droit des pratiques anticoncurrentielles*, Bruylant, 2013, proposition n° 39 propre « au contentieux autonome » (*private enforcement exclusif*).

3. Voir *infra*, n° 250.

4. Pierre (P.), « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats, rapport français », in « Les mutations du droit des contrats », Actes du colloque tenu à Rennes les 5 et 6 novembre 2009, *RDC* 2010/3, p. 1117-1129 : l'auteur souligne l'intérêt d'une « clause générale » telle qu'elle résulte de l'article 1371 de l'*avant-projet Catala*, adaptée à la diversité de la faute lucrative.

d'une faute lucrative, ces sanctions de restitution/confiscation bénéficieraient donc de l'universalisme du régime de la faute civile (contractuelle ou délictuelle).

Contrairement aux dommages et intérêts punitifs dont on pressent la nature répressive et ce faisant leur enfermement dans un principe de légalité¹, ces sanctions normatives profiteront de l'universalisme de la faute civile. Nul besoin de les cantonner dans un champ d'application strict. Ces mesures auraient donc vocation à s'appliquer toutes les fois que le juge, saisi d'une action en responsabilité civile, constatera l'existence d'un surprofit corrélé à une faute dommageable.

Une telle sanction confiscatoire tirerait profit du champ d'application universel de la responsabilité civile. Une telle facilité de mise en œuvre contribuerait à augmenter la probabilité de son prononcé, ce qui compenserait le *quantum* restreint de la sanction confiscatoire. Elle pourrait donc s'avérer dissuasive, sous réserve que la sanction de confiscation soit systématiquement réclamée par la victime et prononcée par le juge, conformément à la théorie économique.

Conclusion. Parce que l'affectation du gain à la victime et la filiation d'une « sanction confiscatoire » au principe général de responsabilité du fait personnel favorisent sa mise en œuvre, de telles modalités peuvent lui faire produire un effet dissuasif.

B. Les obstacles à la dissuasion en droit de la responsabilité civile

Annnonce. Il est intéressant d'observer que la directive n° 2014/104 du 26 novembre 2014 relative aux actions en réparation des dommages concurrentiels, laquelle s'inscrit dans une politique de dissuasion des pratiques anticoncurrentielles², a explicitement écarté toute « réparation excessive »³. En dépit de leur vertu dissuasive, les dommages et intérêts extra-compensatoires suscitent le débat.

Nous verrons en effet que les facteurs de dissuasion d'une sanction civile monétaire que nous avons mis en lumière peuvent se heurter à des obstacles. En effet, si la dissuasion doit employer les moyens de la répression, elle soulève la question des fonctions de la responsabilité civile (1). Par ailleurs, si la dissuasion requiert l'enrichissement de la victime, il faudra s'interroger sur la légitimité de cet avantage (2). Enfin, nous nous prononcerons en faveur d'une sanction privée dite « plurielle », permettant de s'ajuster aux différentes hypothèses de faute lucrative (3).

1. Voir *infra*, n° 303 et 309.

2. Directive 2010/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, csdt. 5 : « les actions en dommages et intérêts ne sont qu'un élément parmi d'autres d'un système efficace de sanction des infractions au droit de la concurrence sur l'initiative de la sphère privée [...] ».

3. Art. 3.3 de la directive, préc. : « La réparation intégrale au sens de la présente directive n'entraîne pas de réparation excessive, que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types de dommages et intérêts ». C'est donc le principe de réparation intégrale qui est rappelé à l'article 3 de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017.

1. *L'admission controversée d'une fonction punitive adossée à la responsabilité civile*

244. *L'impact de l'objectif de dissuasion sur la qualification de la sanction civile.* À la différence des mesures de confiscation ou de restitution, qui cherchent avant tout à retirer le profit illicite des mains du responsable, les dommages et intérêts punitifs visent, comme leur nom l'indique, à punir, voire le cas échéant à dissuader¹.

En dépit de la nature civile de la règle qu'il sanctionne et de la qualité de personne privée de l'initiateur, ce type de sanction civile pourrait recevoir la qualification de « sanction répressive »². Il s'agirait d'une *peine, lato sensu*, mais non publique puisqu'elle est mise en œuvre par la victime. Plus précisément, les dommages et intérêts punitifs recèlent deux qualifications différentes, ils sont une *peine privée* lorsque le produit de la sanction profite à la victime, ils sont une *peine semi-privée*, lorsque le produit de la sanction est affecté à un tiers (fonds d'indemnisation, trésor public)³. Or, vêtir le droit de la responsabilité civile d'une telle sanction punitive privée pose la question inéluctable de la fonction répressive, punitive de la responsabilité civile.

245. *La peine privée témoin d'une fonction punitive de la responsabilité civile.* Cette question n'est pas nouvelle. Et les réflexions menées sur la peine privée aboutissent généralement à la reconnaissance d'une fonction punitive au droit de la responsabilité civile.

C'est tout d'abord les travaux de Demogue qu'il convient de citer, lesquels contribuèrent à définir et à comprendre la notion de *peine privée*. D'après cet auteur, la *peine privée* est « une notion fondamentale du droit privé », puisqu'elle vient « pallier l'intermédiaire dans les cas où le simple effacement du dommage serait insuffisant et où la peine publique serait trop sévère »⁴. Il s'agirait donc d'un palliatif à l'absence de peine publique et à l'insuffisance du principe de réparation intégrale, pour sanctionner des comportements fautifs. L'objectif recherché par le juge en aggravant la condamnation est sans conteste de « punir » l'auteur de l'atteinte et de le dissuader de réitérer le comportement. Et parce que ce remède indexé sur la mesure de réparation est maîtrisé par la victime qui en tire profit à son tour, il est qualifié de « peine privée ».

Plus tard, Boris Starck ira jusqu'à démontrer que la peine privée s'impose en présence d'une faute lucrative. S'inscrivant dans la continuité de la réflexion de Demogue, Boris Starck consacre une thèse aux fonctions de garantie et de peine privée de la responsabilité civile. De même que son prédécesseur, il justifie l'existence de cette fonction répressive de la responsabilité civile par les caren-

1. Sur la distinction entre dissuasion et punition : voir *infra*, n° 295.

2. Voir *infra*, n° 301 et s.

3. Carval (S.), *op. cit.*, n° 277, p. 317 : l'auteur explique que si peine est affectée à une personne publique, on parlerait de « peine semi-privée ».

4. Demogue (R.), *Traité des obligations en général*, T. IV, 1924, n° 510-511, spéc. p. 250. Autres définitions : Jault (A.), *La notion de peine privée*, LGDJ, 2005, n° 415, p. 273 : l'auteur conclut ses travaux en proposant une définition de la peine privée : « La peine privée est une sanction civile punitive indépendante de toute idée réparatrice, infligée à l'auteur d'une faute qui lui est moralement imputable au profit exclusif de la victime qui peut, seule en demander l'application ».

ces du droit pénal, « le droit civil joue le rôle d'auxiliaire du droit pénal lequel ne peut assumer entièrement le rôle répressif et préventif qui lui appartient »¹. Et selon lui, la peine privée se justifie chaque fois qu'un dommage est causé par une faute (à la différence de la fonction de garantie qui s'exprime lorsque le dommage est causé par un acte licite). Concernant le montant de la peine privée, il explique que si la condamnation aux dommages et intérêt suffit généralement à faire office de peine privée, il est un cas précis où la peine privée peut dépasser le strict montant du dommage, lorsque le bénéfice tiré de la faute est supérieur au dommage². On en déduit que non seulement la responsabilité civile recèle une fonction punitive, mais qui plus est, doit s'exprimer spécialement en cas de faute lucrative. Le montant de la peine privée doit alors « absorber tout le profit retiré par le défendeur et le cas échéant, lui imposer quelque charge supplémentaire »³ affirme-t-il. L'auteur ajoute qu'en cas de faute lucrative dolosive, la condamnation pourrait aller jusqu'au double⁴.

En dépit de ces démonstrations convaincantes de l'existence d'une fonction répressive de la responsabilité civile, l'adoption de dommages et intérêts punitifs nourrit une controverse sans issue.

246. **Les arguments de la controverse.** Les auteurs favorables voient en la *peine privée* ou *semi-privée* privée une arme civile puissante de moralisation des comportements⁵, requise notamment sur les marchés⁶. Tandis que la menace d'une régression du droit hante les pourfendeurs de la *peine privée*⁷. Pour Monsieur Piédelièvre, il faudrait s'en priver parce qu'elle est une « fausse bonne idée »⁸. Il ne faudrait pas en effet que de telles innovations, fondamentalement dérogoires au droit commun de la responsabilité civile soient consacrées seulement pour en pallier les lacunes et encore moins pour suppléer l'absence de condamnation à une sanction répressive lorsqu'elle est prévue par le droit, explique-t-il. Ne nous laissons pas convaincre par des arguments d'efficacité et de simplicité. Car la valeur d'efficacité d'une telle solution masque le coût de la facilité, l'incohérence.

Enfin, la seule bonne idée consisterait à réhabiliter une véritable fonction normative, de réveiller la belle endormie et de responsabiliser l'activité des hommes

1. Starck (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 368.

2. Starck (B.), op. cit., p. 421.

3. *Ibid.* p. 422.

4. *Loc. cit.* : l'auteur distingue la faute lourde lucrative « non intentionnelle » de la faute lucrative intentionnelle, qu'il nomme « dol lucratif ».

5. Starck (B.), op. cit., Viney (G.), op. cit., Carval (S.), op. cit., Mazeaud (D.), *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992.

6. Chagny (M.), « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP G* uin 2006, n° 25, I. 149, Saint-Esteben (R.), « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs, in Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles », *LPA* 20 janvier 2005, n° 14, p. 53-63.

7. Mazeaud (H.), Mazeaud (L.), Tunc (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. III, Montchrestien, 5^e éd. 1960, n° 2352 et s. : pour ces auteurs, la peine privée est une institution barbare destinée à assouvir les besoins de vengeance des victimes, à l'instar des anciennes compositions germaniques.

8. Piédelièvre (S.), « Les dommages et intérêts punitifs, une solution d'avenir ? », *Revue Responsabilité civile et assurances*, hors-série Juin 2001, étude 13, spéc. n° 22.

au moyen de « sanctions civiles normatives » telles que les mesures de restitution ou de confiscation, indépendantes de la réparation du dommage. Commencer par sanctionner le profit illicite en le restituant ou en le confisquant, ce que ne permet pas encore le droit français, serait une première étape salutaire et raisonnable. Comme le soutient Madame Grare Didier, « toute faute doit pouvoir trouver sa sanction dans une réparation-expiation »¹.

Sensibles aux arguments civilistes de cohérence du droit de la responsabilité civile, nous ne pouvons par ailleurs nier la réalité croissante de la *peine privée* en droit français et en droit comparé.

247. **La réalité croissante de la peine privée en droit positif.** La *peine privée* est une réalité indéniable non seulement prétorienne, mais également doctrinale, voire légale.

Tout d'abord, on ne peut occulter l'accueil fait par la première chambre civile aux dommages et intérêts punitifs en droit international privé. En effet, dans un arrêt du 1^{er} décembre 2010, la première chambre civile a jugé que « si le principe d'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur »². Le message est clair, la *peine privée* est conforme à l'ordre public international français, sous réserve que son régime soit conforme aux garanties essentielles d'une sanction répressive.

Le regain d'intérêt que ce sujet suscite en doctrine est également révélateur. Des auteurs tels que Monsieur Mazeaud insistent sur le fait que le Code civil prévoit déjà des instruments comparables à des peines privées. C'est le cas notamment de la clause pénale, en ce qu'elle permet d'infliger à un cocontractant qui ne s'exécute pas une sanction pécuniaire supérieure au préjudice résultant de l'inexécution contractuelle, afin de le dissuader de faillir à ses engagements³. C'est aussi le cas de l'astreinte⁴ et des dommages et intérêts extra compensatoires définis à l'article L. 211-14 du Code des assurances⁵.

1. Grare-Didier (C.), *op. cit.*, n° 475, p. 355.

2. Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, n° 09-13303, *JurisData* n° 2010-022675, *RLDC* 2011, p. 3, obs. J. Mestre, *RDC* 2011, p. 459, obs. S. Carval. Dans cet arrêt, la première chambre civile a statué pour la première fois sur la possible reconnaissance en France de décisions étrangères ayant prononcé une condamnation à des dommages-intérêts punitifs. La juridiction suprême rejette le pourvoi des acquéreurs formé contre l'arrêt d'appel qui avait décidé que les dommages et intérêts punitifs étaient contraire à l'ordre public international, en posant que « si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur ». Les dommages et intérêts punitifs ne seraient donc pas contraires à l'ordre public français sous réserve de leur caractère proportionné au préjudice subi.

3. Mazeaud (D.), *La notion de clause pénale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992.

4. Sur la qualification d'astreinte de peine privée pécuniaire : Grare-Didier (C.), *op. cit.*, n° 135, p. 105. Sur l'utilisation possible de l'astreinte à des fins restitutoires : T. Com. Bobigny, 26 septembre 2013, RG 2013R00400, des grandes enseignes de bricolage qui ont respecté l'interdiction d'ouvrir le dimanche mettent en œuvre une action en concurrence déloyale à l'encontre des enseignes qui ont bravé cet interdit. Le juge des référés condamne les sociétés défenderesses à fermer les magasins le dimanche, sous astreinte dont le montant fut fixé à hauteur du profit illicite. Sur cet arrêt, voir, Sejean (M.), « La restitution du profit illicite », *RIDC* 2014-2, p. 345-362, spéc. p. 354 et s.

5. Art. L. 211-14 C. ass. : « Si le juge qui fixe l'indemnité estime que l'offre proposée par l'assureur était manifestement insuffisante, il condamne d'office l'assureur à verser au fonds de garantie prévu

D'autres auteurs tels que Boris Starck, Madame Viney et Madame Carval ont démontré que le droit civil arborait une fonction punitive, au moins dans son application. Madame Viney ira même jusqu'à soutenir que « les principes juridiques sont faits pour servir la justice et non l'inverse », il ne faut donc pas hésiter à renouveler des principes qui s'essouffent (notamment le principe de la réparation intégrale)¹. En outre, Madame Carval fait observer à bon escient qu'en présence d'un mouvement de dépenalisation de la vie économique, la *peine privée* pourrait être une « séduisante solution de rechange » pour punir la faute². Nous ajouterons que même en présence d'une *peine publique* (et civile³) légalement prévue, la *peine privée* pourrait avoir un rôle à jouer si la première n'est pas mise en œuvre par l'autorité habilitée⁴. La *peine privée* viendrait alors pallier l'inertie des autorités publiques et ce faisant l'absence d'action publique confiscatoire.

Réalité émergente en droit positif, la *peine privée* est par ailleurs une réalité en droit comparé, mais une réalité contrastée.

248. **La réalité contrastée de la peine privée en droit comparé.** Contrairement aux sanctions normatives confiscatoires (restitution/confiscation) qui sont répandues aussi bien dans les pays de *Common law* que de *Civil Law*, la *peine privée* ne fait pas l'unanimité. Présente et vigoureuse dans les premiers, elle est plus timorée dans les seconds.

C'est en droit anglais que les dommages et intérêts punitifs sont nés, sous le nom d'*exemplary damages*, au XVIII^e siècle. Ils apparaissent dès leur consécration comme une anomalie dans le droit de la responsabilité du *Common law*, « *tort Law* » où les dommages et intérêts, *remedy* par excellence, sont par nature indemnitaires. De nombreuses raisons tant substantielles que procédurales expliquent la naissance de cette institution hybride, à mi-chemin entre droit civil et droit pénal, notamment l'absence d'action civile en réparation dans la procédure pénale anglaise⁵. Par conséquent, plutôt que de saisir le juge pénal, ce *remedy* permit aux victimes de demander à un juge civil une indemnité non compensatrice pour punir celui qui a mal agi et de le dissuader de recommencer. Historiquement cantonnée à deux situations⁶, cette institution a connu une période

par l'article L. 421-1 [accidents de la circulation] une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité allouée, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime ».

1. Viney (G.), « *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile* », D. 2009, p. 2944.

2. Carval (S.), *op. cit.*, n° 194, p. 206.

3. On pense à l'amende civile prévue à l'article L. 442-6, III C. com en matière de pratiques commerciales déloyales.

4. Pour l'heure, l'amende civile n'a été réclamée que *via* l'action du ministre de l'Économie, dans un contentieux ciblé, celui de la grande distribution. Mais il est d'autres contentieux dans laquelle l'amende civile pourrait confisquer un profit indu. À défaut d'action du ministre et du ministère public, des profits indus demeurent entre les mains des auteurs de pratiques commerciales déloyales.

5. Jauffret-Spinozi (C.), « Dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger », *in* colloque « Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ? », *op. cit.*, n° 232, p. 8.

6. Abus de pouvoir de l'administration portant atteinte à la liberté individuelle « *abuse of executive power* », *Affaire Huckle c/Money* en 1763 ((1763) 2 Wils K.B. 205). La victime avait été retenue en vertu d'un mandat de perquisition illégal pendant plus de six heures, Diffamation, *Affaire Cassel & Co Ltd c/Broome* du 23 février 1972 (1972 A.C. 1027), un auteur a été condamné à payer des dommages et intérêts punitifs dans un procès en diffamation pour avoir critiqué gravement le comportement d'un capitaine de navire au cours d'une grave catastrophe maritime.

florissante de *torts* y ouvrant droit, avant qu'une décision célèbre ne restreigne leur champ d'application¹. Seules trois situations n'y ouvrent droit désormais, les conduites « oppressives, arbitraires et inconstitutionnelles » commises par des agents du gouvernement, les cas où « la conduite du défendeur avait pour but de lui rapporter un avantage supérieur à l'indemnisation à laquelle il aurait pu être condamné » et les cas où les dommages et intérêts punitifs sont expressément prévus par la loi. Après avoir essaimé dans les pays du *Common Wealth*, les dommages et intérêts punitifs ont été très favorablement accueillis aux États-Unis et considérablement développés, sous le nom de *punitive damages*. Le courant d'analyse économique du droit a créé un climat indiscutablement favorable à un tel outil, dont le rôle dissuasif répond aux critères éducatif et économique d'une décision de justice américaine. Si leur domaine d'application apparaît plus large aux États-Unis, c'est principalement dans quatre types de contentieux qu'on les rencontre, en matière de responsabilité pour dommages causés par des produits dangereux², en cas de rupture frauduleuse de relations contractuelles³, en *droit antitrust*⁴ ainsi qu'en matière de contrefaçon⁵.

À l'inverse, pour l'heure les pays de *Civil Law*⁶ rejettent en masse les dommages et intérêts punitifs. C'est le cas de l'Italie qui refuse par principe les dommages et intérêts punitifs. Dans un arrêt du 19 janvier 2007, la Haute Cour italienne a refusé l'*exequatur* d'une décision américaine octroyant des dommages et intérêts punitifs au motif qu'une telle condamnation était contraire à la logique du droit italien⁷. De même, leurs homologues allemands refusent

1. Arrêt de principe *Court of Appeal, Rooks c/Barnard* ((1964) A.C. 1129) confirmé par l'arrêt *AB c/South West Water Services* ((1993) Q.B.507).

2. *Affaire Grimshaw c/Ford motor co* (117 Cal. Repr 348 (Cal 1981), cité in Martins-Cota (J.), Souza Pargendler (M.), « Us et abus de la fonction punitive (dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien) », *RIDC* 2006-4, p. 1145-1181, spéc. p. 1163. Malgré l'avertissement de consommateurs de l'existence d'un défaut de fabrication dans le modèle de voiture, la Société Ford n'a procédé à aucune modification après avoir calculé que son montant serait supérieur à une éventuelle condamnation. Suite à un accident de la circulation, une voiture fabriquée par Ford a explosé, donnant la mort à trois occupants. À propos de cette affaire, les auteurs expliquent que « Pour avoir une économie de 15 dollars par voiture, le réservoir avait été placé à un endroit inapproprié et dangereux en cas de collision, le fabricant étant persuadé qu'il lui serait plus avantageux, dans un rapport coût/profit, d'indemniser les préjudices éventuels que de placer le réservoir à un autre endroit. Pour arriver à ce choix, Ford avait effectué une analyse du rapport coût/profit sans prendre en compte tout le coût social de cet emplacement du réservoir, ne considérant que la probabilité, de subir une action en justice de la part de la victime en vue d'être indemnisée ».

3. *Punitive damages* (ou *exemplary damages*) cas de rupture contractuelle frauduleuse, préjudiciable ou de mauvaise foi « *bad faith breach* ». Exemples, refus abusif d'assureurs d'indemniser l'assuré, rupture d'un cocontractant qui cherche en outre à éviter toute responsabilité en déniant de mauvaise foi et sans cause valable l'existence du contrat.

4. Section 4 du section 4 du *Clayton Act* de 1914 (complétant le *Sherman Act* de 1890), prévoit que la victime de pratiques anticoncurrentielles peut réclamer des « *treble damages* », soit des dommages et intérêts s'élevant à trois fois le montant du préjudice subi.

5. *Treble damages*, Le droit fédéral des marques et du droit d'auteur permet depuis longtemps d'attribuer au titulaire du droit contrefait les bénéfices du contrefacteur ou des dommages-intérêts forfaitaires (*statutory damages*) mais, pour les marques et les brevets, il autorise aussi les tribunaux, selon des modalités variables, à multiplier jusqu'à trois fois le montant de la réparation, pour les marques, 15 United States Code (USC) § 1117. - pour le droit d'auteur, 17 USC § 504. - pour les brevets, 35 USC § 284.

6. Autres que la France qui admet certaines dérogations, voir *supra*, n° 38.

7. *Cassazione civile*, sez.III, 19 gennaio 2007, n° 1183/2007 : « l'idée de sanction et de punition est étrangère à la démarche d'indemnisation du dommage, et la conduite du responsable est indifférente.

l'*exequatur* des condamnations étrangères à des dommages et intérêts punitifs, au motif que la dissuasion et la punition sont des objectifs assignés à la sanction pénale exclusivement¹. Il en est de même en droit suisse, l'existence d'actions spéciales en remise de gain et pour enrichissement² semble exclure le besoin de consacrer des dommages et intérêts punitifs. La doctrine semble également s'y opposer, certains ont pu dire qu'au lieu de consacrer des dommages et intérêts punitifs, il faudrait « tirer parti des moyens dont on dispose, quitte à en faire un usage plus libéral »³.

Enfin, nous citerons l'exception du droit québécois lequel reconnaît au juge civil, depuis 1991, la possibilité de prononcer des dommages et intérêts punitifs chaque fois qu'un texte spécial le prévoit⁴. Fort des exemples et contre-exemples des droits étrangers, le régime énoncé à l'article 1621 du Code civil québécois parvient à trouver un équilibre et une cohérence convoités, grâce à des garanties renforcées⁵.

La *peine privée* ne fait donc pas encore l'unanimité en droit comparé. Pourtant, l'expérience québécoise laisse à croire que la pratique de la *peine privée* peut être canalisée. Au-delà de ce premier obstacle théorique à l'admission d'une fonction punitive de la responsabilité civile, se dresse un obstacle pratique et financier, particulièrement gênant en matière de *peine privée*, mais surmontable en matière de restitution. Il s'agit de l'enrichissement de la victime.

2. L'enrichissement de la victime

249. *Vices et vertus de l'enrichissement de la victime.* On se posera la question suivante, dans des contentieux de masse relatifs à la consommation, à l'environnement, *l'enrichissement de la victime est-il nécessaire pour inciter les victimes à agir ?* De même dans un contentieux de marge tel que les atteintes à la vie privée par la presse, l'enrichissement de la victime est-il un argument nécessaire pour inciter les victimes à agir ? Il semble que dans les deux cas, il n'en soit pas un. En effet, l'existence d'une atteinte à un droit subjectif et la possibilité de regrouper les actions des victimes d'un dommage de masse⁶ devraient suffire à mobiliser les victimes.

Toutefois, l'enrichissement de l'auteur de la faute peut être une raison supplémentaire pour les victimes d'user de leur droit d'agir et de rétablir le bon

À la responsabilité civile revient le devoir de restaurer la sphère patrimoniale du sujet qui a subi la lésion par le paiement de dommages et intérêts [...] ».

1. *Bundesgerichtshof*, 4 juin 1992, IX ZR 149/91, *RGDA* 1996, 1, p. 49 : « qu'un jugement rendu aux États-Unis reconnaissant forfaitairement des dommages et intérêts punitifs d'un montant considérable en plus de la reconnaissance de dommages et intérêts au titre du préjudice économique et moral, ne peut pas en principe faire l'objet d'un *exequatur* en Allemagne, parce que la punition et la dissuasion sont les objectifs des sanctions pénales, relevant de l'État, et non pas du droit civil ».

2. Voir *infra*, n° 253.

3. Werro (F.), « La tentation des dommages et intérêts punitifs en droit suisse des médias », in *Études à la mémoire de C. Lapoyade-Deschamps*, PUF Bordeaux, 2003, p. 745, spéc. p. 765.

4. Voir *infra*, n° 311.

5. Localisation dans le Code civil Québécois de l'art. 1621, Livre 5 « les obligations » Titre I « les obligations en général », chapitre 6 « exécution de l'obligation », section 2 « mise en œuvre du droit à exécution » § 6 « exécution par équivalent II évaluation des dommages et intérêts ».

6. Voir *infra*, n° 348 et s.

ordre notamment lorsque le dommage individuel est insignifiant. Il est en effet un bienfait majeur de l'incitation à agir produit par l'enrichissement de la victime, le rétablissement de l'ordre public de marché. Lorsque l'élément légal d'une faute lucrative ne prévoit expressément aucune sanction publique, la confiscation du surprofit repose exclusivement sur la diligence de la victime¹. Rappelons pour mémoire qu'il en est ainsi en concurrence déloyale et en matière de violation efficace du contrat. *A contrario*, l'inertie de ce dernier laisse perdurer le désordre. De la même manière, face à une pratique restrictive de concurrence ou anticoncurrentielle, ou à une contrefaçon, devant l'inaction des autorités publiques ou l'échec d'une action publique, le rétablissement du bon ordre dépend de la vitalité de l'action privée.

À l'inverse, l'enrichissement de la victime recèle le risque de parasiter cette « saine régulation » et ajouter un mobile « illégitime » à l'autorégulation. Le risque de nourrir un intérêt patrimonial ou lucratif à agir serait d'encourager les justiciables à s'auto proclamer victime et ce faisant à multiplier les actions en justice. En d'autres termes, la perspective d'enrichissement d'une victime pourrait entraîner une prolifération d'actions privées, contribuant à une *judicialisation* de la société. Le procès en responsabilité civile risquerait d'être instrumentalisé à des fins d'enrichissement. La doctrine ne s'inquiète-t-elle déjà pas de l'amoralisme du droit de la responsabilité ?²

Pourtant, nous verrons que dans certaines hypothèses, l'enrichissement de la victime parce qu'il est légitime, peut être un facteur intéressant de mobilisation des victimes. Tandis que dans d'autres, cet enrichissement étant illégitime, il doit être évité.

250. **L'avantage indu dans la concurrence.** Pour l'heure, le droit de l'Union européenne se montre réticent à la consécration des dommages et intérêts punitifs. C'est ce qui ressort de l'*arrêt Manfredi* du 13 juillet 2010, dans lequel la Cour de Justice de l'Union européenne explique que si le respect du principe d'effectivité ouvre droit aux « juridictions nationales [de veiller] à ce que la protection des droits garantis par l'ordre juridique communautaire », il ne doit pas entraîner « un enrichissement sans cause des ayants droit »³. C'est également ce qui résulte de l'article 3 alinéa 3 de la directive n° 2014/104 du 26 novembre 2014 relative aux actions en réparation des dommages concurrentiels⁴. Le risque étant d'octroyer un bénéfice indu dans la concurrence. L'enrichissement indu des victimes constitue donc un obstacle majeur à la restitution en droit économique, tant en droit des pratiques anticoncurrentielles qu'en droit de la concurrence déloyale⁵.

1. Voir *supra*, n° 84 et s.

2. Colloque « Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ? », (dir) M. Behar-Touchais, *LPA* 20 novembre 2002 n° 232, p. 8.

3. CJCE, 13 juill. 2010, *aff. jtes C-295/04 à C-298/04, Manfredi et a*, spéc. csdt. 99, note L. Idot, « Précisions sur le régime de l'action en réparation », *Europe* n° 10, Octobre 2006, comm. 291.

4. Art. 3.3 de la directive, précitée : « La réparation intégrale au sens de la présente directive n'entraîne pas de réparation excessive, que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types de dommages et intérêts ».

5. Behar-Touchais (M.) (dir.), « L'amende civile est elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *in* « Faut-il moraliser le droit de la réparation ? », *op. cit.*, p. 36, spéc.

En effet, en droit du marché, l'enrichissement de la victime équivaut à un avantage indu sur les autres concurrents, ce qui a pour effet de fausser l'équilibre du marché. Aussi, en droit économique, la doctrine se montre-t-elle plus favorable à une confiscation des profits illicites, au moyen d'une amende civile¹ ou d'une mesure de confiscation. C'est également la position de Monsieur Fasquelle qui met en garde contre un effet pervers d'une solution aux fautes lucratives qui reviendrait à restituer le profit illicite à la victime, « il faut éviter un enrichissement des victimes qui, outre qu'il serait sans fondement et provoquerait une multiplication des actions en justice, pourrait venir perturber le bon fonctionnement du marché »². La solution de Monsieur Mesa est également sans appel, les écrits de ce dernier témoignent d'une forte méfiance à l'égard de la restitution des profits à la victime et d'une forte conviction en faveur de la confiscation au profit du Trésor public (ou fonds d'indemnisation). Cet auteur plaide activement en faveur d'une « restitution intégrale des profits illicites »³ dont l'excédant de la réparation intégrale du préjudice de la victime reviendrait à des fonds d'indemnisation. Selon lui, cette solution aurait d'une part le mérite de ne pas assimiler la répétition de l'indu à des dommages et intérêts punitifs et celui d'autre part de ne pas heurter le principe de réparation intégrale du préjudice⁴.

Pour tempérer les propos réfractaires à une telle modalité de sanction, on remarquera *in fine* que les projets doctrinaux relatifs à la faute lucrative sont majoritairement favorables à la restitution à la victime. Hormis l'article 1371 de l'*avant-projet Catala* qui exclut l'affectation du profit illicite à la victime, la recommandation 24 de la *loi Béteille* l'envisage prioritairement, tandis que le *projet Terré* l'admet dans tous les cas, puisqu'il consacre des dommages et intérêts restitutoires aussi bien en matière contractuelle que délictuelle. Ces auspices favorables à l'enrichissement de la victime laissent à penser que l'enrichissement, en dehors du droit de la concurrence, n'est pas nécessairement illégitime.

251. **Les hypothèses d'enrichissement légitime de la victime.** En matière de contrefaçon, les dommages et intérêts restitutoires posés à l'article L. 615-7 du Code de propriété intellectuelle n'a suscité non pas la désapprobation de la doctrine, mais au contraire son enthousiasme. Elle est même naturelle pour les spécialistes, Monsieur Ouaniche considère que « d'un point de vue économique, le montant des bénéfices réalisés résulte nécessairement des investissements

n° 23 : « Si l'on introduit des dommages et intérêts punitifs en matière de concurrence déloyale, on va avantager sur le marché la victime de la dite concurrence. Mais alors, ce seront les autres concurrents qui subiront de ce fait un désavantage dans la concurrence qui pourrait leur nuire ».

1. *Ibid.*

2. Fasquelle (D.), « L'existence des fautes lucratives en droit français », in « Faut-il moraliser le droit de la réparation, *op. cit.*, n° 35.

3. La « restitution » pour cet auteur correspond à « confiscation » dans notre étude.

4. Mesa (R.), *Les fautes lucratives en droit privé*, thèse, 2006, n° 932 et s., du même auteur, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.* 2012, p. 2754, « La consécration d'une responsabilité civile punitive, une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gaz. Pal.* 2009, n° 325, p. 15, spéc. II : « la nécessaire consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites », « Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », *JCP G* 2012, n° 20, p. 625, spéc. n° 2 : « la nécessité d'annihiler les profits illicites au moyen d'un principe de restitution intégrale », du même auteur : « Le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme confronté à la problématique de la faute lucrative », *Concurrences* 2013/3, p. 49-55, spéc. n° 22.

(notamment d'image) dont le contrefacteur a frauduleusement bénéficié »¹. Il semble donc légitime que les fruits de ces investissements soient restitués à l'initiateur. De même pour Madame Lebois « il ne s'agirait pas d'entrer dans la logique des dommages-intérêts punitifs puisque la restitution des profits illicites ne vise pas à sanctionner une faute lucrative, mais à remédier à l'atteinte au droit exclusif »². Celle-ci ajoute que la restitution participe à la « fonction de réintégration dans le droit privatif »³. Elle est donc légitime.

Dans le même sens, Madame Carval et Madame Grare-Didier défendent l'idée que cet enrichissement de la victime n'est pas toujours immérité. Selon ces auteurs, cet enrichissement correspondrait à une sorte de « rémunération »⁴ ou de « dédommagement »⁵ de la victime, pour le service rendu à la collectivité qui a permis à la justice de connaître la faute et de la sanctionner. Dans ces deux hypothèses, l'incitation à agir par l'enrichissement de la victime se justifie pour une unique raison, le rétablissement du bon ordre de marché. Or, ce bon ordre suppose que la victime récupère le gain dont elle a été privée par l'activité illicite de l'agent fautif. Ici, le surprofit de l'agent économique concorde avec le dommage de la victime, plus grand est son surprofit, plus grand est le gain manqué de la victime. Ce transfert anormal de richesse préjudicie directement à la victime et indirectement au Marché en ce qu'il affecte l'efficacité de marché.

Par conséquent, le rétablissement du bon ordre de marché requiert une mobilisation effective de l'action privée, fut-ce au risque d'enrichir la victime. Et pour le cas où l'enrichissement serait « immérité » ou entraînerait un désavantage dans la concurrence, Madame Carval suggère que l'avantage financier anti-concurrentiel soit affecté à un fonds d'indemnisation⁶. Cette difficulté levée, l'approche comparatiste montre que la restitution des profits à la victime est en vigueur dans de nombreux droits étrangers, aussi bien dans des pays de *common law* que de *civil Law* (contrairement aux dommages et intérêts punitifs).

252. **La restitution en droit anglais.** Tout d'abord dans les pays de *Common law*, aussi bien en droit américain qu'en droit anglais, les profits illicites reviennent toujours à la victime. Toutefois, si le droit anglais prévoit un méca-

1. Ouaniche (M.), « Le renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon », *JCPE* 2014, n° 15, p. 44-46.

2. Lebois (A.), « La fixation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *Rev. Lamy de l'Immatériel* 2012, n° 86, spéc. n° 23.

3. Lebois (A.), *op. cit.*, n° 22 : « En effet, l'action en contrefaçon n'est pas une action en responsabilité civile classique. La contrefaçon est une atteinte à un droit privatif à caractère réel qui justifie une condamnation à la fois pour rétablir le titulaire du droit de propriété intellectuelle dans son droit exclusif et pour l'indemniser du préjudice économique et moral qu'il a pu subir. Les dommages-intérêts alloués au titre de la contrefaçon ne devraient pas être considérés comme fondés exclusivement sur l'aspect indemnitaire de responsabilité civile car ils participent aussi de la fonction de réintégration dans le droit privatif ».

4. Carval (S.), n° 318, p. 361 et s.

5. Grare-Didier (C.), *op. cit.*, n° 490 : « La possibilité pour le demandeur de toucher au moins une partie de la somme sera un stimulant qui incitera à agir ceux qui en ont le pouvoir. Cette somme peut en fait être considérée comme un dédommagement du demandeur pour service rendu à la collectivité. Nul n'est heurté par le dédommagement offert, par exemple à ceux à qui l'on confie la tâche de juré auprès d'une cour d'assises. Ils permettent pour autant, mais d'une façon différente d'assurer le respect de règles de droit ».

6. Carval (S.), *op. cit.*, n° 319, p. 362.

nisme restitutoire, autonome¹, cet effet juridique semble être absorbé par les dommages et intérêts punitifs en droit américain.

En droit anglais, le sort du profit illicite diffère selon le *tort*. En droit de la contrefaçon, le profit tiré de l'atteinte est saisi à travers *additional damages* tel qu'il est prévu par le *Copyright, Designs and Patents Act 1988*². Par ailleurs, et le plus souvent, les profits illicites sont sanctionnés à travers les *restitutionary damages*³, qui prennent des formes différentes selon la source de l'enrichissement illicite. Selon Monsieur Edelman, il faut distinguer les *restitutionary damages* qui ont pour but de rendre à la victime le profit retiré par autrui du travail ou de la propriété de celle-ci, des *disgorgement damages* qui ont pour but de confisquer l'entier profit généré par un fait illicite⁴. Précisons qu'en matière contractuelle, un nouveau mécanisme restitutoire appelé *account of profit* (qui correspond à une forme particulière de *disgorgement damages*) permet de saisir le profit retiré d'une rupture efficace du contrat⁵, *efficient breach*, pour obliger les parties à honorer leurs promesses.

Dans le premier cas, le profit aurait pu être réalisé par le demandeur, la victime, ce qui justifie qu'il lui soit « restitué ». À l'inverse, dans le second cas, le profit n'aurait pas été réalisé par la victime, ce qui justifie que le profit soit « confisqué », retiré des mains du fautif, quand bien même la victime en serait le bénéficiaire. Aussi en droit anglais, la victime est-elle toujours bénéficiaire du profit illicite sanctionné, mais la sanction poursuit un objectif différent selon le type de dommages et intérêts restitutoires, les *restitutionary damage* poursuivent un objectif purement restitutoire, tandis que les *disgorgement damages* poursuivent un objectif confiscatoire. Monsieur Laithier distingue ces deux types de dommages et intérêts non compensatoires au regard de leur finalité, tandis que les premiers ont pour but de « rétablir un équilibre initial rompu entre deux patrimoines », les seconds cherchent à « empêcher celui qui a commis un fait illicite d'en conserver le bénéfice »⁶. Une autre différence permet de distinguer ces deux types de dommages et intérêts extra-compensatoires en droit anglais. Celle-ci réside dans l'étendue de l'assiette, tandis que les *disgorgement damages* entraînent la restitution de « l'entier » surprofit, les *restitutio-*

1. McGregor (H.), *McGregor on Damages*, 18^e éd. London, Sweet & Maxwell, 2009, n° 12-003, cité in Jacquemin (Z.), *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais*, Thèse Paris II, 2015 : l'auteur explique qu'en droit anglais, selon la doctrine la plus influente, les dommages et intérêts ne doivent en principe viser que la compensation du dommage. A l'appui de ce constat, l'auteure cite M. McGregor, selon lequel les dommages et intérêts à caractère restitutoire devraient avoir leur place dans la *law of restitution*, et non pas dans la *law of damages*, bien que ces derniers soient traités par les tribunaux comme des dommages et intérêts.

2. Section 97(2) pour le *Copyright*, section 229(3) pour le *design* et section 91J pour les *performer's property rights*.

3. Laithier (Y.-M.), *op. cit.*, n° 445 et s.

4. Edelman (J.), « *Gain-Based Damages and Compensation* », in *Mapping the Law, Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford, OUP, 2006, p. 141, cité in Jacquemin (Z.), *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais*, *op. cit.* : selon M. Edelman, « *there is a fundamental difference between two different types of gain-based damages; one type aims to give back value wrongfully obtained from a claimant's assets or labour (restitutionary damages) whilst the other type aims to strip all profit wrongfully made irrespective of source (disgorgement damages)* ».

5. Fauvarque-Causson (B.), *Note sous Chambre des Lords, Attorney General versus Blake*, 2001, 1 AC 268, RDC 2005-2, p. 479-488.

6. Laithier (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, p. 147-158.

nary damages peuvent porter sur « tout ou partie » du surprofit (correspondant au profit que la victime aurait pu réaliser).

253. **Les mécanismes de restitution dans les pays de civil Law.** L'Allemagne, la Suisse, et l'Italie recourent à des mesures de restitution des profits illicites, et ce dans des contentieux variés.

La restitution des profits illicites est tout d'abord usuelle en droit de la contrefaçon. En droit allemand, l'article 97 UrhG du Code de propriété intellectuelle allemand prévoit le versement au breveté des bénéfices illicites du contrefacteur¹. Pertinent en cas de faute lucrative, ce dispositif se heurte toutefois à des difficultés probatoires, observe Monsieur Gerstner². En droit italien, les profits illicites ont connu un nouveau sort en droit de la contrefaçon depuis la transposition de la directive sur l'application des droits de propriété intellectuelle³. Désormais, en vertu de l'article 125 III nouveau du Code de propriété intellectuelle italien « dans tous les cas, le titulaire du droit lésé peut demander la restitution des bénéfices réalisés par l'auteur de la violation, soit de façon alternative au dédommagement du gain perdu, soit de façon cumulative, dans la mesure où les bénéfices sont supérieurs au préjudice »⁴.

Par ailleurs, cette sanction est courante en droit de la concurrence déloyale et en matière d'atteinte aux droits la personnalité. On remarquera seulement que la restitution des profits peut être demandée *via* une action en réparation ou une action autonome. Ainsi le droit allemand prévoit une sanction autonome des pratiques déloyales⁵ en droit de la concurrence déloyale ou en droit des contrats⁶. À l'inverse, la privation des profits peut intervenir dans l'évaluation des dommages et intérêts immatériels consécutifs à l'atteinte au droit général de la personnalité depuis une *jurisprudence Caroline von Monaco*⁷.

En droit suisse, pour finir, les profits illicites sont visés par deux actions spéciales et distinctes des dommages et intérêts⁸ : l'action en remise de gain

1. C'est-à-dire le bénéfice net, soit le bénéfice qui reste acquis après déduction des taxes et frais de toute nature, concernant exclusivement le produit contrefait à l'exception des frais de gestion structurels (Cour suprême fédérale, BGH NJW 2001, 2173/2175).

2. Gerstner (L.), « L'évaluation du préjudice de contrefaçon sous le droit allemand », in « L'évaluation du préjudice de la contrefaçon ». *Cah. dr. entr.* 2007/4 : L'auteur constate que le succès de cette méthode est bornée par des moyens de preuve des profits indus, limités. En effet, le demandeur ne peut « procéder à une expertise de la comptabilité du contrefacteur ».

3. Directive 2004/48/EC du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

4. Gelato (P.), « La contrefaçon n'est pas rentable. Nouveaux critères de liquidation des dommages et intérêts en Italie, tentative de rapprochement avec les dommages punitifs », *Propri. intell.* octobre 2010, n° 37, p. 1030, spéc. p. 1033.

5. Article § 10 UWG.

6. Article § 285 BGB : si un vendeur a délivré la chose vendue à un meilleur offrant, l'acheteur peut récupérer le surplus gagné par le vendeur, le privant ainsi des fruits de la violation du contrat.

7. En particulier, BGH, 15 nov. 1994, NJW 1995, 861 (publication d'une conversation inventée avec la princesse), BGH, 5 déc. 1995, NJW 1996, 984 (titres trompeurs laissant entendre qu'elle serait atteinte d'un cancer), BGH, 12 déc. 1995, NJW 1996, 985 (publication non-autorisée et renouvelée de photos prises par des paparazzis dans un cadre de vie privé). Désormais, lorsque l'atteinte a été commise intentionnellement dans le but d'une augmentation des tirages et d'un accroissement des bénéfices, les tribunaux doivent inclure dans l'évaluation du montant de l'indemnité le profit retiré de la violation, afin que les dommages et intérêts aient un véritable effet dissuasif.

8. Werro (F.), « La tentation des dommages et intérêts punitifs en droit suisse des médias », in *Études à la mémoire de C. Lapoyade-Deschamps, op. cit.*, p. 745 et s.

séparée¹ et l'action pour enrichissement illégitime². La première sanctionne le comportement de celui qui tire un profit d'une atteinte à la personnalité d'autrui, la seconde s'applique à « toutes les situations dans lesquelles une personne s'approprie un avantage auquel elle n'avait pas droit »³.

Cette approche comparatiste révèle une large admission de la restitution des profits illicites à la victime. L'absence d'un tel outil confiscatoire en droit de la responsabilité civile contraint les juges à utiliser la fonction indemnitare de la responsabilité civile à des fins confiscatoires, et ce par dérogation au principe de réparation intégrale.

3. *Synthèse, pour une sanction civile plurielle*

254. **Définition de la sanction civile plurielle.** Ces développements ont mis en lumière les vices et les vertus des différentes sanctions civiles « confiscatoires » du profit, possibles, confiscation, restitution, *peine privée* ou *semi-privée*.

L'approche comparatiste a révélé que si ces trois sanctions existaient dans d'autres systèmes juridiques, seule la réception de la *peine privée* demeurerait contrastée. Le choix de l'une ou l'autre mesure est des plus délicats. D'autant que notre étude consacrée à la faute lucrative nous amène à côtoyer de nombreux contentieux. Il ressort également des remarques des doctrines de chaque spécialité, que l'une ou l'autre sanction civile monétaire est plus ou moins adaptée au contentieux. Aussi, opterons-nous pour une réponse plurielle. Nous pensons en effet que la consécration de ces trois sanctions répondrait aux spécificités de chaque contentieux. Le choix reviendrait alors au juge qui prononcera la sanction confiscatoire qui lui semble la plus adéquate compte tenu des faits.

Établissons à présent le ou les régimes de ces sanctions confiscatoires, en essayant de compenser les vices de chacune par des garde-fous juridiques.

Synthèse. Compte tenu des spécificités de chaque contentieux de faute lucrative civile, le choix de la sanction confiscatoire plurielle devra être laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond, avec ces recommandations néanmoins,

- en cas de contentieux contractuel, nous préconisons la restitution du surprofit systématique en cas de *dol lucratif* (conséquence à l'annulation de la clause ou du contrat illicite sur le fondement de la répétition de l'indu) et la confiscation en cas de violation délibérée d'une obligation contractuelle (*efficient breach*).

- En cas de contentieux délictuel (concurrence déloyale et atteinte à la vie privée), nous préconisons des dommages et intérêts confiscatoires ou multiples (mais non restitutoires).

1. Art. 28a al. 3 C. Civil.

2. Art. 62 C. des obligations.

3. Werro (F.), *op. cit.*, p. 763.

C. Consécration de la sanction civile plurielle dissuasive

Annnonce. Forts des enseignements de la théorie économique et conscients des obstacles à la dissuasion en droit de la responsabilité civile, nous élaborerons le régime la sanction civile plurielle dissuasive en précisant chacune de ses modalités, son mode de calcul (1), l'affectation du montant (2) et la non-assurabilité de la sanction (3).

1. *Le mode de calcul de la sanction civile plurielle*

255. **L'assiette, priorité au profit illicite.** Qu'il s'agisse d'une sanction normative de confiscation et/ou restitution ou encore d'une *peine privée* (type dommages et intérêts punitifs) ou *semi-privée* (type dommages et intérêts multiples), l'assiette de la sanction doit correspondre au profit illicite tiré de la faute.

L'intérêt pratique d'une telle assiette, c'est qu'elle détache la mesure confiscatoire des dommages et intérêts. Elle devient ainsi une nouvelle sanction autonome, distincte de la réparation du dommage, à l'instar du droit allemand de la concurrence déloyale ou des actions en confiscation du droit suisse. Notons d'ores et déjà que le profit illicite peut être aisément quantifié en matière d'atteintes aux droits de la personnalité par voie de presse, il suffit de comparer le chiffre d'affaires obtenu par la vente d'un numéro illicite par rapport à celui d'un numéro licite. À défaut, il peut toujours être « estimé » au regard du chiffre d'affaires généré par l'activité illicite. Ce type d'assiette pourrait être utilisé en matière de concurrence déloyale et de parasitisme.

Toutefois, si le profit est inférieur au montant du dommage individuel ou s'il s'avère difficile à quantifier ou à prouver, un recours au *quantum* des dommages et intérêts pourrait être utile. On fera observer que les *punitive damages* peuvent avoir pour assiette aussi bien le surprofit que le dommage subi¹. C'est également ce que suggère Madame Carval, soit les profits sont quantifiables, auquel cas la sanction sera égale à un multiple du profit, soit ils ne le sont pas, auquel cas la sanction sera égale à un multiple des dommages et intérêts². Cette exception viserait notamment les hypothèses dans lesquelles le profit résulte d'une économie de dépense.

Enfin, en matière d'exploitation illicite d'un droit de propriété intellectuelle³, le montant de la redevance non payée, qui constitue une partie du préjudice de la victime (manque à gagner) pourrait également constituer une assiette pertinente pour la sanction confiscatoire. Notons que Monsieur Grynbaum préconise, en cas de piratage de logiciels, le versement d'une « indemnité d'occupation pour le passé et le paiement de la licence pour l'avenir », à titre de sanction « efficace »⁴. L'auteur justifie cette proposition par une analogie avec l'occupation

1. Stoll (H.), *Consequence of liability remedies*, chap 8 vol. XI, de l'*International Encyclopedia of Comparative Law*, n° 112, sur dommages et intérêts multiples aux États Unis (double ou triple de la perte subie), n° 127, en fonction du surprofit.

2. Carval (S.), *op. cit.*, n° 254, p. 283.

3. A défaut d'amende confiscatoire.

4. Grynbaum (L.), Le Goffic (C.), Morlet-Haidara (L.), *Droit des activités numériques*, Dalloz, Précis, 1^{re} édition, 2014, n° 1317, p. 956.

fautive d'un bien immobilier, qui ouvre droit au propriétaire de réclamer une « indemnité d'occupation »¹. Nous ajouterons qu'une telle assiette permettrait de contourner la difficulté d'obtenir des documents comptables pour évaluer le préjudice financier d'une part et le risque d'une sous évaluation de ce dernier d'autre part^{2,3}.

On en conclut que l'assiette de la sanction confiscatoire pourrait être soit le profit, auquel cas il s'agirait d'une nouvelle sanction autonome simplement « confiscatoire », soit le *quantum* des dommages et intérêts, auquel cas il s'agirait d'une forme de dommage et intérêt extra-compensatoires. Les deux cas devraient donc être envisagés par le législateur. Un coefficient multiplicateur serait-il nécessaire ?

Synthèse. Compte tenu de la diversité des contentieux de faute lucrative et la difficulté dans certains d'entre eux de quantifier le profit illicite, nous préconiserons une « assiette alternative » de la sanction civile confiscatoire, le profit illicite, le chiffre d'affaires lié à l'activité illicite, ou le dommage.

Le profit illicite étant l'assiette à privilégier, s'il est quantifiable, le chiffre d'affaires pourra être utilisé comme assiette par défaut. Et dans les cas où le profit illicite est inférieur au dommage, nous préconiserons, conformément à la doctrine économique contemporaine⁴, de prendre pour assiette le dommage plutôt que le profit.

256. **Le coefficient, facteur de répression.** Comme l'a démontré la théorie économique, l'existence d'un coefficient multiplicateur garantit l'effet dissuasif de la sanction et la désactivation du calcul bénéfice-risque. Si le coût est égal au bénéfice escompté, l'agent rationnel peut encore comparer les probabilités de coût et de bénéfice. Si la probabilité de bénéfice est plus grande que celle de la sanction, l'agent rationnel neutre au risque, commettra la faute. La sanction n'aura donc pas été dissuasive. En revanche, si la probabilité de sanction équivaut à celle du bénéfice, un coefficient égal à 1 suffirait à rendre la sanction dissuasive. Mais force est de constater que dans certains contentieux, notamment celui des pratiques commerciales déloyales, la probabilité de sanction est faible tant l'action privée est timorée.

Par conséquent, l'adjonction d'un coefficient à l'assiette de la sanction confiscatoire pourrait être nécessaire dans des contentieux à faible probabilité d'action, mais également dans tous les autres domaines qui nourrissent un contentieux abondant. Le coefficient différencierait en fonction de l'assiette, il pourrait être un nombre entre 1 et 3 lorsque l'assiette de la sanction confiscatoire

1. *Ibid.* n° 1319.

2. CA Bastia ch corr. 15 nov 2006, *RLDI* 2007, n° 24 note L. Grynbaum. L'auteur mettait à disposition des internautes des copies de logiciels sans l'autorisation des titulaires des droits et avait inclus dans les logiciels protégés des programmes anti-piratages de nature à permettre aux internautes de contourner les protections. Condamnation à des dommages et intérêts forfaitaires à hauteur de 10 000 €.

3. CA Paris pôle 5 ch 2, 11 mai 2012, *M.Y. c/Hachette Livre*, E. X : une victime de contrefaçon de droit d'auteur réclame des dommages et intérêts supérieurs au seul montant des redevances. Mais sa demande a été rejetée et les juges du fond tout en prenant compte le nombre d'exemplaires contrefaits, ont évalué le préjudice financier qu'à 8 000 €, faute de documents comptables.

4. Voir *supra*, n° 229.

est le dommage, le profit illicite chiffrable ou le montant des redevances¹. Dans cet esprit, on citera une proposition de mesure s'inscrivant dans la continuité des accords ADPIC², parmi les sanctions civiles possibles d'une contrefaçon, il est proposé l'octroi de dommages et intérêts fixés au double du montant des redevances ou des droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle bafoué³. En revanche il serait un pourcentage si l'assiette est le chiffre d'affaires.

On remarquera que cette modalité aurait alors pour effet de dissuader et punir l'auteur de la faute lucrative, lequel, en plus d'être privé du surprofit, subirait un appauvrissement. La conséquence de cet ajout est majeure, la sanction de confiscation ou de restitution devrait à son tour être qualifiée de *peine* et donc de sanction répressive. *Peine semi-privée* dans le premier cas, puisque le produit de la sanction ne revient pas à la victime, *peine privée* dans le second cas puisque le produit lui revient.

L'existence d'un coefficient multiplicateur est donc un facteur de répression qui modifie la qualification des sanctions civiles confiscatoires étudiées. Tandis que les sanctions de confiscation/restitution étaient initialement des sanctions civiles normatives, par l'adjonction d'un coefficient multiplicateur, elles devront être requalifiées de *peines semi-privées* (pour la première) *privée* (pour la seconde). En revanche, que les dommages et intérêts extra-compensatoires soient punitifs ou multiples, leur qualification reste inchangée.

Quant à la détermination du coefficient multiplicateur, elle pourrait être laissée à l'appréciation souveraine du juge, en fonction de la gravité du dommage. Ce dernier serait alors seulement tenu de respecter un plafond légal.

257. **Les plafonds légaux.** Rappelons à titre liminaire qu'en matière d'amende, nous avons opté pour un plafond et un minimum proportionnels au profit⁴. Tout au plus, l'amende ne pouvait dépasser le décuple du profit illicite, tout au moins, elle ne pouvait être inférieure au montant du surprofit. Ces modalités pourraient être reprises en droit civil, ce qui renforcerait l'unité du régime de la faute lucrative.

Quant au choix du coefficient multiplicateur, nous pourrions opter pour le triple du surprofit, dans la mesure où il est déjà en vigueur dans un contentieux commercial⁵ et donc connu des juges civils et consulaires. La sanction civile pourrait donc osciller entre le triple des profits illicites (ou du dommage faute de pouvoir quantifier ces derniers) et le montant des dits profits (ou du dommage).

1. CA Paris pôle 5 ch 2, 11 mai 2012, *M.Y. c/Hachette Livre*, E.X : dans cette affaire de contrefaçon de droit d'auteur, la victime avait invoqué la « faute lucrative » du contrefacteur au soutien de sa demande de prononcé de dommages et intérêts supérieurs au montant des redevances, bien qu'elle ait été déboutée.

2. Article 41 des *Accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Annexe 1 C de l'*Accord de Marrakech*, 15 avril 1994, instituant l'Organisation mondiale du commerce : « les membres de l'OMC feront en sorte que leur législation comporte des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte portée aux droits de propriété intellectuelle ».

3. Proposition de directive relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, COM (2003) 46 (01), cf. p. 13-14 qui renvoient aux accords ADPIC.

4. Voir *supra*, n° 237 et 238.

5. Art. L. 442-6, III C. com.

Et en ce qui concerne les dommages et intérêts punitifs, dans le cas où le surprofit ne serait pas quantifiable, les plafonds devraient être adaptés. On remarquera que les propositions doctrinales de dommages et intérêts punitifs se prononcent peu sur le plafond¹. Seule la proposition Bêteille le mentionne et prévoit que ces derniers ne puissent dépasser « le double du montant des dommages et intérêts compensatoires »². Ce plafond nous semble faible. Le décuple pratiqué en droit américain nous semble à l'inverse trop important³. Toutefois, le triple usité en droit de la concurrence américain nous semble approprié⁴. En outre, il est connu des juges civils et commerciaux français, dans le contentieux des pratiques restrictives de concurrence⁵. Finalement, le coefficient *maxima* pourrait être le même que pour une sanction confiscatoire, le triple. Le coefficient *minima* devrait quant à lui être supérieur ou égal à 1.

Synthèse. Enfin, compte tenu de la plus forte probabilité de la sanction civile (par rapport à la sanction publique), il conviendra de proposer un coefficient fixé entre 1 et 3 appliqué au montant du profit illicite ou à celui du dommage⁶. Et si l'assiette retenue est le chiffre d'affaires, la proportion retenue ne devra pas excéder 5 % du chiffre d'affaires. Le coefficient sera également laissé à l'appréciation souveraine du juge du fond, en fonction notamment de la gravité et de l'ampleur du dommage.

2. L'affectation du montant de la sanction confiscatoire

258. **Les cas d'affectation à la victime, profit réalisable par la victime.** Il est des cas où il serait légitime de restituer le profit à la victime. Cet avis est de surcroît partagé par certains membres de la doctrine et suggéré par le droit positif. Le point commun à ces cas d'affectation du surprofit est le suivant, chaque fois que la victime aurait pu réaliser tout ou partie du profit illicite, il doit lui revenir. On exclura les contentieux contractuels dans lesquels le profit illicite est restitué à la victime par le mécanisme de répétition de l'indu, notamment dans les cas de *dol lucratif contractuel*, tels que le déséquilibre significatif.

Cette question concerne les contentieux dans lesquels le profit illicite ne peut pas être intégralement confisqué à travers la réparation du préjudice économique de la victime, faute de concordance totale entre le profit illicite et le gain manqué^{6 bis}. Cette idée a été dégagée par Madame Viney^{6 ter} et nous la soute-

1. L'explication de ce silence réside sans doute dans l'assiette préconisée par les propositions de l'*avant-projet Catala*, ou du *projet Terré* qui est le dommage. La confiscation du surprofit s'effectuerait *via* les dommages et intérêts. Or, les dommages et intérêts ne connaissent pas d'autre plafond que le dommage lui-même.

2. *Rapport Bêteille*, *op. cit.*, art. 1386-25 du Code civil.

3. *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell*, (2003), 538 US 408, 123 S Ct. 1513. Dans ces arrêts, les juges plafonnèrent les dommages et intérêts punitifs au décuple des dommages et intérêts compensatoires.

4. Voir *supra*, n° 248, Section 4 du section 4 du *Clayton Act* de 1914 (complétant le *Sherman Act* de 1890), prévoit que la victime de pratiques anticoncurrentielles peut réclamer des « *treble damages* », soit des dommages et intérêts s'élevant à trois fois le montant du préjudice subi.

5. Art. L. 442-6, III C. com.

6. Sur le coefficient de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile, voir : Fournier-de Crouy (N.), *op. cit.*, spéc. n° 13.

nons, quand bien même on pourrait lui objecter l'absence d'égalité stricte entre le profit dont a été privée la victime et le profit illicite retiré par le délinquant. Examinons les hypothèses de restitution plus en détail.

En matière de contrefaçon civile, le sort du profit retiré de la violation d'un droit de propriété intellectuelle a été tranché par le législateur. Les dernières réformes en matière de réparation du préjudice causé par une contrefaçon attestent d'une volonté de rendre à son propriétaire le fruit de la contrefaçon¹. L'article L. 615-7 du Code de la propriété intellectuelle dispose désormais que la réparation doit prendre en compte « 3° les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de la contrefaçon, les bénéfices tirés par l'auteur de l'atteinte ». La restitution est donc déjà admise par la loi en matière de contrefaçon et n'est pas absolument pas contredite par la doctrine. Une telle solution se justifie sans doute par le caractère réel du droit de propriété intellectuelle qui procure à son titulaire l'utilité économique de ce dernier. Certains auteurs comme Monsieur Grymbaum² ou Monsieur Korman³ se réfèrent au droit des biens pour conforter la modalité de restitution. Or, selon l'article 546 du Code civil, « La propriété d'une chose donne droit à tout ce qu'elle produit »⁴. En outre, la possession de mauvaise foi d'une chose oblige le possesseur de mauvaise foi à restituer tous les fruits de la chose à son propriétaire, dispose l'article 549 du Code précité⁵.

Cette solution est-elle transposable à l'hypothèse de la concurrence déloyale ou du parasitisme ? La doctrine semble divisée. Dans le camp de l'opposition, Madame Viney argue le fait que contrairement à l'hypothèse de contrefaçon, où tous les fruits d'un droit incorporel sont réservés intégralement à son titulaire, une clientèle d'un fonds de commerce se partage avec les autres concurrents. Aussi, le profit illicite tiré d'une pratique commerciale déloyale constitue davantage un flux d'argent détourné, et ne revient pas exclusivement à la victime, mais au Marché lui-même⁶. Monsieur Fasquelle s'interroge, soucieux de l'efficacité de la sanction des déloyautés lucratives, il invoque l'argument du droit comparé⁷. Tous les systèmes juridiques des grandes démocraties économiques proposent un outil de restitution, qu'il s'agisse de la section 43 du *Lanham Act*

6 bis. Il s'agit de la part du profit illicite qui n'aura pu être confisqué par le biais de la réparation du préjudice économique de la victime, voir *supra*, n° 113 et s.

6 ter. Viney (G.), « La condamnation de l'auteur d'une faute lucrative à restituer le profit illicite qu'il a retiré de cette faute », in *Mélanges Jean-Louis Baudoin*, éd. Yvon Blais, 2012, p. 949-963, p. 962.

1. Art. 14 de la Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007, art. 2 de Loi n° 2014-315 du 11 mars 2014.

2. Grynbaum (L.), Le Goffic (C.), Morlet-Haidara (L.), *op. cit.*, n° 1319, p. 959 : les auteurs comparent le piratage de logiciels à « l'usage non autorisé d'un bien ». À l'instar du droit des biens, l'occupation sans droit ni titre d'un bien ouvre droit au propriétaire à une indemnité d'occupation pour le passé.

3. Korman (C.), « Les fruits restitués du parasitage économique », *Gaz.pal.* 1988, II, doct. 703.

4. Art. 546 C. civ.

5. Art. 549 C. civ.

6. En ce sens : Cass com. 21 février 2012, n° 10-27966, *S^{te} Coudene Michel c/S^{te} Midi Tielles*, *JurisData* n° 2012-004445, *D.* 2012.2760 obs. Y. Serra : un arrêt d'appel qui avait condamné l'auteur d'un comportement déloyal et parasitaire à restituer à la victime « l'économie réalisée pour le développement de son produit », a été cassé au visa de l'article 1382 du Code civil par la Cour de cassation en ces termes au motif qu'« en statuant ainsi, alors que le préjudice subi du fait d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme ne s'identifie pas à l'économie réalisée par l'auteur de ces actes, la cour d'appel a violé [...] ».

7. Fasquelle (D.), « Concurrence déloyale, amendes civiles ou "dommages punitifs" », *op. cit.*, spéc. p. 1688.

en droit américain, de l'*account of profit* anglais, ou encore de l'action en restitution du droit allemand. Tous trois permettent la sanction d'un enrichissement fautif et la restitution du profit à la victime. Par ailleurs, l'auteur a conscience de l'impact d'une telle restitution sur le libre jeu du marché, puisqu'elle accorderait un avantage à la victime au détriment des autres concurrents¹. Cela mérite-t-il de renoncer à un facteur d'incitation à agir pour les victimes ?

Finalement, nous opterons, comme les trois propositions de loi relatives à la faute lucrative², pour une « restitution facultative » dont le prononcé sera laissé à l'appréciation du juge. Ce dernier devra alors jauger les avantages et les inconvénients (notamment pour la concurrence) d'une telle mesure. En outre, il convient de préciser que la part restituée à la victime ne devra pas excéder le profit illicite³. Si la sanction est un multiple du dit profit, l'excédent devra être versé à un fonds d'indemnisation ou au trésor public.

Il y a également des hypothèses où la restitution pourrait être interdite.

259. **Les cas d'affectation à un tiers, profit non réalisable par la victime.** Ce sont les hypothèses où le profit illicite n'aurait pas été réalisé par la victime. Nous pensons notamment aux violations d'un droit de la personnalité par les magazines de presse à scandale et à certaines violations efficaces du contrat.

Dans le cas de la surréservation, il n'y a aucune concordance entre surprofit et préjudice économique, auquel cas, la restitution totale des profits à la victime ne se justifie pas.

Il en est de même en matière de violation de la vie privée. Pour l'heure, la jurisprudence transfère tout ou partie de ce profit illicite aux victimes *via* le prononcé de dommages et intérêts exemplaires. La généralisation de cette pratique risque d'alimenter une judiciarisation de la société qui n'est pas souhaitable. Aussi, nous reprendrons l'argument de Madame Viney pour écarter la restitution dans une telle hypothèse, parce que le profit illicite n'aurait pas été réalisé par la victime, il ne lui est pas dû⁴.

Notons que l'auteur exclut également la restitution pour les pollutions fautives, cette solution est à confirmer dans le cas où il n'y aurait pas de sanction publique prononcée.

Par conséquent, toutes les fois où le profit n'aurait pas été réalisé par la victime, il devra être versé au trésor public ou à un fonds d'indemnisation⁵. Enfin,

1. *Loc. cit.*

2. *Avant-projet Catala*, art. 1371 C. civ. : « l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages et intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public ». Art. 54 du *Projet Terré*, « lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur ». Art. 1386-25 de la proposition Béteille, Ils [les dommages et intérêts punitifs] seront versés à la victime et, dans une proportion que le juge déterminera, à un fonds d'indemnisation ou au Trésor public ».

3. Proposition semblable : Amaro (R.), *op. cit.*, spéc. p. 801, Proposition n° 40 « admettre le découplage de l'indemnisation punitive dans certains cas spécifiques ».

4. Viney (G.), *loc. cit.*

5. Sur le choix du bénéficiaire public, voir proposition de Grare-Didier (C.) *op. cit.*, n° 494, p. 372 : « le législateur pourrait dresser une liste de bénéficiaires possibles, au sein desquels le juge serait à même de choisir. Le quel devrait trouver une corrélation entre la faute et l'affectation des fonds ».

il convient de préciser que si la sanction multiple ne profite pas à la victime, elle ne se verra pas qualifier de *peine privée*, mais de « peine semi-privée », pour reprendre l'expression de Madame Carval¹.

Synthèse. Le profit illicite qui ne concorde pas même partiellement avec le préjudice économique de la victime devra être affecté au trésor public ou à un fonds d'indemnisation. À l'inverse, s'il existe une concordance partielle entre le profit illicite et le préjudice économique de la victime, la partie du profit illicite confisquée par la sanction civile confiscatoire pourra être restituée à la victime. En matière de concurrence déloyale, les juges pourront néanmoins affecter cette partie du profit illicite au trésor public pour éviter des distorsions de concurrence.

3. La non-assurabilité, une réponse consensuelle

260. **La non-assurabilité, facteur de dissuasion.** Une sanction civile normative, voire punitive peut-elle être couverte par une assurance de responsabilité civile ? Bien que la réponse puisse paraître évidente, l'exemple du droit américain sème le doute. En effet, d'après le bilan dressé par Madame Carval, la majorité des états fédérés américains admettent l'assurabilité des *punitive damages*², ce qui a été qualifié par Madame Grare-Didier « d'aberration du système américain »³.

La question a donc été posée en doctrine et a suscité une réponse quasiment unanime⁴, l'exclusion ferme de l'assurabilité de la sanction civile en cas de faute lucrative⁵. Les propositions de dispositions législatives relatives à la faute lucrative vont également en ce sens⁶.

L'argument invoqué est également consensuel, l'assurance de la sanction normative ou punitive la priverait de tout effet dissuasif. Cet effet dissuasif suppose que la sanction de la faute lucrative soit subie personnellement par l'auteur et non reportée sur la collectivité.

Concrètement, exclure l'assurabilité des sanctions d'une faute lucrative civile, reviendrait à étendre le champ d'application de l'article L. 113-1 alinéa 2 du Code des assurances qui exclut le bénéfice de l'assurance « des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». On pourrait envisager une nouvelle formulation de cette disposition, que voici :

1. Carval (S.), *op. cit.*, n° 277, p. 317 : l'auteur explique que si le produit d'une peine est affecté à une personne publique, on parlerait de « peine semi-privée ».

2. Carval (S.), *op. cit.*, n° 326, p. 368 : 21 états sont favorables à l'assurance sur 45.

3. Grare-Didier, *op. cit.*, n° 516, p. 389.

4. Sur l'assurance des auteurs de fautes qualifiées, voir : Pierre (P.), « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats », *RDC* 2010, p. 1117.

5. Carval (S.), *op. cit.*, n° 318, p. 362, Grare-Didier (C.), *op. cit.*, n° 516, p. 388 : l'auteur exclut l'assurance pour la réparation-expiation, Behar-Touchais (M.), « Le choix d'une orientation, punir ou réparer », *op. cit.*

6. Art. 1371 de l'*avant-projet Catala in fine* : « [...] les dommages et intérêts punitifs ne sont pas assurables ». Art. 54 du *Projet Terré in fine* : « [...] La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages et intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité ».

PROPOSITION DE THÈSE :

Réécriture de l'article L. 113-1 alinéa 2 du Code des assurances « Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes, dommages *et restitutions* [au lieu de pertes et dommages] provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ».

Conclusion sur la sanction confiscatoire privée. À travers ces développements relatifs aux modalités techniques de la sanction civile plurielle, et notamment ceux du coefficient, une distinction fondamentale de qualification s'impose. En effet, lorsque la sanction civile est affectée d'un coefficient égal à 1, c'est-à-dire que le *quantum* de la sanction équivaut au montant du surprofit (ou le cas échéant à celui du dommage), la sanction est purement confiscatoire. Il s'agirait donc d'une simple sanction normative équivalente à la sanction de confiscation en droit pénal, qui constitue une mesure de sûreté et non une *peine*. Par conséquent, elle échapperait à la qualification de sanction répressive et aux garanties y afférentes. Son régime pourra donc épouser l'universalisme de la responsabilité civile, ce qui lui garantira une forte probabilité de prononcé et ce faisant un effet dissuasif.

À l'inverse, lorsque la sanction confiscatoire est assortie d'un coefficient supérieur à 1, l'objectif poursuivi est alors punitif et dissuasif, car l'auteur subit un appauvrissement supérieur au seul montant du surprofit. Dans cette hypothèse la sanction n'est plus seulement normative, mais devient punitive. Son régime s'en verra renforcé.

Tableau indicatif/nomenclature de la sanction privée confiscatoire pour le juge

	Assiette	Coefficient	Plafond	Affectation au TP	Restitution à la victime	
Sanction privée monétaire	Alternative, Profit illicite s'il est chiffrable Ex, presse à scandale Contrefaçon (économie de dépense = redevances non payées)	≥ 1, car probabilité de sanction privée plus forte	Alternatif 3 x le profit illicite ou le dommage	Profit non réalisable par la victime, Atteinte à vie privée	Profit réalisable par la victime, Parasitisme concurrentiel	
	Ou Chiffre d'affaires si le profit n'est qu'estimable		Ou 5 % du chiffre d'affaires mondial	Inexécution efficace du contrat Concurrence déloyale	Contrefaçon Dol contractuel (restitution du tout)	
	Ou Dommage si profit faible (si dommage > profit)					

Conclusion de la première section. À travers ce premier point du régime de la faute lucrative, nous avons déterminé avec précision les modalités de la sanction monétaire dissuasive. Qu'il s'agisse d'une sanction publique ou privée d'une faute lucrative, cette sanction doit être nécessairement confiscatoire, en ce sens, elle doit avoir prioritairement pour assiette le montant du surprofit. Parce que la probabilité de sanction privée est plus forte, la sanction monétaire peut être seulement « confiscatoire » (coefficient multiplicateur égal à 1). À l'inverse, parce que la probabilité de sanction publique est plus faible, cette dernière doit être strictement supérieure au montant du surprofit.

Si la sanction monétaire représente un coût chiffrable dans le calcul bénéfice-risque participant à la dissuasion, une sanction non monétaire peut représenter un coût non chiffrable non moins dissuasif.

SECTION II : UNE SANCTION NON MONÉTAIRE PROPORTIONNELLE AU RÉSULTAT DOMMAGEABLE

261. **L'intérêt des sanctions non monétaires.** Les sanctions non monétaires permettent de maintenir, voire d'augmenter, le niveau de dissuasion de la sanction monétaire dans deux cas.

D'une part, lorsque les responsables (notamment personnes physiques) sont insolvable (insolvabilité involontaire ou organisée), l'amende est privée de

tout effet dissuasif, ce qui justifie la nécessité d'une sanction non pécuniaire¹. D'autre part, il est probable que les auteurs de fautes lucratives, sensibles à l'appât du gain, soient peu sensibles à la sanction pécuniaire, car celle-ci ne les prive pas de leurs moyens d'enrichissement. À l'inverse, une sanction non monétaire pourrait avoir cette vertu d'isoler et de démunir l'agent économique. Les *risquophiles* à l'égard des sanctions pécuniaires pourraient donc manifester une certaine aversion au risque à l'égard des sanctions non monétaires, en ce qu'elles engendrent un manque à gagner futur pour l'agent incarcéré qui de ce fait ne peut plus exercer son activité professionnelle. Ces dernières auraient donc l'avantage de nourrir une *risquophobie*, qui pourrait être instrumentalisée dans l'élaboration de notre régime dissuasif.

Ce développement sera donc consacré à la recherche de sanctions non monétaires dissuasives. Or, pour qu'elles dissuadent un opérateur économique doué de rationalité économique, il faut que ces sanctions représentent un coût, grevant le rapport bénéfice-risque. À la différence des sanctions monétaires, ce coût sera non chiffrable donc non maîtrisable, ce qui à nos yeux décuple l'effet dissuasif. Deux types de sanctions non monétaires peuvent entraîner un coût dissuasif pour l'agent économique, les sanctions paralysant l'opérateur économique et les sanctions stigmatisant un opérateur économique. Dans notre étude, il nous faudra ajuster le « coût dissuasif » d'une sanction non monétaire à la qualité de l'auteur de la faute lucrative et au type de faute lucrative.

262. ***La qualité de l'auteur, critère d'ajustement de la sanction non monétaire.*** À la différence des sanctions des personnes physiques qui impactent tout au plus les responsables et leurs proches, la sanction des personnes morales diffuse des effets à l'égard des tiers (salariés, clients, actionnaires, etc.).

Ce constat nous invite à alléger les sanctions non monétaires des personnes morales d'une part. En effet, la diffusion de certaines sanctions contrevient au principe constitutionnel de personnalité des peines selon lequel « seule la personne déclarée pénalement responsable doit subir les conséquences de la répression »², corollaire du principe de responsabilité personnelle³. D'autre part, si l'on se réfère à la théorie de la réalité⁴, une personne morale ne peut raisonnablement pas se voir imputer une infraction, sans l'intermédiation d'une personne physique. Selon la formule de Georges Ripert, « les personnes morales sont des robots »⁵, qui n'agissent qu'à travers la volonté de leurs dirigeants et actionnaires⁶.

1. La théorie économique pose une condition à l'efficacité de la peine d'emprisonnement, l'incapacité à payer l'amende. En effet, pour Gary Becker, la peine de prison se justifie dès lors que les délinquants économiques « n'ont plus la capacité financière de s'acquitter de la totalité de l'amende ». Becker (G.), « *Crime and punishment, an economic approach* », *Journal of political Economy*, vol. 76, p. 169.

2. Desportes (F.), Le Guehec (F.), *op. cit.*, n° 507, p. 488, Frossard (S.), *Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines*, RSC 1998, p. 703.

3. Déc. Cons. const. 16 juin 1999, n° 99-411 DC, JO 19 juin, constitutionnalité de ces principes tirés du principe de présomption d'innocence inscrit à l'article 9 de la Constitution.

4. Aynès (L.), Malaurie (P.), *Les personnes*, LGDJ, coll. Droit civil, 7^e éd. 2014, n° 349, p. 173 : thèse selon laquelle la personnalité morale traduirait une réalité sociologique et organique, comparable à la personnalité des être humains.

5. Ripert (G.), *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, LGDJ, 2^e éd. 1995, spéc. n° 37.

6. Art. 121-2 C.P.

De facto, toute faute lucrative est nécessairement imputable à une personne physique. Et si elle ne l'est pas *de jure*, c'est que l'incrimination d'emprunt est inapplicable, voire ineffective comme l'article L. 420-6 du Code de commerce en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Ce qui nous amène à plaider en faveur d'un renforcement des sanctions personnelles des personnes physiques d'autre part. Tout d'abord, parce que la sanction s'abat sur l'infraction commise par la personne physique, elle permet de jeter l'opprobre sur un comportement antisocial. Ce faisant, elle offre des chances de conversion de l'agent responsable à la légalité. Une sanction ne peut convertir une personne morale sans agir sur ses organes ou représentants. En outre, faire montre de sévérité envers les personnes physiques de manière plus systématique aurait pour effet d'augmenter coût dissuasif d'une activité illicite. Par conséquent, le prononcé systématique d'une sanction à l'encontre de la personne physique pourrait nourrir une « risquophobie » et une prudence salutaire dans une économie de marché.

L'allègement des sanctions non monétaires des personnes morales (§ 1) devrait donc s'accompagner du renforcement de celles des personnes physiques (§ 2).

§ 1 - POUR UN ALLÈGEMENT DES SANCTIONS NON MONÉTAIRES DES PERSONNES MORALES

263. **Paralyser plutôt que neutraliser.** Selon l'analyse économique du droit, l'efficacité est le critère fondamental d'évaluation des règles de droit. La doctrine s'accorde à considérer qu'une règle est efficace lorsqu'elle améliore la situation, au moindre coût social des institutions humaines et juridiques¹. Plus précisément, une situation est *Pareto-efficace* si le gain d'un agent ne peut être obtenu sans qu'un autre ne subisse des pertes. Un changement est *Kaldor-Hicks efficace* si au cours d'un changement, la perte subie par un agent peut être compensée par le gain récolté par un autre agent². Il en résulte qu'une sanction n'est efficace que si elle parvient à son objectif de dissuasion sans effet collatéral néfaste pour l'ordre public économique. Ce critère nous semble particulièrement important dans le choix de la sanction non monétaire de l'auteur personne morale d'une faute lucrative, car il affecte inéluctablement le marché dans lequel il opère. Il en résulte que tant d'un point de vue juridique qu'économique, la sanction d'une personne morale ne doit pas aboutir à la disparition de celle-ci. Non pas « *too big to fail* », mais plutôt « *too necessary to fail* ».

Après avoir démontré que la neutralisation de l'auteur personne morale est une sanction non monétaire dans la plupart des cas inefficients (A), nous montrerons que la paralysie permet de concilier dissuasion et maintien d'un ordre public économique concurrentiel (B).

1. Mackaay (E.), Rousseau (S.), *op. cit.*, n° 38, p. 11, Kirat (T.), *Économie du droit, La découverte*, 2^e éd. 2012, p. 10, Sibony (A.-L.), « Peut-il y avoir des fondements économiques à la motivation des sanctions ? », in *Les sanctions en droit contemporain, La motivation des sanctions prononcées en justice*, vol.2, Dalloz, Mission Droit et Justice, 2013, n° 4, p. 51.

2. Royer (G.), *L'efficacité en droit pénal économique, op. cit.*, n° 17, p. 26 et s.

A. La neutralisation de la personne morale, une sanction discutée

264. **Pour un usage parcimonieux de la neutralisation.** De prime abord, la théorie économique semble louer les vertus dissuasives de telles sanctions, tant sur le terrain de la dissuasion spéciale que générale¹. Le coût pour le responsable dépasse le profit tiré de son forfait. En outre, de telles mesures privent l'agent économique de toute source de revenus pour l'avenir. Redoutables, ces mesures inspirent dans le même temps une crainte pour les concurrentialistes qui y voient une immixtion dangereuse dans le système économique. Pour Monsieur Parléani, la dissolution est non efficace et « est un comble en droit de la concurrence puisqu'elles entraînent la disparition d'un compétiteur alors que le droit de la concurrence vise à les multiplier »².

En dépit des facteurs d'inefficacité des sanctions neutralisantes (1), de telles sanctions sont inévitables dans certains contentieux notamment celui de la cybercriminalité (2).

1. Les facteurs d'inefficacité de la neutralisation

265. **Les facteurs d'inefficacité de la dissolution.** Parce qu'elle entraîne l'élimination, la disparition de la personne morale, la dissolution est souvent présentée comme la « peine de mort » ou la « mort civile » des personnes morales. Mais parce qu'elle vise à neutraliser un opérateur nuisible, elle constitue aussi une mesure de sûreté, ce qui explique qu'elle puisse être prononcée tant par un juge pénal que par un juge civil.

En droit pénal, elle est une peine complémentaire, prévue à l'article 131-39, 1° du Code pénal, et encourue dans deux hypothèses, lorsque la personne morale a été créée dans un but délictueux ou que celle-ci a été « détournée de son objet social ». En droit pénal spécial, cette sanction est expressément prévue par les textes d'incrimination des infractions les plus graves recensées dans le Code pénal³. En dehors du Code pénal, elle est également encourue, par renvoi à l'article 131-39 du Code pénal, en matière de contrefaçon de brevet⁴. En droit civil, cette sanction peut également être ordonnée à l'encontre d'une entreprise sur le fondement de l'article 6 du Code civil qui interdit de déroger par convention aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, ainsi que sur le fondement de l'article 1833 du dit code qui exige que les sociétés aient un objet licite.

La gravité de cette sanction est néanmoins atténuée par l'une de ses modalités d'exécution. À l'issue des opérations de liquidation effectuées devant le juge civil ou commercial, l'actif net doit en principe revenir aux membres de la personne morale. Ceci est choquant à deux égards, d'une part la possibilité d'aboutir à un *boni* de liquidation d'une personne morale touchée par la criminalité d'affaires et d'autre part l'éventualité d'affectation du *boni* de liquidation issu d'une

1. Voir : Royer (G.), *op. cit.*, n° 135p. 151-152.

2. Parléani (G.), « La sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles, essai d'une problématique », in « Concurrence et droit pénal », colloque, *Concurrences* 2008/1, p. 3, spéc. n° 15.

3. Desportes (F.), Le Guehec (F.), *op. cit.*, n° 868, p. 823 : notamment trafic de stupéfiants (art. 222-42 C.P.), proxénétisme (art. 225-12 C.P.) escroquerie (art. 313-9 C.P.).

4. Art. L. 615-14-3 C.P.I.

activité délictueuse, aux fondateurs de celle-ci. Il serait totalement contraire à l'objectif du texte¹. Toutefois, le prononcé d'une amende proportionnelle² contre la personne morale permettrait d'éviter ce transfert de profits illicites.

Enfin, cette sanction souffre d'inconvénients majeurs. Tout d'abord, elle semble contraire à la logique du marché, la disparition d'une entreprise n'est ni plus ni moins l'élimination d'un concurrent sur un marché. Cette mesure affaiblit donc la concurrence³. Par ailleurs, parce qu'elle entraîne la disparition de la personne morale, elle provoque inéluctablement des licenciements. Un tel effet social dévastateur ne peut être négligé par le juge dans le choix de la sanction. Enfin, une telle sanction semble totalement inadaptée aux multinationales puissantes. Un juge l'oserait-il ? Qu'il s'agisse d'affaires en matière de fraude, de délits boursiers, la sanction de dissolution ne pourra jamais atteindre des personnes morales comme Sanofi, la Société Générale. « *Too big to fail* », ces entreprises bien que touchées par la délinquance d'affaires, jouissent d'une sorte d'impunité.

Fort de ces éclairages, nous opterons pour une position pondérée à l'instar des conclusions de Monsieur Royer⁴, si la dissolution est juridiquement et économiquement discutable, il conviendra de la cantonner aux cas légalement prévus, dans les cas les plus graves. Nous ajouterons que cette sanction se justifierait seulement lorsque c'est l'objet social d'une société qui est contraire à l'ordre public. Elle serait donc exclue si une activité licite était exercée de manière illicite. Plutôt que la disparition de la personne morale, il faudrait une sanction affaiblissante sans pour autant compromettre la longévité de celle-ci. La fermeture d'établissement, sanction voisine, mais moins radicale, serait-elle plus appropriée ?

266. **Les facteurs d'inefficacité de la fermeture d'établissement.** La fermeture d'établissement emporte une interdiction d'exercer dans celui-ci, l'activité à l'occasion de laquelle le forfait a été commis⁵. Son caractère réel la distingue des mesures d'interdiction qui sont des peines privatives de droit. Et elle se distingue de la peine de confiscation en ce qu'elle ne prive pas le délinquant de la propriété de son bien, mais seulement du droit de s'en servir. En outre, parce qu'elle constitue davantage une mesure de sûreté⁶, cette sanction peut aussi bien être prononcée par un juge civil ou commercial qu'un juge pénal, en dehors de toute habilitation spéciale.

1. Desportes (F.), Le Gunehec (F.), *op. cit.*, n° 873, p. 825-826, Dreyer (E.), *Droit pénal général, op. cit.*, n° 1465, p. 961.

2. Voir *supra*, n° 230 et s.

3. Parleani (G.), « Les sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles, essai d'une problématique », *op. cit.*, spéc. n° 15 : « De plus, certaines sanctions comme la dissolution ou la fermeture d'établissement privent le marché d'un compétiteur ultérieur, ce qui est un comble pour le droit de la concurrence qui vise plutôt à multiplier les opérateurs. La sanction des personnes physiques, beaucoup plus traditionnelle, conserve donc son utilité ».

4. Royer (G), *op. cit.*, n° 139, p. 154 : l'auteur préconise néanmoins de remplacer la condition de constitution criminelle posée à l'article 131-39 C.P. (inapplicable en pratique) à une condition de détournement criminel plus adaptée et facile à prouver.

5. Art. 131-33 C.P.

6. À la différence des peines qui ont une fonction avant tout rétributive, les mesures de sûreté ont une fonction préventive et poursuivent un but de protection de la société.

En droit pénal, cette peine complémentaire prévue à l'article 131-39,4° du dit code peut être temporaire et ne produire des effets pour une durée de cinq ans au plus ou être définitive. Elle est notamment encourue en matière de contrefaçon de brevet¹ et de fraude².

En droit de la responsabilité civile, le juge civil ou commercial peut prononcer une telle mesure en dehors de toute habilitation spéciale³. Elle s'apparente davantage à une cessation de l'illicite, ou une mesure de réparation en nature. Aussi la Cour de cassation a-t-elle reconnu aux juges du fond le pouvoir d'ordonner la fermeture d'un établissement commercial ouvert en violation d'une clause de non-concurrence licite⁴ ou en état de concurrence déloyale, ou encore en matière d'atteinte à l'environnement⁵. Une telle sanction jouit d'une grande efficacité, car elle entraîne la perte de clientèle de la personne morale et la prive ce faisant de ressources pour l'avenir.

Toutefois, en dépit de son effet dissuasif incontestable, cette sanction recèle des points de faiblesse. Comme le fait remarquer Monsieur Dreyer, d'une part, la personne morale n'est pas empêchée d'exercer la même activité ailleurs⁶. D'autre part, le prononcé de cette mesure affecte d'autres personnes que la personne morale condamnée, le propriétaire (qui l'aurait donné en location gérance) et surtout les salariés qui y travaillent. Cette mesure est donc insuffisante et facteur d'infertilité économique. On ne s'étonnera donc pas de constater la subsistance de la société Spanghero en dépit de sa participation à l'*affaire de la Viande chevaline*. Dans cette affaire encore en cours, la société Spanghero, théâtre d'une tromperie économique à échelle européenne, a pour l'heure échappé à une mesure de fermeture. Cette entreprise audoise de 300 salariés demeure un fournisseur de la grande distribution sous le nom de La Lauragaise⁷.

En dépit de ces facteurs d'inefficacité des sanctions neutralisantes, force est de reconnaître leur utilité notamment pour éradiquer la cybercriminalité.

Synthèse. Il conviendra d'éviter les sanctions de neutralisation (fermeture, dissolution) à l'encontre des personnes morales, auteurs de fautes lucratives.

2. La nécessaire neutralisation des fautes lucratives commises sur le web

267. **L'exemple de la contrefaçon en ligne.** La contrefaçon en ligne est une infraction de droit pénal spécial qui utilise les réseaux informatiques comme « vecteurs »⁸. L'utilisation du support informatique est d'ailleurs une circonstance aggravante de l'infraction de contrefaçon⁹. Le fléau de la cybercriminalité est difficile à endiguer. Parmi les difficultés liées à la lutte contre la cybercri-

1. Art. L. 615-14-2 C.P.I.

2. Art. L. 451-6 C. conso. opère un renvoi à l'article 131-39, 2° à 9° du C.P.

3. Notamment *via* une interprétation large de l'art. 6 C. civ.

4. Jourdain (P.), Viney (G.), Carval (S.), *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 106, p. 138.

5. *Ibid.* n° 29-2, p. 96.

6. Dreyer (E.), *op. cit.*, n° 1389, p. 1027.

7. [<http://industrie.usinenouvelle.com>] depuis le 30 décembre 2013.

8. Chopin (F.), « La cybercriminalité », *Rep. Dr. Pénal*, Dalloz, 2013, n° 237.

9. Art. L. 716-9 C.P.I. pour la contrefaçon de marque.

minalité figure de premier chef l'identification des personnes qui ont mis en ligne les offres de produits illicites, les éditeurs. Ce sont eux généralement les bénéficiaires, soit ceux qui tirent un profit commercial des atteintes massives et répétées aux droits de propriété intellectuelle. La violation de droits d'auteur (diffusion illicite d'œuvres en *streaming* ou en téléchargement direct) est une activité très lucrative, qui se finance notamment par des recettes publicitaires et des abonnements d'utilisateurs¹.

L'objectif consiste alors à contrarier le fonctionnement des sites contrefaisants pour décourager ceux qui les gèrent. Et pour ce faire, l'identification et la neutralisation des sites illicites sont indispensables.

268. ***Le rôle des intermédiaires techniques dans la détection de contenus illicites.*** Parce qu'ils sont des acteurs incontournables de l'écosystème Internet, les intermédiaires techniques ont un rôle à jouer dans la détection des contenus illicites.

On pense tout d'abord à l'hébergeur de contenu, c'est lui qui « assure, même à titre gratuit, la mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services »². Leur position étant cardinale dans la prévention des infractions en ligne, leur étroite collaboration permettrait d'empêcher toute transaction entre internautes et contrefacteurs³. On ne peut donc s'empêcher de se faire la réflexion suivante, l'hébergeur étant l'intermédiaire clé de « l'écosystème Internet », cette position devrait en faire l'acteur idéal de son assainissement. Pour renforcer la lutte contre la cybercriminalité, le droit prospectif⁴ suggère d'impliquer davantage les intermédiaires techniques et financiers.

Le but étant que par le concours de ces intermédiaires, les sites, liens menant à des offres illicites soient identifiés et désactivés. Aussi, voit-on poindre dans la pratique des hébergeurs coopératifs qui se dotent « d'outils de reconnaissance automatique de contenu illicite »⁵ pour faciliter la détection de contenus illicites et leur retrait du net.

269. ***Le déréférencement des sites illicites par les outils de recherche.*** Par ailleurs, les outils de recherche (moteurs de recherche et lien hypertexte), bien qu'ignorés par la directive et la loi de transposition, sont désormais dans la ligne de mire de la doctrine et de la jurisprudence⁶, compte tenu de leur rôle dans l'accès au contenu.

1. *Rapport Lescure*, fiche C-4, p. 386, IDATE, *Étude du modèle économique de sites ou services de streaming et de téléchargement direct de contenus illicites*, 21 mars 2012, étude réalisée pour le compte d'HADOPI, spéc. p. 69 et s.

2. Art. 6.I.2 LCEN.

3. *Rapport de la Commission, sur l'application de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle*, 22.12.2010 COM(2010) 779 final, SEC(2010), spéc. n° 3.3, p. 8 : « La Commission pourrait examiner comment impliquer plus étroitement les intermédiaires, compte tenu de leur position favorable pour contribuer à prévenir les infractions en ligne et à y mettre fin ».

4. *Rapport Lescure*, *op. cit.*, p. 34.

5. *Rapport Lescure*, *op. cit.*, fiche technique C5, p. 399-405, spéc. p. 404.

6. TGI Paris, ord. de référé, 20 novembre 2000, *Gaz. Pal.* 2000. 348, p. 39 : affaire dans laquelle le juge

L'offre internet dépend en effet de l'action de référencement exercée par le moteur de recherche. Si l'offre illicite est accessible, c'est qu'elle est référencée au même titre qu'une offre licite. À ce titre, le *rapport de la Commission européenne du 22 décembre 2010* sur l'application de la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle, montre que les moteurs de recherche peuvent favoriser l'accès à des contenus illicites, car « ils permettent souvent aux fraudeurs d'attirer les internautes pour leur proposer d'acheter ou de télécharger les produits qu'ils offrent de manière illégale »¹. De même, un rapport officiel français² a montré que l'offre licite était moins bien référencée que l'offre illicite, ce qui accroît l'expansion de la cyber-contrefaçon. Il faut renverser cette tendance. Certains moteurs de recherche comme Google ont commencé à dégrader le classement des sites coupables de contrefaçon de droit d'auteur en déréférencant lesdits sites³. Plus qu'une bonne pratique laissée au bon vouloir des intermédiaires, cette démarche devrait être systématique, aussi nous proposons de mettre à charge des moteurs de recherche une obligation légale de « référencement sélectif » favorisant l'offre légale et déréférencant les liens et sites illégaux⁴.

Enfin, un moyen plus radical consisterait à bloquer l'accès à des sites illicites.

270. *Le blocage d'accès internet, une sanction nécessairement judiciaire.*

Une autre solution consisterait à renforcer le pouvoir d'injonction des intermédiaires techniques en leur permettant notamment de bloquer les sites illicites par la saisine des noms de domaine auprès des registraires⁵. Radicale cette mesure est de surcroît attentatoire à la liberté de communication. Appliquée aux États-Unis notamment pour lutter contre la contrefaçon, cette mesure ne pourrait prospérer qu'en dernier recours et sur décision judiciaire, au terme d'une procédure contradictoire et d'un contrôle de proportionnalité. Citons l'exemple de l'*affaire MegaUpload* qui aboutit, au terme d'une procédure judiciaire complexe et transnationale menée par les États-Unis, à la fermeture des sites en janvier 2012 et à la condamnation des dirigeants de la plateforme⁶.

des référés a ordonné à Yahoo France de mettre en place des filtres empêchant les internautes français d'accéder à des sites américains faisant l'apologie du nazisme, « de prévenir tout internaute consultant Yahoo.fr, et ce, dès avant même qu'il fasse usage du lien lui permettant de poursuivre ses recherches sur yahoo.com, que si le résultat de sa recherche l'amène à pointer des sites, pages ou forums dont le titre et/ou contenus constituent une infraction à la loi française - sites faisant l'apologie du nazisme en l'espèce -, il doit interrompre la consultation du site concernant sauf à encourir les sanctions prévues par la législation française ou à répondre à des actions en justice initiées à son encontre ». Sur l'application de la loi française voir *infra*, n° 441.

1. *Rapport de la Commission sur l'application de l'Application de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle*, 22.12.2010 COM(2010) 779 final, SEC(2010), spéc. n° 3.3, p. 7.

2. Une étude récente de l'HADOPI dans le cadre de son projet *Linkstorm*.

3. *Rapport Lescuré*, fiche technique C6, p. 407-411, spéc. p. 409.

4. L'autre solution consisterait à attribuer le statut d'intermédiaire aux moteurs de recherche pour les obliger à retirer les contenus illicites. Mais ce n'est pas possible dans la mesure où les moteurs de recherche, contrairement aux hébergeurs, ne stockent pas d'information, ils référencent seulement des liens.

5. *Rapport Lescuré*, fiche C-8, p. 418-425.

6. *Rapport Lescuré, op. cit.*, p. 388 : De même, le créateur du site de référencement *Surf the Channel* qui fournissait des liens hypertextes vers des œuvres protégées, a été condamnée à 4 ans de prison. Enfin, les administrateurs de *The Pirate Bay*, gros site de référencement de liens vers des fichiers *BitTorrent* ont été condamnés à des peines d'emprisonnement et à de lourdes peines d'amende.

C'est en effet ce qui ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans la décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 sur la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, le Conseil a censuré deux dispositions qui autorisaient HADOPI à interdire l'accès à des titulaires d'abonnement¹. Les sages ont considéré que le prononcé d'une telle sanction privative ou restrictive de droit, qui plus est reposant sur une présomption de culpabilité était contraire au droit fondamental à la liberté d'expression et de communication et au principe de présomption d'innocence².

Prenant acte de cette décision, le législateur a doté le seul juge judiciaire d'un pouvoir de sanction en matière de jeux en ligne. Ainsi, en vertu de la loi du 12 mai 2010 l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) se voit confier, parallèlement à sa mission principale de délivrer les agréments aux opérateurs de jeux en ligne, un pouvoir restreint de sanction de l'offre illicite de jeux³. À ce titre, l'ARJEL peut saisir le juge des référés, après mise en demeure à l'opérateur de cesser son activité, pour ordonner « toute mesure destinée à faire cesser le référencement du site d'un opérateur »⁴ auprès d'un moteur de recherche ou d'un annuaire⁵. Mais le blocage de l'accès aux sites illégaux relève de l'office du juge, dispose l'article 61 de la loi précitée⁶. Toutefois, une partie de la doctrine regrette que l'ARJEL ne puisse pas prononcer au moins des mesures conservatoires, donc provisoires⁷.

Nous retiendrons que des mesures interdisant l'accès ou la publication sur internet, parce qu'elles portent atteinte à des libertés fondamentales de libre expression et de libre communication, doivent être prononcées par juge judiciaire.

Conclusion-transition. En dépit de leur facteur d'inefficience, les sanctions visant la neutralisation de l'activité illicite conservent leur pertinence en matière de cybercriminalité (fermeture du site illégal).

Par ailleurs, plutôt que de chercher à neutraliser définitivement et totalement la personne morale auteur d'une faute lucrative, il faudrait davantage cibler l'impact de la sanction, de sorte que l'entreprise demeure, mais affectée d'un handicap dissuasif.

1. Cons. constit., déc. n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* : les articles 5 et 11 de la loi déferée confiaient à la commission de protection des droits de la HADOPI des pouvoirs de sanction l'habilitant à restreindre ou à empêcher l'accès à Internet à des titulaires d'abonnement.

2. Le titulaire de l'abonnement est débiteur d'une obligation de surveillance de l'article 11 insère, au sein du chapitre IV du même titre, les articles L. 336-3 et L. 336-4, qu'il définit l'obligation de surveillance de l'accès à internet et détermine les cas dans lesquels est exonéré de toute sanction le titulaire de l'abonnement à internet dont l'accès a été utilisé à des fins portant atteinte aux droits de la propriété intellectuelle.

3. Behar-Touchais (M.), Rochfeld (J.) Guillenchmidt-Guignot (A.), (dir.) avec la collaboration de Fournier (A.) *Les jeux en ligne en France et en Europe, Quelles réformes trois ans après l'ouverture du marché ?*, coll. TEE, vol.7, mars 2013, spéc. n° 46, p. 67.

4. *Ibid.*, spéc. p. 77.

5. Sont donc visés les fournisseurs d'accès à internet et les fournisseurs d'hébergements de sites, moteurs de recherche ainsi que gestionnaires de forums ou de blogs.

6. Art. 61 de la loi 12 mai 2010

7. Behar-Touchais (M.), Rochfeld (J.) Guillenchmidt-Guignot (A.), (dir.) avec la collaboration de Fournier (A.), *op. cit.*, n° 62, p. 82 : proposition de TEE consiste à confier à l'ARJEL le pouvoir de prononcer mesures conservatoires telles suspension d'agrément en cas d'attente grave à la réglementation applicable à l'encontre des opérateurs pour une durée limitée, strictement proportionnées au but poursuivi.

B. La « neutralisation ciblée » de la personne morale

Annnonce. Des mesures de neutralisation ciblée permettraient de concilier dissuasion et efficacité. En effet, la sanction de démantèlement parce qu'elle peut frapper uniquement l'activité illicite ou exercée de manière illicite, elle assure la continuité de la personne morale (1). Il en est de même des interdictions ciblées et orientées vers l'activité litigieuse (2).

1. La sanction de démantèlement

271. **L'effet dissuasif d'une sanction de démantèlement.** Certaines sanctions ont vocation à neutraliser l'illicite en y mettant fin et en évitant qu'il ne se répète. Au-delà des mesures de cessation de l'illicite apparentées à la réparation en nature ou à une obligation de ne pas faire, le droit positif prévoit des sanctions structurelles (*a posteriori*) qui ont pour but de rétablir un bon ordre public de marché tout en diminuant, de manière dissuasive, le pouvoir d'une grande entreprise.

Le droit de la concurrence nous en livre l'expérience. Permettant d'intervenir directement sur les structures de marché, la sanction structurelle du droit des pratiques anticoncurrentielles¹ a pour objectif précis de renforcer la concurrence d'un marché en affaiblissant les entreprises en position dominante². Elle consiste alors en une cession d'actif (droit de propriété sur un bien corporel ou incorporel, cession d'investissement, cession d'activités...). Le premier type d'injonction structurelle, instituée à l'article L. 752-26 du Code de commerce, est resté lettre morte à cause de la lourdeur de ces conditions de mise en œuvre, elle n'était alors qu'un ultime recours en cas de persistance d'un abus de position dominante ou de dépendance économique après une première condamnation³. Préconisée par l'Autorité de régulation pour lutter contre la concentration de la distribution alimentaire⁴, une nouvelle injonction structurelle, prononcée sans faute, en dehors de tout constat d'une exploitation abusive d'une position dominante, a été instaurée par la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer donnant lieu à un article L. 752-27 du dit code, seulement applicable dans les départements d'outre-mer⁵. En vertu de ce texte, l'autorité de concurrence pourra désormais prononcer une injonction structurelle contre une entreprise en position dominante, en dehors de tout contrôle des comportements, pour rétablir une concurrence effective dans les

1. Qu'il faut différencier des injonctions structurelles du droit des concentrations.

2. Exemples célèbres de démantèlement aux États Unis sur la base du *Sherman Antitrust Act*: *American Tobacco* démantelée en 1911, *Standard Oil* démantelée en 1911 en 33 compagnies indépendantes, dont certaines donneront naissance aux grandes compagnies américaines telles que *Exxon*, *AT&T* démantelée en 1982.

3. Brault (D.), « Du sous emploi des remèdes structurels dans l'application des règles de concurrence », *RLDC* 2001, n° 44, p. 5.

4. Aut. Conc. Avis n° 12-A-01, 11 janvier 2012, relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, spéc. 195 : « pouvoir d'injonction structurelle qui offre des garanties procédurales similaires à celles encadrant le contrôle des concentrations, apparaît comme le moyen le plus efficace d'agir sur la structure de marché au bénéfice du consommateur ».

5. Art. L. 752-27 C. com.

zones de chalandise commerciale très concentrée. Sur le modèle de cette loi précitée, l'injonction structurelle a également été introduite à l'article 16 de la loi n° 2013-2 du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, habilitant ainsi l'autorité de concurrence calédonienne à la prononcer¹. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur ladite loi, le Conseil constitutionnel a notamment considéré à propos de l'article 16 que l'atteinte à la liberté d'entreprendre n'était pas disproportionnée eu égard à l'objectif de préservation d'une concurrence effective², motif d'intérêt général poursuivi par la loi.

Si aucun bilan ne peut encore être dressé sur son utilisation, Monsieur Lasserre est convaincu de l'effet dissuasif de cette sanction, laquelle constitue un puissant outil de négociation avec les entreprises, pour lever les obstacles à la concurrence³. Son extension avait d'ailleurs été consacrée par la loi pour la croissance et l'activité, dite *loi Macron* au profit de l'autorité de concurrence métropolitaine⁴ avant d'être censurée par le Conseil constitutionnel⁵.

Bien que réservée aux situations de domination, une telle sanction pourrait également s'étendre à d'autres hypothèses. Notons que des entreprises peuvent proposer des engagements comportementaux et structurels pour échapper au constat d'une infraction et au prononcé d'une sanction pécuniaire, et ce, aussi bien en matière d'abus de position dominante que d'entente⁶. Pourquoi cantonner la sanction structurelle de démantèlement aux seules infractions d'abus de position dominante ? Une telle sanction pourrait produire un effet dissuasif également en matière d'entente, condamner les cartellistes à une telle sanction aurait aussi pour effet de déconcentrer un marché et raviver la concurrence.

La gravité d'une telle sanction entraînerait probablement sa classification parmi les sanctions répressives. Aussi, elle ne pourrait être prononcée qu'à de strictes conditions, ce qui évincerait certainement le juge civil ou commercial et le réserverait au juge pénal et à l'autorité de la concurrence. À l'inverse, le handicap professionnel, moins grave et plus malléable, pourrait être aussi prononcé par un juge civil et commercial.

1. Voir : Behar-Touchais (M.), « La Nouvelle-Calédonie au cœur de la concurrence, De l'urgence concurrentielle au traitement de choc », *Concurrences* n° 1-2014, p. 43-52.

2. Cons. constit., 22 juin 2012, déc. n° 2012-258 QPC, *Établissements Bargibant S.A.* [Nouvelle-Calédonie - Validation - Monopole d'importation des viandes].

3. Veneyre (L.), « Audition du président de l'Autorité de la concurrence, confirmation du dynamisme de l'action outre-mer et premiers effets de la loi REOM », *RLDC* 2014 n° 39.

4. Art. 39 de la petite loi, n° 565, dote l'autorité de concurrence métropolitaine d'un pouvoir d'injonction structurelle semblable à celui de l'autorité de concurrence de Nouvelle-Calédonie. Toutefois, le prononcé d'une telle injonction est soumis à conditions, « Art. L. 752-26. - I. - En cas d'existence d'une position dominante et de détention par une entreprise ou un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail d'une part de marché supérieure à 50 % [...] », l'autorité de la concurrence adresse au préalable un rapport aux entreprises, au réponse duquel elles peuvent proposer des engagements. Et ce n'est qu'en cas d'engagements insuffisants ou inexistantes, que l'autorité pourra prononcer l'injonction structurelle, après une procédure contradictoire.

5. Cons. constit., 5 août 2015, déc. n° 2015-715 DC, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, csdt. 32.

6. Art. L. 464-2, II C. com. et communiqué de procédure relatif aux engagements en matière de concurrence, Cons. Concurrence du 3 avril 2008.

2. Les interdictions ciblées

272. **La dissuasion par le handicap professionnel.** Certaines mesures ont pour effet de priver une personne morale de certains droits indispensables à la poursuite de leur objet social sans pour autant l'éradiquer de la vie économique. Ces mesures d'interdiction constituent principalement des peines complémentaires, soit des sanctions pénales facultatives, dont le prononcé est laissé à l'appréciation souveraine du juge pénal.

Parmi celles-ci, on citera tout d'abord l'interdiction d'une activité professionnelle ou sociale, en lien direct ou indirect avec l'activité ayant permis l'infraction. Prévue à l'article 131-39, 2° du Code pénal, cette sanction peut être définitive ou temporaire (pour une durée maximale de 5 ans). En matière de pollution marine¹, elle pourrait être une sanction dissuasive contre les entreprises pétrolières responsables d'une marée noire, si la prohibition portait sur le transport d'hydrocarbures (empêchant ces derniers d'affréter des navires).

Par ailleurs, l'interdiction de participer à des marchés publics (5°) peut s'avérer être une sanction dissuasive dans des secteurs, comme le bâtiment, où les commandes publiques déterminent la croissance d'une entreprise². Elle pourrait se justifier notamment lorsqu'une entreprise a méconnu des normes de sécurité à des fins lucratives (économie de dépense). Le crédit attaché à la passation de marchés publics exclut donc que des entreprises de BTP, dont l'honnêteté est sujette à caution, y participent. Toutefois, parce que cette interdiction empêche un opérateur de concourir, elle affaiblit la concurrence dans les procédures d'appel d'offres.

D'autres mesures telles que l'interdiction de faire appel public à l'épargne (6°)³ peut être un handicap dans la croissance d'une entreprise, tant ce moyen de financement est utilisé par les grandes entreprises. Les en priver même temporairement, les conduirait à la dissolution, affirme certains pénalistes⁴, ce qui n'est pas souhaitable. Un usage idoine serait donc recommandé. On citera également la nécessité d'une mesure de publicité de la condamnation pour entacher la réputation d'une personne morale, ainsi qu'une mesure de déchéance de subventions publiques. Lorsqu'une activité exercée de manière illicite repose en outre sur une fraude aux subventions publiques, pour dépollution par exemple (au moyen de falsification de documents administratifs), la personne morale non dissoute pourrait se voir condamner à une interdiction définitive de toucher toute subvention publique quelle qu'elle soit⁵. Une telle sanction se justifie

1. Peine prévue à Art. L. 218-57 III. C. Env. « L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du code pénal porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ».

2. Bourdon (W.), *Face aux crimes du marché, quelles armes juridiques pour les citoyens ?*, La découverte, 2010, proposition n° 12, p. 292.

3. En vertu de l'article L. 411-1 du C.M.F. font appel public à l'épargne les personnes morales dont les titres sont « admis aux négociations sur un marché réglementé » ou qui les placent « dans le public en ayant recours soit à la publicité, soit au démarchage, soit à des établissements de crédit ou à des prestataires de services d'investissement ».

4. Robert (J.-H.), *op. cit.*, p. 457.

5. TGI Paris, 31-1, ch. corr, 18 décembre 2013, *Envir.* n° 6, juin 2014, comm. 48 L. Neyret : une société de dépollution, élimine des huiles industrielles polluées aux PCB de manière interdite et falsifie des documents administratifs pour toucher les subventions publiques pour dépollution. Outre les

particulièrement à l'égard des personnes physiques, notamment si la condamnation d'une personne morale l'accule à la faillite, auquel cas la déchéance ne produira aucun effet dissuasif.

Enfin, l'interdiction publicitaire, notamment médiatique (télévision, radio, presse, publicité en ligne, etc.) pourrait être une sanction intéressante et très dissuasive pour les entreprises coupables de fraude. Sanction encore inexistante en droit positif, certains secteurs sont néanmoins soumis à des contraintes, restrictions publicitaires « pour des raisons déontologiques, de santé publique ou encore économiques »¹ (cas du tabac, des boissons alcooliques...). La privation de recettes publicitaires pourrait être un handicap économique dissuasif notamment dans les secteurs captés par des marques de renom (biens de consommation, services).

Conclusion-transition. Les développements ont mis en évidence les écueils des sanctions de neutralisation prononcées contre une personne morale. Si elles sont inévitables en matière de cybercriminalité, des mesures de neutralisation plus ciblées, tout aussi dissuasives, mériteraient d'être déployées par ailleurs. À l'encontre des personnes morales auteurs de faute lucrative, nous préconisons donc *des mesures de cessation de l'illicite d'une part telles que d'injonction structurelle (plutôt que fermeture, dissolution) et des déchéances ciblées telles qu'une mesure d'interdiction publicitaire, de publication de la condamnation et autre déchéance de droits dont l'utilisation a été détournée par l'entreprise.*

L'adoucissement des sanctions non monétaires à l'égard des personnes morales doit toutefois être compensé par un renforcement des dites sanctions à l'encontre des personnes physiques, auteurs de faute lucrative.

§ 2 - POUR UN RENFORCEMENT DES SANCTIONS NON MONÉTAIRES DES PERSONNES PHYSIQUES

273. ***Seule la personne physique est dotée d'une rationalité économique.*** Comme nous l'avons vu au terme de la première partie, la faute lucrative est composée d'un élément moral fort « le dol lucratif ». Procédant d'un état de rationalité économique, cette intention ne peut être attribuée qu'à une personne physique, elle seule étant dotée d'une intelligence et d'une volonté. À l'inverse, selon la formule de Georges Ripert, « les personnes morales sont des robots »², qui n'agissent qu'à travers la volonté de leurs dirigeants et actionnaires³. *De facto*, toute faute lucrative est nécessairement imputable à une personne physique. Et si elle ne l'est pas *de jure*, c'est que l'incrimination d'emprunt est inapplicable, voire ineffective comme l'article L 420-6 du Code de commerce⁴ en matière de pratiques anticoncurrentielles. Cette situation n'est pas satisfaisante,

amendes prononcées et la condamnation à des dommages et intérêts, la personne morale aurait pu se voir interdire tout bénéfice d'une quelconque subvention publique de manière définitive.

1. <http://www.csa.fr/Television/Le-suivi-des-programmes/Les-communications-commerciales/La-publicite>.

2. Ripert (G.), *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, LGDJ, n° 37.

3. Art. 121-2 C.P.

4. Voir *infra*, n° 286.

d'autant plus que la sanction des personnes morales se répercute sur d'autres agents économiques non impliqués dans les infractions de concurrence (salariés, actionnaires, clients, consommateurs). La seule sanction d'une personne morale pour infraction au droit de la concurrence est encore moins tolérable lorsque des personnes physiques sont identifiées dans le cadre de la procédure comme ayant organisé les échanges d'information caractérisant un *cartel*.

Par conséquent, en présence d'une faute lucrative, et parce que l'élément moral qui la caractérise est particulièrement fort et témoigne d'une intention particulièrement calculatrice et malveillante que le droit doit combattre, la responsabilité de la personne physique auteur du dit calcul doit être systématiquement recherchée. Au-delà de cet argument de cohérence s'ajoute un argument d'efficacité de la lutte contre les fautes lucratives.

274. ***La sanction des personnes physiques, élément de dissuasion.*** La sanction des personnes physiques (auteur de faute lucrative) participe à l'efficacité de la lutte contre les fautes lucratives pour deux raisons.

Tout d'abord, parce que la sanction s'abat sur l'infraction commise par la personne physique, elle permet de jeter l'opprobre sur un comportement antisocial. Ce faisant, elle offre des chances de conversion de l'agent responsable à la légalité. Une sanction ne peut convertir une personne morale sans agir sur ses organes ou représentants. Prenons l'exemple du droit de la concurrence, l'un des objectifs de la politique de sanction du droit de la concurrence consiste en l'adhésion des agents économiques au paradigme de la libre concurrence¹. Or, si une sanction ne peut convertir une personne morale à la culture concurrence, elle le peut auprès de personnes physiques. Car cette acculturation de la concurrence ne dépend que de la volonté des dirigeants des entreprises concurrentes. Par conséquent, une sanction des dirigeants dont l'entreprise est responsable d'une pratique anticoncurrentielle aurait un plus fort impact « pédagogique » à court terme et susciterait une volonté d'adhésion à la libre concurrence à long terme.

Le second facteur d'efficacité de la lutte contre les fautes lucratives découle du premier. En stigmatisant le comportement et l'intention dolosive de l'auteur d'une faute lucrative, personne physique, la sanction personnelle permettrait de décupler une aversion au risque, ce qui est souhaitable. La fonction d'intimidation de la sanction personnelle joue ici tout son rôle. *L'existence d'un risque judiciaire très probable qui plus est personnellement encouru par la personne physique grève le coût d'une activité lucrative et pourrait dissuader ce dernier de s'y adonner.* À l'inverse, une sanction peu probable (car peu prononcée) a un effet dissuasif bien moindre. *Par conséquent, le prononcé systématique d'une sanction à l'encontre de la personne physique pourrait nourrir une « riscophobie » et une prudence salutaire dans une économie de marché.*

Parce que le calcul bénéfice-risque est nécessairement effectué par une personne douée d'intelligence, le « coût dissuasif » doit atteindre personnellement la personne physique. Les sanctions non monétaires trouvent ici toutes leur per-

1. Lasserre (B.), « Le rôle de la sanction pécuniaire en droit de la concurrence », in « Entente ou abus de position dominante - Sanctions ou procédures négociées : quelle stratégie pour l'entreprise ? », *RLC* 2010/24, n°1668 : selon l'auteur, la sanction pécuniaire recèle une dimension correctrice consistant à « orienter les entreprises vers la vertu économique ».

tinence. Or ce coût dissuasif peut constituer en une mesure d'« isolement » de l'agent économique (A) ou une mesure de stigmatisation (B).

A. Les mesures d'isolement de l'agent économique personne physique

275. *L'indispensable neutralisation de l'agent économique.* Le résultat dommageable d'une faute lucrative justifie une réaction précise du Droit, mettre l'agent économique hors d'état de nuire et préserver ainsi une éthique de marché. Il s'agit même d'une « nécessité absolue » pour reprendre la formule de Monsieur Royer¹.

En outre, il serait intéressant d'analyser ces sanctions neutralisantes par le prisme de la dissuasion. À ce titre, nous montrerons que la plupart des « incapacités juridiques »² peuvent être utilisées à des fins dissuasives. En effet, exclu pour tout ou partie de la vie professionnelle ou de la vie économique³, l'agent économique se voit privé d'un gain futur. Un tel manque à gagner pourrait nourrir également une *risquophobie* de l'agent, utile à l'édification de notre régime dissuasif.

L'objectif de dissuasion pourrait donc être satisfait par des mesures d'exclusion de la vie professionnelle (1), voire des mesures d'exclusion de la vie économique (2).

1. Les mesures d'exclusion de la vie professionnelle

276. *Les mesures d'exclusion prononcée par une juridiction répressive.* En cas d'infraction lucrative, l'exclusion du délinquant économique de sa sphère professionnelle est une sanction « de première nécessité ». Depuis la loi du 4 août 2008⁴, l'incapacité professionnelle constitue une peine complémentaire et non plus une peine accessoire (le but étant de préserver la liberté d'entreprendre et la réinsertion du condamné), conformément à l'article 131-27, alinéa 2 du Code pénal. Elle doit donc être expressément prononcée par le juge pénal dans les cas où la loi le prévoit. Concrètement, cette sanction emporte « interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entre-

1. Formule empruntée à Royer (G.), *op. cit.*, n° 126, p. 143, « La nécessité absolue de la privation de liberté d'entreprendre ».

1. Le droit contemporain fait une large place aux incapacités inspirées par la doctrine positiviste et qui tend non plus à déshonorer le condamné mais à l'écarter d'une multitude d'activités, le plus souvent professionnelles, dans l'exercice duquel on redoute qu'il ne devienne dangereux. Il s'agit donc de mesure de sûreté.

3. On distingue la première de la seconde par l'étendue de leurs effets, la première entraîne l'exclusion de l'agent de la sphère économique tandis que la seconde vient limiter sa possibilité d'exploiter une activité économique.

4. Entraînant abrogation de l'article L. 128-1 du C. com. qui prévoyait le caractère automatique de l'incapacité commerciale pour certaines condamnations, auparavant prévue par la loi n° 47-16635 du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles. Sur le nouveau droit des incapacités commerciales : Matsopoulou (H.), « Le nouveau régime des incapacités commerciales », *Droit Pénal*, 2008, Étude 24.

prise commerciale ou industrielle ou une société commerciale, de manière définitive ou temporaire, dans ce dernier cas elle ne peut excéder une durée de 10 ans ». L'article 131-28 du dit code ajoute que l'activité interdite peut être une autre activité que celle qui a permis la commission de l'infraction. La souplesse de l'assiette de cette mesure d'interdiction permet une meilleure individualisation de la peine et donc une plus grande efficacité. En effet, au-delà d'interdire l'accès de l'agent économique malhonnête et dangereux à l'activité dévoyée à des fins lucratives, encore faut-il lui interdire l'accès à toute activité lucrative qui lui permet de prendre des risques nuisibles pour la société.

Il est intéressant de constater que cette incapacité professionnelle essaime en dehors du droit pénal, pour sanctionner des atteintes graves à l'ordre public. Certains textes en font une peine complémentaire pour des infractions ciblées, c'est le cas de la fraude¹, de la pollution². On regrettera qu'elle ne soit ni prévue en droit de la concurrence ni en matière de contrefaçon de brevet. Elle est pourtant revendiquée pour convertir la classe dirigeante des grandes entreprises à la culture de concurrence³. D'autres interdisent automatiquement l'accès à une profession spécifique en cas de condamnation à une peine criminelle ou correctionnelle, c'est le cas des professions de banquier⁴, d'assureur⁵.

Une telle sanction est pertinente pour deux raisons, d'une part, parce qu'elle a pour finalité d'évincer un délinquant économique, provisoirement ou de manière définitive, de l'activité qui fut le vecteur de son inconduite. D'autre part, parce qu'elle n'est pas transmissible, contrairement à une sanction pécuniaire, elle est personnellement subie par la personne physique, ce qui renforce son caractère dissuasif. Face à une infraction lucrative pénale ou non pénale, cette sanction devrait être « systématiquement » prononcée par le juge. Cette exclusion de la vie professionnelle est une condition *sine qua non* de l'assainissement d'une profession.

Synthèse. À l'encontre d'une personne physique, auteur d'une infraction lucrative (pénale ou commerciale), nous préconisons le prononcé « systématique » d'une incapacité professionnelle, à titre de peine complémentaire.

277. **Pour une extension des incapacités professionnelles civiles.** En dehors du droit pénal, les déchéances professionnelles se font rares. Pourtant dans un contexte de dépenalisation du monde des affaires, les occasions pour le juge civil ou commercial d'en prononcer se multiplient.

En droit des procédures collectives, il existe des sanctions s'apparentant à des incapacités professionnelles, destinées aux gérants négligents dont les fautes de gestion acculent leur entreprise à la faillite. Il s'agit des sanctions de « d'interdiction de gérer »⁶ et de « faillite personnelle » qui entraîne de nombreuses

1. Art. L. 454-5 C. conso.

2. Art. L. 173-7 C. env.

3. *Rapport Folz*, p. 36 : « Il est préconisé de développer des sanctions individuelles diverses telles que les interdictions de gérer, d'exercer des mandats sociaux etc. ».

4. Art. L. 500-1 C.M.F.

5. Art. L. 322-2 C. ass.

6. Art. L. 653-8 C. com.

déchéances¹. Toutes deux sont encourues dans des cas strictement déterminés par la loi. Cependant, un arrêt récent de la chambre commerciale nous invite à penser qu'une faute lucrative commise par un dirigeant entraînerait nécessairement le prononcé d'une telle mesure. Dans un arrêt du 29 avril 2014, la chambre commerciale a considéré qu'une fraude fiscale, en l'espèce une « soustraction à l'impôt » entrainait dans la catégorie de l'augmentation frauduleuse du passif, et faisait encourir à son dirigeant une sanction de faillite personnelle prévue à l'article L. 653-4, 5° du Code de commerce^{2,3}. Parce que toute faute lucrative appelle le prononcé d'une sanction monétaire proportionnelle contre celui qui en a tiré profit, elle a donc pour effet d'augmenter le passif d'une personne morale⁴. Par conséquent, l'auteur dirigeant d'une faute lucrative devrait encourir une sanction de faillite personnelle.

Toutefois, le champ d'application de telles mesures est limité dans la mesure où elles ne peuvent être prononcées à l'égard de dirigeants. Or, l'auteur d'une faute lucrative n'est pas nécessairement un dirigeant, ce qui nous invite à nous interroger sur l'opportunité de créer une sanction semblable en droit commun.

A priori, cela ne semble pas inenvisageable dans la mesure où, le Code civil prévoit déjà certaines déchéances⁵, c'est le cas de la déchéance de nationalité⁶, de l'indignité successorale⁷ ou encore de la déchéance de l'autorité parentale⁸. Ces sanctions témoignent d'une fonction normative vive du droit civil, laquelle corrobore l'utilité d'une déchéance professionnelle conçue sur le modèle de la faillite personnelle. Elle serait alors encourue en cas de pratiques commerciales déloyales contractuelles ou délictuelles, particulièrement nuisibles à l'ordre public de marché. En outre, apparentée à une mesure de sûreté⁹, la déchéance professionnelle pourrait également être prononcée par une juridiction civile ou commerciale.

Voyons des hypothèses de faute lucrative dans lesquelles une telle sanction serait appropriée.

278. Les fautes lucratives civiles appelant le prononcé d'une interdiction professionnelle. Une telle initiative a déjà été prise par des juges civils à l'égard

1. Art. L. 653-2 C. com. : « La faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale ».

2. Cass. com. 29 avr. 2014, n° 13-12.563, *Rev. sociétés* 2014. 404, obs. Ph. Roussel Galle : La société a fait l'objet d'un redressement fiscal assorti de majorations et pénalités. À la suite du paiement de cette dette, la cessation des paiements survient, ce qui entraîne l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire immédiate. Le liquidateur saisit le tribunal de commerce, pour que soit prononcée à l'encontre du dirigeant une mesure de faillite personnelle sur le fondement de l'aggravation frauduleuse du passif. Les juges du fond prononcent l'interdiction pour une durée de dix ans. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le condamné affirmant qu'« après avoir retenu que le fait de soustraire volontairement la société à l'impôt dont est résulté un redressement fiscal ayant entraîné une augmentation des charges de la société et la cessation des paiements, la cour d'appel a pu par ce seul motif, en déduire que le grief d'augmentation frauduleuse du passif était établi ».

3. Art. L. 653-4 C. com. « 5° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale ».

4. Sauf le cas où la faute lucrative est commise dans l'intérêt personnel exclusif du dirigeant.

5. Grare-Didier (C.), *op. cit.*, n° 120 et s.

6. Art. 25 C. civ.

7. Art. 1046 et 1047 du C. civ.

8. Art. 378-1 C. civ « en dehors de toute condamnation pénale »

9. Sur la qualification des déchéances et interdictions professionnelles, voir *infra*, n° 307 et s.

d'un commissaire-priseur auquel il était reproché des fautes disciplinaires commises avec « une intention frauduleuse pour en tirer un profit illicite ». Une « peine disciplinaire de destitution » fut prononcée contre lui par les juges d'appel. Attaquant la décision d'appel sur ce point, le commissaire - priseur invoqua un mauvais état de santé pour expliquer certains de ces manquements et démentir l'intention frauduleuse qui justifiait le prononcé de la destitution. Rejetant son pourvoi, la première chambre civile confirme l'arrêt d'appel au motif que les juges du fond dans leur pouvoir souverain d'appréciation ont pu déduire une intention frauduleuse des irrégularités entachant son activité, notamment celles concernant la tenue des livres comptables et le déficit de son étude¹.

Une mesure de destitution pourrait donc être prononcée par un juge civil sur le constat d'actes frauduleux et lucratifs commis dans l'exercice d'une profession. Notons qu'un simple licenciement ne suffirait pas puisqu'une telle sanction n'empêcherait pas un agent économique d'exercer la même activité avec les mêmes abus chez un autre employeur. Aussi un ancien représentant de commerce, devenu directeur commercial qui abusait de la faiblesse de clients (notamment âgés) en exerçant une pression sur eux pour obtenir la signature de commande, a finalement été licencié. Les juges du fond ont constaté que ces agissements étaient dictés « par une recherche d'un profit illicite au détriment de sa clientèle » en dépit de l'absence d'une intention de nuire, ce qui constituant une faute lourde, justifiant le prononcé du licenciement². Une telle sanction ne nous paraît pas suffisante, elle aurait pu s'accompagner d'une interdiction d'exercer une fonction commerciale en tant que cadre supérieur.

D'autres mesures restrictives de liberté d'entreprendre, plus ou moins paralysantes, pourraient avoir pour effet d'exclure ou de compromettre la vie économique d'un agent malhonnête.

Synthèse. Pour l'heure, nous préconisons la création d'une mesure générale d'interdiction professionnelle, civile ou commerciale, applicable à l'auteur personne physique, d'une faute lucrative.

2. Les mesures d'exclusion de la vie économique et civile

279. **La restriction des moyens de paiement.** L'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement peut être judiciaire ou bancaire. Elle est judiciaire quand elle est prononcée par le juge pénal à titre de peine complémentaire, conformément à l'article 131-39, 7° du Code pénal. Elle est bancaire lorsqu'elle est enjointe par une banque à un client qui a émis un « chèque sans provision » conformément à l'article L. 131-72 du Code monétaire et financier. Cette sanction entraîne l'impossibilité pour l'interdit d'utiliser les comptes dont il est titulaire, pendant une durée limitée ou illimitée si la mesure constitue une peine, jusqu'à régularisation (payer le chèque) ou à défaut, à l'issue d'un délai de 5 ans³, si la mesure est bancaire.

1. Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 1988, n° 87-11617.

2. CA Reims, ch. soc. 9 mai 2007, n° 06/00268, *JurisData* n° 2007-342735, *EURL Eurocarte cf Chevallier*.

3. Art. 131-78 C. M.F.

Dans le monde moderne, c'est une peine grave, qui a pour effet de « paralyser ou du moins de compliquer l'activité économique du condamné »¹. Peine qui, appliquée à un chef d'entreprise, peut le ruiner, affirme Monsieur Royer². Ces interdictions frappant les modes de paiement pourraient donc s'avérer très dissuasives, notamment pour des agents économiques ayant l'initiative d'activités de contrefaçon ou de fraude aggravée.

Parallèlement à cette sanction réservée aux seules infractions lucratives, on pourrait imaginer une mesure restreignant l'accès à l'emprunt pour des entrepreneurs en disgrâce civile ou commerciale. Une telle interdiction permettrait de frapper les flux monétaires entrants dans le patrimoine de l'agent malhonnête, ce qui jugulerait toute autre initiative économique en son nom. L'interdiction d'emprunter existe en droit positif pour deux motifs, le surendettement ou l'usage malhonnête des modes de paiement (chèque sans provision ou abus des facilités d'une carte bancaire). Cette mesure de restriction des moyens de financement pourrait s'avérer pertinente et dissuasive pour les délinquants économiques, personnes physiques.

Au-delà de ces mesures ponctuelles d'exclusion de l'agent économique du marché, des mesures de stigmatisation participeraient à l'objectif de dissuasion de notre régime.

280. **La déchéance de droits civiques.** Lorsqu'une activité illicite portant une atteinte ou un risque d'atteinte particulièrement grave à la sécurité d'autrui est commise dans un but lucratif, le responsable personne physique devrait également encourir des sanctions d'ordre civique. Le risque qu'il a fait prendre à la société par son activité justifie un isolement non plus seulement professionnel, mais également civil.

En droit pénal, l'interdiction de droits civiques, civils et de famille constitue une peine complémentaire temporaire, d'une durée maximale de 5 ans en cas de délit, prévue à l'article 131-26 du Code pénal. Elle porte sur le droit de vote, l'éligibilité, le droit d'exercer une fonction juridictionnelle, le droit de témoigner en justice et le droit d'être tuteur ou curateur. Bien que cette liste soit limitative, on s'étonnera de l'absence de référence aux droits sociaux. Et quand bien même l'infraction lucrative ne constituerait pas en une fraude aux prestations sociales qui connaît une actualité vive³, une telle déchéance permettrait de souligner l'incivilité de l'auteur. Une telle sanction puiserait sa légitimité du « résultat dommageable » d'une faute lucrative. Ainsi, dans des faits de recel de véhicules volés et revente au public, s'il est constaté un « profit illicite important » et une « atteinte importante à la sécurité des biens et une particulière ampleur du trafic »⁴, le prononcé d'une interdiction de droits visés à l'article 131-26 du Code pénal devrait s'accompagner d'une déchéance du droit à prestation sociale familiale et autre. De la même manière dans des faits de piratage de logiciels constitutifs du délit pénal de contrefaçon, « le fait que tout en percevant des

1. Robert (J.-H.), *Droit pénal général*, PUF thémis, 6^e éd. 2005, p. 427.

2. Royer (G.), *op. cit.*, n° 126, p. 144.

3. <http://www.economie.gouv.fr/dnlf/plan-national-coordination-lutte-contre-fraude-aux-finances-publiques-pour-2014>

4. Cass. crim. 24 avril 2001, n° 00-85402.

revenus importants de son activité frauduleuse, il [l'auteur] ait sollicité le versement du RMI traduit une volonté particulièrement affirmée de tricher dans tous les domaines » relève des juges du fond ce qui aurait pu justifier le prononcé d'une telle déchéance¹.

Enfin, parce que ces mesures poursuivent une finalité punitive incontestable, elles constituent des peines privatives de droits, dont le prononcé doit demeurer l'apanage du juge pénal.

Synthèse. Lorsque les circonstances le justifient, on soulèvera la question d'un ajout possible d'un 6^e alinéa à l'article L. 131-26 du Code pénal formulé comme suit, « L'interdiction des droits civiques, civils et de famille porte sur 6^e les droits, avantages ou prestations sociales ».

B. Pour la stigmatisation des agents économiques malhonnêtes

281. **Annonce.** En commettant une faute lucrative, l'agent économique fait preuve d'une malhonnêteté nuisible qui suscite une désapprobation collective unanime. Mis au ban du monde des affaires, l'agent économique sera privé d'un réseau qui fut autrefois sa source d'enrichissement. Par conséquent, la stigmatisation de l'agent économique malhonnête peut représenter un coût inchiffrable particulièrement dissuasif.

Si la peine d'emprisonnement peut s'avérer être une sanction dissuasive contre les personnes physiques auteurs des fautes lucratives les plus graves (1), une mesure de publicité suffirait à jeter un opprobre paupérisant sur tous les auteurs de faute lucrative (2).

1. La peine d'emprisonnement d'un agent économique, une sanction pénale discutée

a. Les arguments de la controverse

282. **L'adéquation en question de la peine d'emprisonnement à la délinquance économique.** « L'emprisonnement est-il une peine adaptée au monde des affaires ? »². La question posée par Monsieur Jeandidier suscite *a priori* une réserve à la peine d'emprisonnement des agents personnes physiques, tant la défiance à son égard est grande aujourd'hui. Jugée non adaptée au monde des affaires, la sanction pénale et notamment la peine d'emprisonnement « courte »³ connaissent une impopularité significative dans la doctrine pénaliste et affairiste. Au soutien de ce mouvement de dépénalisation du droit des affaires, on retiendra notamment l'argument invoqué par les praticiens, pour ces derniers, une telle

1. CA Bastia ch. corr. 15 nov 2006, *RLDI* 2007, n° 24 note L. Grynbaum.

2. Jeandidier (W.), « Présentation critique des sanctions de quelques infractions d'affaires », in *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, LGDJ, 2001, p. 135 et s.

3. Giacomelli (M.), « Approche critique de la courte peine d'emprisonnement », *Rev. Droit pénal* n° 2, 2014, Étude 4.

sanction fait naître une menace contreproductive à l'égard des dirigeants. En effet, une telle menace risquerait de paralyser l'initiative entrepreneuriale, pourtant valeur motrice d'une économie de marché. Aussi la doctrine juridique s'accorde-t-elle à dire que la peine d'emprisonnement doit être rare, mais dûment distribuée¹.

La doctrine économique quant à elle, soumet la peine d'emprisonnement à d'autres conditions.

283. *L'admission sous conditions de la peine d'emprisonnement par la doctrine économique.* La théorie économique pose une condition à l'efficacité de la peine d'emprisonnement, l'incapacité à payer l'amende. En effet, pour Gary Becker, la peine de prison se justifie dès lors que les délinquants économiques « n'ont plus la capacité financière de s'acquitter de la totalité de l'amende »². Le recours à l'incarcération apparaît donc comme une mesure résiduelle « devant intervenir une fois que la partie recouvrable la plus élevée possible a été infligée »³ explique Monsieur Combe.

Résiduelle, cette mesure présente pourtant des avantages dont l'amende est dépourvue, Monsieur Combe souligne à cet effet que « la peine de prison envoie un signal fort vis-à-vis de son groupe de référence (en général des cols blancs dans le cas des *cartels*), dans la mesure où elle fait l'objet d'une large publicité »⁴. Mais pour que ce signal produise l'effet escompté, encore faut-il que les pratiques interdites fassent l'objet d'une « forte réprobation morale par l'opinion publique »⁵ ajoute l'auteur.

284. *La recommandation de la peine d'emprisonnement pour les auteurs des fautes lucratives* les plus graves. En dépit de son impopularité, la peine d'emprisonnement demeure une sanction pertinente pour dissuader les agents de commettre une infraction lucrative, qui plus est recommandée par les instances internationales.

En effet, l'intérêt d'une telle sanction c'est qu'elle cumule les fonctions de la peine et poursuit ce faisant un objectif pluriel, rétribuer, neutraliser et intimider. L'infamie qu'elle suscite pourrait être un puissant levier de dissuasion sur l'agent économique. Et la prise de risque délibérée nuisible à la société doit nourrir la désapprobation de l'opinion tant publique que celle des praticiens.

Par conséquent, l'emprisonnement de l'auteur d'une faute lucrative personne physique ne doit être encouru que pour les fautes lucratives les plus graves, celles dont le résultat dommageable se compose d'un dommage objectif au Vivant d'une ampleur irréversible (dommage réalisé). Partant, pour les infrac-

1. De Giles (D.), « Le droit pénal de la concurrence en Europe. Premier bilan et perspectives en France », *JCPE*, 2003, n° 1, p. 34, Blanc (D.), « La dépénalisation du droit de la concurrence n'est pas la solution », *AJ Pénal* 2008, p. 69, Vogel (L.), « L'intérêt des sanctions civiles et pénales », *Gaz. Pal.* 2003, p. 120, Thouzellier (B.), Teitgen (F.), « Non pas dépénaliser, mais mieux pénaliser », *cah. Dr. Entr.* 2008, n° 1, entretien 1.

2. Becker (G.), « *Crime and punishment, an economic approach* », *Journal of political Economy*, vol. 76, p. 169.

3. Combe (E.), « Quelles sanctions contre les cartels? Une perspective économique », *RIDE*, 2006/1, p. 9.

4. *Ibid.*

5. Combe (E.), « L'efficacité des sanctions contre les cartels? une perspective économique », *Concurrences* 2006/4.

tions pénales lucratives constituant en une fraude ou contrefaçon aggravée¹ ou un délit de pollution, la peine principale d'emprisonnement prévue par textes d'incrimination, doit être effectivement prononcée. De sorte que le « coût » ou le « risque » pour l'auteur d'une telle faute lucrative soit certain. Si le droit de l'Union européenne contraint les États membres à se doter d'une infraction de pollution assortie de sanctions « effectives proportionnées et dissuasives »², il n'en précise toutefois pas la teneur. En revanche, en ce qui concerne la cybercriminalité, le droit européen recommande aux États parties à la convention relative à la cybercriminalité de prévoir une peine privative de liberté pour les personnes physiques auteurs d'infractions à la propriété intellectuelle³.

Partant, le caractère stigmatisant d'une telle sanction aurait pour effet de jeter un opprobre, non seulement nécessaire sur le comportement de faute lucrative, mais qui plus susceptible de dissuader l'agent de la commettre. Son admission devra toutefois être cantonnée aux fautes lucratives les plus graves. On se demandera à présent si les pratiques anticoncurrentielles en font partie.

b. *La peine d'emprisonnement en droit des pratiques anticoncurrentielles*

285. L'identification possible des personnes physiques, auteurs « matériels » de l'entente. L'intermédiation de la personne physique est totalement évincée en droit des pratiques anticoncurrentielles. Or rappelons qu'en droit pénal^{4,5} et en droit de la responsabilité civile⁶, la responsabilité d'une personne morale ne peut être engagée qu'à deux conditions, que la faute civile ou pénale ait été commise par un organe ou représentant de la personne morale d'une part et que l'acte illicite ait été commis pour le compte de la personne morale d'autre part⁷. La mise en cause d'une personne morale suppose donc au préalable d'identifier la personne physique auteur « matériel » de l'acte illicite.

1. Art. 13 « sanctions et mesures » de la Convention relative à la cybercriminalité sous égide du Conseil de l'Europe, prévoit expressément des peines privatives de liberté pour les personnes physique.

2. Directive 2009/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 modifiant la directive 2005/35/CE relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, article 5 *bis*, « Les États membres veillent à ce que les infractions au sens des articles 4 et 5 soient considérées comme des infractions pénales », article 8 *bis* « Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions visées à l'article 5 *bis*, paragraphes 1 et 3, et à l'article 5 *ter* soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasive ».

3. Art. 13 Convention relative à la cybercriminalité sous l'égide du Conseil de l'Europe, 2001 : « Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour que les infractions pénales établies en application des articles 2 à 11 [infractions à la propriété intellectuelle] soient passibles de sanctions effectives proportionnées et dissuasives comprenant des peines privatives de liberté ». En ligne, [<http://conventions.coe.int>].

4. Art. 121-2 C. P. « Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. [...] La responsabilité pénale personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 », voir aussi, Desportes (F.), Le Guhenec (F.), *op. cit.*, n° 604s.

5. Principe de spécialité qui limitait la responsabilité pénale des personnes morales aux seuls cas où la loi et le règlement l'avaient expressément prévu, a été abrogé par l'article 54 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

6. Voir *supra*, n° 204.

7. Car la faute commise par l'organe *es qualités*, est juridiquement la faute de la personne morale.

Pourtant, pour prouver la commission d'une entente, l'identification des personnes physiques ayant participé à une entente est inéluctable. L'autorité de la concurrence fait cet effort d'identification. Dans l'*affaire du cartel de la téléphonie mobile*, la preuve des pratiques litigieuses résulte d'échanges d'informations datés et signés par des personnes physiques. On relèvera notamment le courriel expédié par « M. E. F., directeur général adjoint Licences » à une vingtaine de personnes au sein de Bouygues Télécom comportant l'avertissement suivant : « Je vous rappelle que ces chiffres sont échangés entre les trois opérateurs à titre confidentiel. Ils ne doivent en aucune façon être communiqués à l'extérieur et notamment pas auprès de nos instances réglementaires (ART, ministère,...) ». Il est également établi que d'échanges semblables étaient effectués entre « M. B, directeur général de SFR depuis 1998 » et « M. D. Q., président d'Orange France » lequel précisa dans un courrier du 11 février 2004, « j'ai demandé à mes services de cesser de transmettre ces données aux deux autres opérateurs »¹.

De même dans le *cartel* des lessives, il ressort de la décision que c'est au cours de réunions secrètes entre les directeurs commerciaux des concurrents que s'est façonné l'accord sur les prix et les promotions. Les noms des personnes sont même répertoriés : (csdt 98) « Ces réunions des directeurs commerciaux auraient impliqué notamment les personnes suivantes, – M. Daniel A... pour Henkel France. Peu de temps avant de quitter son poste de directeur commercial, M. Daniel A... aurait présenté son successeur aux réunions des directeurs commerciaux, M. Alain B..., lors de la dernière réunion (voire aux deux dernières réunions), – M. C..., puis son successeur, pour Lever, – M. François D..., puis M. Denys Y..., pour Colgate, et M. Louis Claude E... pour Procter & Gamble ».

Un *cartel* ne peut être mis en place sans l'intermédiation des représentants des entreprises concurrentes. En fonction de l'importance du rôle de chacune des personnes physiques impliquées et des profits retirés personnellement de la pratique, leur responsabilité pourrait être également recherchée en plus de celle de l'entreprise.

286. **L'absence de risque pour la personne physique auteur du calcul bénéfice-risque.** Si l'on se réfère à la théorie de la réalité², une personne morale ne peut raisonnablement pas se voir imputer une infraction, sans l'intermédiation d'une personne physique.

Les premières personnes physiques techniquement responsables des pratiques anticoncurrentielles sont les organes et représentants (dirigeants sociaux). La détermination de leur rôle est incontournable puisqu'elle permet l'imputation, la preuve, de la participation de la personne morale qu'ils représentent, à l'infraction. La participation aux réunions de concertation et l'adhésion à l'action collective par l'adoption des prix convenus constituent des indices suffisants et convergents permettant d'imputer une entente à une personne morale. On le comprend, cette imputation découle de la présence des dirigeants, personnes physiques. Ce sont eux qui expriment la volonté de la personne morale de parti-

1. Cons. conc. 30 novembre 2005, déc. n° 05-D-65 DC, relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, csdt 28-34.

2. Aynès (L.), Malaurie (P.), *Les personnes, op. cit.*, n° 349, p. 173 : thèse selon laquelle la personnalité morale traduirait une réalité sociologique et organique, comparable à la personnalité des être humains.

ciper à une pratique collusive. Leur identification est donc nécessaire à l'imputation d'une infraction à une personne morale.

Pour autant quel risque juridique encourent-ils ? Pour l'heure, le risque répressif est quasi nul, la loi ne prévoit aucune solidarité entre personne morale et dirigeant à la sanction pécuniaire prononcée par l'Autorité de la concurrence, quant à la responsabilité pénale fondée sur l'article L. 420-6 du Code de commerce elle a été obérée par une rédaction trop stricte¹ et une coopération réduite entre parquet et autorité de régulation². Quant au risque civil, la responsabilité civile des dirigeants peut être recherchée à travers des actions sociales menées par les représentants de l'entreprise agissant pour le compte de l'entreprise³ ou par les actionnaires agissant pour leur compte qui justifient d'un préjudice personnel distinct de celui de la société⁴, mais dans les conditions légales. Leur responsabilité civile peut également être engagée à l'égard des tiers victimes, sur le fondement de la responsabilité personnelle si une « faute détachable »⁵ des fonctions leur est imputable. Mais force est de constater que ces actions sont rares en droit des pratiques anticoncurrentielles⁶. Or, tant que le risque encouru par les personnes physiques est faible, ils n'auront aucune raison de ne pas commettre de telles pratiques pour le compte de l'entreprise.

Quel est l'avantage retiré d'une entente par une personne physique ? L'avantage qu'ils tirent d'une de ces pratiques n'est pas évident. Un surpris profite avant tout à la personne morale et à ses propriétaires, les actionnaires. Les dirigeants agissent en principe pour servir les intérêts des actionnaires, conformément à la théorie de l'agence⁷. La pratique des stock-options ayant pour but d'inciter les dirigeants à agir selon les intérêts des actionnaires, pourrait toutefois alimenter leur intérêt à commettre une pratique anticoncurrentielle. Par conséquent, une politique de surpris parce qu'elle accroît les bénéfices de l'entreprise et par la même la valeur des stock-options, pourrait être encouragée par les actionnaires et suivie par les dirigeants. L'hypothèse n'est pas improbable⁸. Auquel cas, la responsabilité pourrait être étendue au-delà des exécutants du *cartel* à ceux qui ont participé au processus décisionnel de l'entente, tels que les membres du conseil d'administration.

1. L'expression « participation frauduleuse déterminante » de la personne physique suscite de nombreuses questions quant au degré d'intention requis, voir *supra* : n° 162.

2. *Rapport Coulon*, p. 65 et 106.

3. Art. L. 225-251 C. com, action *ut universi*.

4. Art. L. 225-252 C. com, action *ut singuli*.

5. Voir *supra*, n° 206.

6. Amaro (R.), *op. cit.*, n° 171s, p. 213s.

7. Jensen (M.), Meckling (W.), *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and capital structure*, *Journal of Financial Economics*, Vol 3, p. 305-360, Mackaay Rousseau, *op. cit.*, théorie d'agence, voir art. 2138 du Code civil québécois qui interdit au mandataire de se mettre en situation de conflit d'intérêt avec le mandant, Petit (N.), *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, n° 318, p. 136, note 107, « la théorie de l'agence s'intéresse à la relation *principal-agent*. Souvent, un principal délègue à un *agent* la conduite d'une mission dont il ne peut pas complètement contrôler l'exécution. Lorsqu'existe une asymétrie d'information au profit de l'agent, la théorie indique que des *problèmes d'opportunisme* apparaissent, comme par exemple des risques d'*aléa moral*, l'agent ne respecte pas les termes de la délégation et cherche à tromper le principal. Pour limiter les problèmes d'opportunisme, le principal peut engager deux types de *dépenses*, les dépenses d'incitation et les dépenses de contrôle ».

8. Masson (A.), « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques, l'exemple du droit de la concurrence », in *Les stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Larcier, 2013, spéc. p. 42 note 84.

Partant, les « vrais » auteurs d'une pratique collusive lucrative, sont les dirigeants et/les actionnaires en quête de hauts rendements d'investissement. L'éradication de la faute lucrative est inenvisageable sans la responsabilité de ceux qui adoptent ces stratégies commerciales fondées sur le risque lucratif. Ces développements nous amènent à la conclusion suivante, il faut recentrer la personne physique au cœur du régime de la faute lucrative, et ce pour une plus grande efficacité de la sanction.

287. *Discussion sur l'opportunité d'une peine d'emprisonnement en matière de pratiques anticoncurrentielles.* Pour l'heure, les personnes physiques échappent donc à toute responsabilité en droit de la concurrence. Cette lacune du droit économique a d'ailleurs été pointée par le *Rapport Folz*¹, les institutions européennes² et une approche de droit comparé³. Il s'ensuit une discussion sur l'opportunité de la l'emprisonnement des dirigeants.

L'opportunité de l'incarcération des dirigeants auteurs d'une pratique anticoncurrentielle est une question fortement débattue en doctrine, et au-delà des frontières de l'hexagone⁴. La multiplication des condamnations pour entente suscite des doutes sur l'efficacité de la sanction pécuniaire. Dès lors, « Faut-il aller plus loin que l'imposition d'amendes et prononcer des sanctions pénales à l'égard des auteurs de pratiques anticoncurrentielles ? »⁵ s'interroge Madame Prieto. En droit français, cette sanction est prévue à l'article L. 420-6 du Code de commerce⁶, mais demeure lettre morte tant les condamnations sont rares^{6 bis}.

1. *Rapport Folz*, p. 36, « Importance des sanctions individuelles. Sans que l'entreprise ne soit en rien exonérée de sa responsabilité, il peut paraître inéquitable de condamner seule une entreprise pour les agissements isolés et autonomes d'un de ses employés. En effet, une sanction pécuniaire sur l'entreprise revient à punir les actionnaires et les clients (sur qui porteront les hausses de prix pour payer les sanctions si la pression concurrentielle n'est pas trop forte et que l'entreprise peut augmenter ses prix) pour les agissements de personnes qui, depuis, ont parfois quitté l'entreprise. Pour que cela dissuade de nouveaux agissements fautifs, il faudrait non seulement que les actionnaires contrôlent très finement ce que font les employés et dirigeants de l'entreprise, mais aussi qu'ils réussissent à créer une véritable culture de respect du droit de la concurrence au sein de l'entreprise. Il est préconisé de développer des sanctions individuelles diverses, sanctions pénales (amendes), interdiction de gérer, d'exercer des mandats sociaux, etc. Outre l'effet de dissuasion mentionné plus haut, les sanctions individuelles ne sont pas transmissibles (par opposition à une sanction sur l'entreprise qui peut être répercutée sur les prix) ».

2. Parl. Europ. 2 mars 2010, *Rapport sur le rapport relatif à la politique de concurrence 2008*, n° 45.

3. Idot (L.), « Le droit des États membres de l'Union européenne », in « La sanction pénale, article L. 420-6 C. com. », *Concurrences*, 2008/1, spéc. n° 35 et s. : sur la détermination des personnes responsables, personnes physiques uniquement ou également personnes morales, l'auteur constate que « dans tous ces systèmes, seules les personnes physiques sont visées. La plupart des États membres restent fermement attachés à l'absence de responsabilité des personnes morales. En dehors des exemples allemand, autrichien et italien précités, l'on peut ajouter le cas de l'Espagne, dont le Code pénal contient une disposition excluant la responsabilité des personnes morales. Parmi nos voisins immédiats, seule la Suisse ferait exception ».

4. Werden (G.J.), Simon (M.-J.), « *Why price fixers should go to prison* », *The Antitrust Bulletin*, 1987, p. 917-937, Wils (W.), *Does the effective enforcement of articles 81 and 82 EC require not only fines on undertakings but also individual penalties, in particular imprisonment?*, in Wils W. (ed.) *The optimal enforcement of EC antitrust law, essays in law and economics*, Kluwer, 2001, p. 188.

5. Prieto (C.), Bosco (D.), *Droit européen de la concurrence*, op. cit., n° 1436, p. 1106.

6. Sur l'infraction de participation frauduleuse à une PAC : Bouloc (B.), « La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles par la voie pénale », *LPA* 2005, n° 14, p. 11-16, Conte (P.), « Droit pénal et concurrence », *JCPE* 2000, *cah. dr. Entr.*, n° 3, p. 21, De Giles (D.), « Le droit pénal de la concurrence en Europe, Premier bilan et perspectives en France », *JCPE* 2003, n° 1, p. 20, Portelli (S.), « Les sanctions pénales en matière économique et financière », *LPA* 2006, n° 9, p. 11, Selinsky (V.), « La répression pénale des pratiques anticoncurrentielles en France », *RLDA*, supplément 2005, n° 85, p. 28.

Pourtant, un consensus semble se dessiner sur le caractère dissuasif d'une telle sanction, aussi bien en interne qu'à l'international.

Tout d'abord, le *Rapport Folz* relatif à la politique de sanction de l'autorité de la concurrence souligne « l'importance des sanctions individuelles »¹. Il reproche à la politique actuelle des sanctions d'être trop centrée sur la personne morale. En outre, contrairement à la sanction pécuniaire, une peine d'emprisonnement est « personnelle » et ne peut être répercutée comme l'est la sanction pécuniaire sur les actionnaires (diminution des dividendes) et l'ensemble de l'entreprise. Aussi préconise-t-il le prononcé de sanctions privatives de liberté et de droits² des auteurs personnes physiques de pratiques anticoncurrentielles.

Les derniers travaux de l'OCDE en la matière préconisent également une telle sanction en raison de son effet dissuasif fort³ : « Convenablement appliquées, elles peuvent faire toute la différence entre le fait de voir les ententes comme une prise de risque raisonnable, sur la base d'un calcul coût/bénéfice, et une dissuasion sérieuse qui empêche les accords d'ententes illicites ». Dans le second rapport sur les ententes, il est démontré que dans les États qui la prévoient, les sanctions contre les personnes physiques sont « un complément important des amendes infligées aux sociétés ». En outre, des travaux antérieurs de l'OCDE ont indiqué qu'une telle menace pour les personnes physiques pourrait de surcroît renforcer l'efficacité des programmes de clémence et la détection des ententes opaques⁴. Néanmoins cet effet dissuasif est assorti de trois conditions, dont « le fait qu'une personne physique soit convaincue avec un certain degré de certitude que la sanction sera prononcée »⁵. La « création d'une publicité négative »⁶ compromettant la réputation d'un ancien dirigeant pour avoir participé à un *cartel* est une autre sanction dont l'effet dissuasif est souligné par ledit rapport.

Notons que si de telles conclusions sur l'efficacité d'une peine d'emprisonnement des personnes physiques ont pu être tirées, c'est grâce à l'expérience favorable de certains systèmes étrangers. Certaines études montrent qu'une telle sanction est possible et a des chances de prospérer en droit de la concurrence⁷.

6 bis. David (E.), « Les poursuites pénales contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, l'exemple de la France depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », *Concurrences*, 2006/4, p. 175 : le tableau de jurisprudence réalisé par l'auteur montre que sur 16 poursuites 4 sanctions pénales ont été prononcées contre des personnes physiques du chef de participation frauduleuse à une infraction de concurrence.

1. *Rapport Folz*, *op. cit.*, spéc. p. 36 : parmi les recommandations figure la nécessité des sanctions des personnes physiques au delà de la personne morale. L'un des arguments avancés réside dans la non transmission des dites sanctions, contrairement aux sanctions des personnes morales qui se répercutent sur des innocents.

2. Interdiction de gérer et d'exercer des mandats sociaux, voir *supra*, n° 281 et s.

3. OCDE, « Ententes, les sanctions pénales contre les personnes physiques », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, Vol. 9, n° 3, 2009, spéc. p. 20, En ligne, [<http://www.oecd-ilibrary.org/>].

4. OCDE, recommandation de l'OCDE du 25 mars 1998.

5. *Ibid.* p. 22.

6. *Ibid.* p. 23.

7. Sur le droit américain : Cot (J.-M.), « Les enseignements du droit américain », in « Droit penal et concurrence, la sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles par le recours à l'article L. 420-6 du C. com. », colloque, *Concurrences* 2008/1, *Sherman Act* section 1 et 2 prévoit peine de prison jusqu'à 10 ans depuis *Antitrust criminal penalty Enhancement and Reform Act*, 2004, (HR 1086, titre I). Voir aussi les statistiques communiquées par Autorité de la concurrence in : *Entrée libre. La lettre de l'autorité de la concurrence*, mai-août 2010, n° 8, p. 3 : « la justice aurait infligé près de 348 années d'emprisonnement ».

Depuis son origine, le droit américain de la concurrence prévoit une peine d'emprisonnement¹. Or il semblerait que la politique américaine connaisse un « durcissement » depuis 2004, puisque la peine d'amende s'élève à 100 millions de dollars et la peine de prison à 10 ans². En droit européen, si le « tout pénal » est moins représenté hormis en Estonie et en Irlande, l'adoption de l'*Entreprise Act* au Royaume-Uni a marqué le début de la pénalisation du droit des ententes. Désormais, un délit spécifique concernant les personnes physiques ayant concouru aux infractions les plus graves prévoit une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 5 ans d'emprisonnement³.

Enfin, quant aux sceptiques qui doutent de la compatibilité entre droit du marché et droit pénal⁴, nous opposerons que pour l'heure, force est de constater que la seule sanction pécuniaire ne suffit pas à enrayer les *cartels*. À l'inverse, un risque de sanction des personnes physiques peut garantir l'adhésion des agents économiques au paradigme de la libre concurrence⁵. Car si une sanction ne peut convertir une personne morale à la culture concurrence, elle le peut auprès de personnes physiques. Par conséquent, et outre son effet dissuasif, une sanction d'emprisonnement des dirigeants dont l'entreprise est responsable d'une pratique anticoncurrentielle aurait un plus fort impact « pédagogique » à court terme et susciterait une volonté d'adhésion à la libre concurrence à long terme. Sous de tels auspices, la peine d'emprisonnement de l'article L. 420-6 du Code de commerce n'aspire qu'à être réactivée.

288. **Réactivation sous condition de l'article L. 420-6 du Code de commerce.** Le maintien de la peine d'emprisonnement de l'article L. 420-6 du Code de commerce par la Commission Coulon n'est-il pas révélateur de son intérêt ? Il nous faut préciser néanmoins que ce maintien était assorti de conditions rédactionnelles partagées largement en doctrine⁶. Jugé trop vague pour optimiser son application, ce texte a fait l'objet de nombreuses propositions de modification⁷. À l'unanimité, ces auteurs proposent, de limiter la sanction pénale aux pratiques anticoncurrentielles les plus graves, les ententes injustifiables, de viser certaines personnes physiques (dirigeants, mandataires sociaux des entreprises parties

sonnement à des dirigeants d'entreprise sur une période allant de 2000 à 2009 tout en appliquant des sanctions pécuniaires moins élevées ».

1. *Sherman Act* de 1890 assortissait déjà la violation des sections 1 et 2 d'une condamnation des entreprises et des personnes physiques au paiement d'une amende et d'un an d'emprisonnement.

2. *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004*, pub. L. n° 108-237, voir Bernardeau (L.), Christienne (J.-P.), *op. cit.*, n° 3081, p. 962.

3. Idot (L.), « Le droit des États membres de l'Union européenne », in « La sanction pénale, article L. 420-6 C. com, *op. cit.* : *Entreprise Act 2002* section 190 prévoit peine de prison d'une durée maximum de 5 ans en cas d'entente, Bernardeau (L.), Christienne (J.-P.), *op. cit.*, n° 3085, p. 964.

4. Bouloc (B.), « La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles par la voie pénale », *LPA* 2005, n° 14, p. 11.

5. Lasserre (B.), « Le rôle de la sanction pécuniaire en droit de la concurrence », *op. cit.* : selon l'auteur, la sanction pécuniaire recèle une dimension correctrice consistant à « orienter les entreprises vers la vertu économique ».

6. *Rapport Coulon*, *op. cit.*, p. 63-64.

7. Blanc (D.), « Droit de la concurrence, la dépénalisation n'est pas la solution », *AJ Pénal* 2008, p. 69, voir aussi : Lucas de Leyssac (M.-P. et C.), « L'inquiétant article L. 420-6 du Code de commerce et comment se rassurer », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 651, Blaise (J.-B.), « La sanction pénale », *JCPE* 2013, n° 12, p. 1170.

à l'entente), de clarifier l'articulation entre sanction pénale et procédure de clémence (immunité administrative et pénale) et d'améliorer le dialogue entre juge pénal et autorité de régulation. Pourtant la formulation de la section 190 de l'*Enterprise Act*, énonçant les sanctions des personnes physiques, en droit anglais est aussi dense et circonstanciée que la formulation française actuelle. Néanmoins, cet article a le mérite de réserver la peine d'emprisonnement aux auteurs de *cartels*, ce qui correspond aux ententes injustifiables (sur les prix et les parts de marché), conformément aux revendications de l'OCDE.

« *A person guilty of an offence under section 188 [qui définit le Cartel offense] is liable— (a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine, or to both; (b) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding the statutory maximum, or to both* ».

La section 188 dispose,

« *An individual is guilty of an offence if he dishonestly¹ agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings (A and B) [...]* ».

Précisons que la participation de la personne physique aux faits de *cartel* peut être « *directly or indirectly* ».

Forts de ces développements, nous préconiserons de réserver la peine d'emprisonnement de l'article L.420-6 du Code de commerce aux personnes physiques identifiées², qui participent intentionnellement de manière directe ou indirecte à une pratique visée à l'article L. 420-1 du Code de commerce.

PROPOSITION DE THÈSE :

Pour une réécriture de l'article L. 420-6 du Code de commerce : « Est puni d'une peine d'emprisonnement maximale de quatre ans [...], le fait pour toute personne physique de participer intentionnellement, de manière directe ou indirecte, à une des pratiques visées à l'article L 420-1, non justifiable au sens de l'article L 420-4 ».

Pour une réécriture de l'article L. 464-6 alinéa 2 du Code de commerce : « Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, elle [l'Autorité de la concurrence] doit adresser [au lieu de « elle adresse »] le dossier au procureur de la République. Cette transmission interromp la prescription de l'action publique ».

La peine d'emprisonnement étant réservée aux infractions lucratives pénales et commerciales, il convient de développer à présent les mesures de publicité, stigmatisant les auteurs de toute faute lucrative.

1. On remarquera que l'adverbe « malhonnêtement » qui caractérise la participation de la personne physique au cartel est employé en droit anglais. Il n'est pourtant pas éloigné de l'adverbe « frauduleusement » de l'article L. 420-6 du Code de commerce. Ces deux termes signifient que la participation doit être effectuée de mauvaise foi, c'est à dire avec conscience du caractère illicite de l'acte.

2. Sur l'identification des personnes physiques ayant participé à une entente injustifiable, voir *supra*, n° 285.

c. *Vers une amélioration de la réaction du droit pénal en cas de réalisation du risque*

289. **L'aggravation de la peine principale d'emprisonnement en cas d'« infraction pénale lucrative ».** Dans notre étude préalable du résultat dommageable d'une faute lucrative, nous avons observé qu'en cas de dommage objectif réalisé, la peine encourue pouvait être identique, quelle que soit l'ampleur du dommage. La circonstance d'« infraction de masse » ne pouvant le cas échéant amener le juge, dans l'exercice de son pouvoir de personnalisation de la peine, à prononcer le maximum légal encouru. Nous avons fait le même constat à propos de certaines infractions aggravées en cas de risque pour la santé. En effet, que le risque se réalise ou non, le *quantum* des peines encourues peut être identique. C'est le cas lorsque l'application de la règle de confusion des peines en cas de concours de qualification désigne la peine de l'infraction formelle comme le maximum légal le plus élevé¹.

Pour réajuster la répression à l'ampleur du résultat dommageable d'une faute lucrative, nous avons notamment proposé de créer une dérogation nouvelle à la règle de confusion de peines en cas de *dol lucratif*. Il s'ensuivrait le prononcé d'une peine d'emprisonnement « multiple » équivalente à la somme des peines d'emprisonnement encourues pour chaque infraction en concours.

290. **Hypothèses dérogatoires et cumul des peines.** Cette solution est conforme au principe de *non-cumul des peines*, principe qui puise sa valeur constitutionnelle de celui de proportionnalité des peines².

Il existe cependant des exceptions au principe d'unité de peine. Au-delà de la dérogation prévue par l'article 132-7 du Code pénal concernant les peines contraventionnelles, la loi institue ponctuellement des hypothèses de cumul, obligatoire pour certaines, obligatoire pour d'autres. Parmi ces exceptions répertoriées par Madame Bonis-Garçon et Madame Peltier³, nous en retiendrons deux. Tout d'abord, celle de l'article 433-9 du Code pénal relative au délit de rébellion, dispose que « lorsque l'auteur de la rébellion est détenu, les peines prononcées pour le délit de rébellion se cumulent par dérogation aux articles 132-2 à 132-5, sans possibilité de confusion, avec celles que l'intéressé subissait ou celles prononcées pour l'infraction à raison de laquelle il était détenu ». Ici, le législateur impose un cumul des peines entre celles encourues au titre d'une première infraction et celles au titre du délit de rébellion. Par ailleurs, lorsqu'un condamné organise frauduleusement son insolvabilité pour échapper à une condamnation patrimoniale déjà prononcée par une juridiction répressive, l'article 314-8 alinéa 2 du Code pénal prévoit que « [...] le tribunal peut décider que la peine qu'il prononce ne se confondra pas avec celle qui a été précédemment prononcée ». Dans ce cas, le législateur laisse la faculté au juge de cumuler ou non les peines.

1. Voir *supra*, n° 143.

2. Cons. const., 12 janv. 2002, déc. n° 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale*, § 85 : « en vertu de l'article 8 de la Déclaration de 1789, la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, le principe de proportionnalité qui en découle implique que, lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé ».

3. Bonis-Garçon (E.), Peltier (V.), *op. cit.*, n° 395 et s.

Compte tenu de l'existence de cette brèche légale au principe de non-cumul, ne serait-il pas opportun et juste de recommander ou d'imposer un cumul des peines en cas de risque réalisé ? Ainsi, *la présence d'un concours idéal entre une infraction formelle et une infraction de résultat pourrait être une hypothèse supplémentaire de dérogation au principe de non-cumul des peines, de sorte que la répression du risque réalisé soit plus forte que celle du risque seulement créé.*

291. ***Le dommage de masse, condition d'application d'un coefficient multiplicateur ?*** Enfin, attardons-nous sur un dernier aspect de la répression du dommage réalisé. Les exemples d'infractions pénales précitées partagent une singularité propre à l'économie de marché, le dommage de masse. Qu'il s'agisse d'une tromperie ou d'une contrefaçon portant sur des marchandises dangereuses pour le Vivant, les victimes ciblées ne sont autres que des consommateurs des dites marchandises. Et plus elles seront nombreuses à consommer lesdits produits, plus grand sera le profit tiré du délinquant économique. Par conséquent, le résultat dommageable de ces infractions est destiné à se répandre.

Dans un système de cumul des peines, comme c'est le cas de la plupart des pays anglo-saxons, la répression est proportionnelle à l'ampleur du trouble¹. Ainsi, l'auteur de plusieurs homicides volontaires peut-il, selon ce système, se voir condamner à plusieurs centaines d'années d'emprisonnement, ce qui a pu être qualifié d'absurde et critiqué notamment lorsque la condamnation dépasse l'espérance de vie du condamné². Mais ce système a le mérite d'être en accointance avec la délinquance économique génératrice de dommages de masse.

Or, en droit français, face à un dommage de masse, si le droit de la réparation est disert, le droit de la peine est pour l'heure muet. Que l'infraction cause une ou des victimes, la peine encourue est la même. Le nombre de victimes n'a aucun impact sur le *quantum* de la peine. La peine prononcée ne peut être tout au plus le maximum légal. Et pourtant, l'ampleur du trouble causé par l'infraction n'est pas la même selon qu'elle cause une ou plusieurs victimes. On constate de surcroît que les délits à grande échelle faisant de nombreuses victimes suscitent une réprobation plus forte de la part de l'opinion. La réaction pénale ne pourrait-elle pas s'enrichir de celle du droit économique ?

En effet, en droit des pratiques anticoncurrentielles, la répression dépend en partie de l'impact d'une pratique sur le marché pertinent et des marchés connexes. Le critère du « dommage à l'économie » permet ainsi d'embrasser le trouble causé au Marché dans sa globalité³ et de répercuter cet impact dans le *quantum* de la sanction pécuniaire.

Ne pourrait-on pas transposer cette modalité en droit pénal. À l'instar des infractions de concurrence, les infractions du droit pénal de la consommation reposent sur une logique de marché, qui génère non pas un dommage individuel, mais bien un dommage de masse. Et plus nombreuses seront les victimes,

1. Cedras (J.), *La justice pénale aux États-Unis*, coll. Le point sur, PUAM, 2^e éd. 2005, n° 568, p. 268-269 : L'auteur explique qu'un concours d'infractions peut se résoudre en un cumul des peines (cumul facultatif). Les peines sont alors exécutées concurremment ou consécutivement.

2. Robert (J.-H.), *Droit pénal général*, coll. Thémis, PUF, 6^e éd. 2005, p. 461 : l'auteur décrit un système intermédiaire (Allemagne, Belgique, Italie, Suisse) où le « cumul juridique » consiste à additionner les peines jusqu'à un maximum qui est plus élevé que la plus élevée que a plus haute peine encourue.

3. Voir *supra*. n° 146 et 147.

plus grand sera le surprofit. N'y aurait-il pas une brèche à ouvrir, un coefficient multiplicateur par victime ?

PROPOSITION DE THÈSE :

Création d'un cas de dérogation au principe de confusion des peines en cas d'infraction lucrative

Article 132-4 *bis* nouveau du Code pénal : « En cas d'infraction de masse ou de *dol lucratif*, le tribunal peut décider, dans un but de dissuasion, que les peines prononcées pour les infractions en concours ne se confondront pas entre elles ».

2. *Les mesures de publicité et de diffusion stigmatisant tous les auteurs de fautes lucratives*

292. **La publication de la condamnation, une sanction normative fréquente.** Pour la doctrine civiliste, la publication de la condamnation est l'une des rares sanctions destinées à assurer l'efficacité de la fonction normative de la responsabilité civile¹. L'objectif de cette mesure de publication est de porter à la connaissance du public une condamnation devenue définitive, dans un souci d'information d'une part et dans un but préventif d'autre part. En effet, l'atteinte à la réputation du condamné provoqué par la publication de la décision doit nourrir chez lui une crainte dissuasive. En général, le prononcé de cette mesure de publicité au caractère infamant est laissé à l'appréciation du juge du fond, lorsque la loi le prévoit et parfois sans fondement textuel. Parmi les domaines qui le prévoient expressément, on citera celui des atteintes à la vie privée par voie de presse² ainsi que l'exemple de la publicité trompeuse³ et plus récemment l'exemple du délit spécial de déséquilibre significatif aussi bien en droit de la consommation⁴ qu'en droit des pratiques restrictives de concurrence⁵. Tandis qu'elle est une initiative purement prétorienne en matière de concurrence déloyale⁶.

Selon l'analyse de Monsieur Le Tourneau, la publication de la décision de condamnation (en son dispositif) est généralement ordonnée par le juge, à titre principal ou à titre accessoire, aux frais de la partie perdante⁷. Et dans le silence du juge, la partie gagnante aurait le droit de prendre l'initiative de publier la décision de condamnation à ses frais, par tous les moyens y compris sur son site internet⁸. Cette mesure puise sa légitimité dans la publicité des audiences et des jugements. Néanmoins, elle ne doit pas avoir pour but de nuire de manière

1. Jourdain (P.), Viney (G.), Carval (S.), *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 79, p. 104 : « la mesure de publication apparaît parfois comme la seule sanction de la faute, c'est le cas lorsqu'elle accompagne une condamnation purement symbolique ». Grare-Didier (C.), *op. cit.*, n° 497, p. 373, l'auteur la qualifie de mesure de "réparation-expiation".

2. Art. 9 C. civ.

3. Art. L. 132-4, C. conso.

4. Art. L. 212-1 C. conso.

5. Art. L. 442-6, III *in fine* C. com.

6. Cass. Civ. 1^{re}, 9 mars 2004, *D.* 2004, p. 1727, note C. Riefa.

7. Le Tourneau (P.), « Le Parasitisme. Régime », *JCl. Concurrence-Consommation*, Fasc. 228, 2013, spéc. n° 31.

8. *Loc. cit.*

injustifiée à l'agent condamné, mais seulement de porter à la connaissance du public l'existence d'une condamnation d'un opérateur¹.

La publication est, *a priori*, assez satisfaisante, car elle permet d'attirer l'attention de la clientèle sur les moyens déloyaux employés par un commerçant, et devrait la dissuader d'acheter les produits de ce dernier. On pourrait décupler l'étendue de cette information en imaginant une publication des décisions au *BOCCRF* pour l'information des consommateurs, une publication au *Registre du commerce et des sociétés (RCS)* pour l'information des commerçants et enfin une publication au registre des métiers pour l'information des artisans, ou encore sur les sites tels que « *societe.com* » pour l'information de tous.

Il faut toutefois se méfier des effets pervers d'une telle publication, celle-ci pouvant au contraire attiser la curiosité et l'envie des consommateurs de consommer un produit interdit². C'est en effet ce qui se produit dans l'*affaire du parfum Champagne*, dans laquelle la société Yves Saint-Laurent s'est targuée de ses agissements ce qui provoqua un appel d'air de la clientèle. Celle-ci se rua sur ledit produit, dont les ventes, après la condamnation du parasite, dépassèrent toutes ses prévisions³.

Cette mesure est également courante en droit répressif.

293. **L'affichage de la condamnation, une peine complémentaire répandue.** L'affichage du jugement est une peine complémentaire prévue à l'article 131-39, 9° du Code pénal. Cette sanction est assez répandue puisqu'elle est encourue en matière de contrefaçon de brevet⁴, de fraude⁵, de pollution des eaux⁶, de pratiques anticoncurrentielles ou restrictives de concurrence⁷. Comme en droit civil, ces sanctions poursuivent deux objectifs. D'une part, elles ont vocation à informer la société civile qu'un agent économique (personne physique ou personne morale) a fait l'objet d'une condamnation. D'autre part, elles visent à altérer l'image et la réputation des agents fautifs pour les dissuader de dévier. Elles sont donc vivement recommandées en cas d'infraction lucrative, pour stigmatiser un agent économique malhonnête et dangereux. L'impact sur la confiance des consommateurs en ce dernier en sera décuplé, ce qui aura pour conséquence de redoubler l'effet de la sanction sur l'avenir professionnel de l'agent.

Quant à leurs modalités d'exécution, elles sont régies par l'article 131-35 du Code pénal. La notoriété de l'agent économique ou la réputation du produit

1. CA Aix-en-Provence, 13 mars 1997, *S^{te} Yves Saint Laurent c/Mme Fusco*, JCP G 1997, IV, 2305, cité in Le Tourneau (P.), *loc. cit.* : « Un fournisseur ne saurait user de manière excessive du droit de faire publier la condamnation d'un des membres de son réseau de distribution sélective. L'importance de la taille de la publication judiciaire ainsi que la mention très apparente de la marque portée en tête et en pied de l'encart montrent que le but poursuivi par le fournisseur consistait non pas à porter à la connaissance du public ou des autres membres de son réseau une infraction à ses règles de distribution sélective, mais à nuire au commerçant condamné ».

2. Carval (S.), *op. cit.*, n° 31, p. 33 : L'auteur explique qu'en dépit de sa fonction compensatoire, la diffusion de la décision a un effet pervers dans la mesure où la « publication est une publicité supplémentaire ».

3. Le Tourneau (P.), *op. cit.*, n° 56.

4. Art. 716-15 C.P.I.

5. Art. L. 454-7. C. conso.

6. Art. L. 218-57 I C. Env.

7. Art. L. 420-6 alinéa 2 C. com. pour les pratiques anticoncurrentielles, Art. L. 470-2 C. com. pour les pratiques restrictives de concurrence.

frelaté pourront être des critères de choix des médias. L'affichage peut être une mesure d'information puisqu'il peut se faire aux portes du domicile, des magasins, usines et ateliers du condamné. Le choix du lieu de l'affichage est un critère stratégique puisqu'il en va de la diffusion de l'information et de l'efficacité du caractère infamant d'une telle mesure¹. Mais son exécution est plus encadrée et limitée dans le temps², à la différence de la peine de publication. La publication ou l'affichage de la condamnation sur le site *web* de l'agent économique, personne morale, ou sur des sites d'association de consommateurs, pourrait également être un vecteur efficace d'information du public et par la même un vecteur de dissuasion.

Synthèse. Nous préconisons le prononcé « systématique » d'une mesure de publicité de la condamnation des auteurs, personnes physique et morale, d'une faute lucrative.

1. CA Paris, 14 décembre 1987, *RTD com.*, 1990, p. 284, obs. P. Bouzat : l'auteur d'une tromperie en matière de vins d'origine française a été condamné à la fois à la publication de sa condamnation par extraits dans des quotidiens comme « Le Monde » ou « Le Figaro » et à l'affichage, par extraits sur les panneaux des publications officielles de la commune où il résidait.

2. Art. 1135 C.P. limite à deux mois la durée de l'affichage, Art. L. 454-7, 2° C. conso.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Dans ces développements, nous avons tenté de montrer l'effet dissuasif que des sanctions non monétaires pouvaient exercer sur les auteurs de fautes lucratives. L'impossible quantification, chiffrage de telles sanctions en font précisément leur force et leur atout sur les sanctions monétaires.

Dans notre étude des sanctions non monétaires, nous avons recherché des sanctions ajustées à la qualité de l'agent économique, auteur d'une faute lucrative. Or, il s'est avéré que les sanctions traditionnellement prononcées contre les personnes morales ont des effets néfastes en termes d'efficience économique. Leur usage doit donc être adouci au profit de mesures neutralisantes plus ciblées ou réservées aux cyber-infractions.

À l'inverse, nous avons montré que les sanctions non monétaires des personnes physiques offraient de forts effets dissuasifs lorsqu'elles consistaient en des sanctions d'exclusion et de stigmatisation. Alourdir le coût dissuasif personnel des personnes physiques par de telles sanctions est un axe du régime dissuasif qui mérite d'être souligné. Selon nos préconisations, ce coût dissuasif pour les personnes physiques doit se manifester dans tous les cas par le risque systématique d'une déchéance professionnelle et d'une peine d'emprisonnement dans le cas d'infraction lucrative.

Toutefois, la quête de la dissuasion ne doit en aucun cas risquer de compromettre les garanties les plus fondamentales de notre système juridique. Aussi, après avoir élu les sanctions monétaires et non monétaires dissuasives, il conviendra de déterminer les garanties y afférentes.



CHAPITRE II

Régime des sanctions des fautes lucratives

294. **Le régime sur mesure de la dissuasion.** Une sanction dissuasive est-elle nécessairement une peine ? S'il y a identité entre l'une et l'autre, toute sanction dissuasive devra alors satisfaire les garanties de la sanction pénale¹. À défaut, la sanction dissuasive qui ne constituerait pas une peine pourrait se voir appliquer ces exigences avec pondération.

En principe, la qualification de *peine* ou de sanction « ayant le caractère d'une punition » entraîne l'application des principes directeurs du droit pénal. Une telle sanction doit donc souscrire au principe de légalité des délits et des peines, de proportionnalité et à la règle *non bis in idem*. Cependant, certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme laissent entendre que l'unité de la sanction répressive n'empêche pas une application nuancée des garanties y afférentes. À propos des sanctions fiscales, les juges européens ont considéré que l'article 6 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen* ne devait pas s'appliquer « dans toute sa rigueur »². Les juges ont confirmé une telle position à propos des sanctions du droit de la concurrence italien dans un arrêt du 27 septembre 2011³. Par conséquent, les domaines qui ne relèvent pas du « noyau dur du droit pénal » peuvent se voir appliquer les garanties du volet pénal de l'article 6 de ladite Convention avec parcimonie.

Nous avons démontré dans notre première partie que la faute lucrative entraînait systématiquement une aggravation de la responsabilité de son auteur. Lorsque la faute lucrative constitue une *infraction*, cette aggravation se matérialise par l'application d'une circonstance aggravante, le *dol lucratif*. Et lorsque la faute lucrative incarne un simple délit civil, cette aggravation se concrétise par

1. Sur la fonction de la peine européenne, voir : Bonis-Garçon (E.), Peltier (V.), *op. cit.*, spéc. n° 108 et s.

2. CEDH, gde ch, 23 nov. 2006, aff. 73053/01, *Jussila c/Finlande*, pt. 43 : La grande chambre précise que « s'il faut garder à l'esprit que les procédures pénales [...] revêtent une certaine gravité, il va de soi que certaines d'entre elles ne comportent aucun caractère infamant pour ceux qu'elles visent et que les "accusations en matière pénale" n'ont pas toutes le même poids ». Elle en déduit que « les majorations d'impôt ne faisant pas partie du noyau dur du droit pénal, les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur ».

3. CEDH, 27 sept. 2011, aff. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics SRL c/Italie* : à propos d'une décision de l'autorité italienne de concurrence, en se référant au caractère répressif et dissuasif de la sanction, ainsi qu'à la sévérité de celle-ci (6 millions d'euros).

le prononcé de sanctions extra-compensatoires, déroatoires au droit commun. Si la dissuasion n'emporte pas nécessairement la « punition » de l'agent économique, elle provoque donc une aggravation de sa responsabilité. Ce qui doit être compensé par un renforcement des garanties.

Il conviendra donc au préalable de délimiter le champ de la punition et celui de la dissuasion (Section I) avant de jauger le degré de garantie requis pour une sanction dissuasive selon qu'elle est une *peine* ou non¹ (Section II).

SECTION I : PUNITION ET DISSUASION, DEUX CHAMPS DISTINCTS

295. ***Punition et dissuasion, de l'assimilation à la dissociation.*** À première vue, on pourrait croire que la dissuasion embrasse la rétribution et la dépasse.

Traditionnellement, la doctrine pénaliste assigne trois fonctions à la peine, une fonction rétributive, éliminatrice et intimidante². Cependant, seule la fonction rétributive est commune à toutes les peines. On ne s'étonnera donc pas de constater que la sanction répressive se caractérise à l'aune de la finalité rétributive. Héritage des pénalistes classiques utilitaristes, la rétribution ou l'affliction correspond à la finalité première de la *peine*. En d'autres termes, le but de la *peine* est de punir la faute en affligeant à son auteur un mal, en réponse au *tort* qu'il a causé à la société. La *peine* est donc liée à la culpabilité de l'auteur du forfait³, à la différence des mesures de sûreté⁴ qui ont vocation à enrayer la dangerosité de ce dernier. La mesure de sûreté se distingue de la *peine* en ce qu'elle poursuit uniquement une fonction préventive, pour empêcher le délinquant de commettre une nouvelle infraction. Elle est donc tournée vers l'avenir. Or, pour le Conseil constitutionnel, une mesure dotée d'une finalité préventive n'est pas une peine⁵. Il en résulte que des incapacités sont des peines si elles sont l'accessoire des peines, elles n'en sont pas si elles sont édictées pour garantir la moralité d'une profession⁶.

Compte tenu d'une telle définition de la rétribution, on pourrait croire que la dissuasion procède de la rétribution. En effet, pour parvenir à un effet dissuasif, la sanction doit causer un mal au délinquant d'une telle gravité, qu'il en sera détourné. Ainsi, intimidation et rétribution participent à la dissuasion.

1. Carval (S.), *op. cit.*, n° 206, p. 221 : l'auteur préconise un aménagement pour la peine privée, « un régime de garanties propres, inspiré des garanties du droit pénal mais dont la force est atténuée ».

2. Merle (R.), Vittu (A.), *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, Éd. Cujas, 7^e éd. 1997, n° 655, p. 826, Dreyer (E.), *Droit pénal général*, LexisNexis, 2^e éd. 2012, n° 1256, p. 934, Desportes (F.), Le Guhenec (F.), *op. cit.*, n° 63.

3. Cons. constit., 3 septembre 1986, déc. n° 86-215 DC, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, csdt. 3 et 23.

4. Céré (J.-P.), « Peines (nature et prononcé) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2014, n° 36.

5. Cons. constit., 8 décembre 2005, déc. n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, csdt. 14 : à propos de la surveillance judiciaire outre le fait qu'elle est une modalité d'exécution de la peine, elle a « pour seul but de prévenir la récidive » et « repose non sur la culpabilité du condamné, mais sur sa dangerosité ». Sa finalité préventive conduit donc à écarter la qualification de peine.

6. Cass. crim., 26 nov. 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 40, RCS 1998.539, note B. Bouloc : « Attendu que l'incapacité attaché à certaines condamnations, édictée par le texte régissant les conditions d'accès à la profession d'agent immobilier, ne constitue pas une peine complémentaire mais une mesure de sûreté qui, dès l'entrée en vigueur de la loi qui l'institue, frappe la personne antérieurement condamnée ».

C'est d'ailleurs l'une des fonctions qui fut attribuée à la peine de mort¹, l'on pensa que l'ignominie d'une telle sanction produirait un tel effet d'intimidation que nul ne prendrait le risque de l'encourir. En cela, la peine de mort s'est vue attribuer un objectif de dissuasion, objectif sur lequel reposait la légitimité de l'ultime châtement.

Pourtant, un élément de la théorie économique nous permet de douter de l'exacte concordance entre le champ de la punition et celui de la dissuasion. Pour mémoire, rappelons que dans un système garantissant une sanction systématique, la confiscation du surprofit suffit à atteindre l'objectif de dissuasion. Lorsque la probabilité de sanction est de 100 %, la sanction optimale est égale au strict bénéfice. Nous verrons que cette objection à l'adéquation entre punition et dissuasion se vérifiera également en matière de sanction non monétaire, des mesures de sûreté pouvant être dissuasives sans pour autant revêtir la qualification de *peine*.

Par conséquent, il conviendra de délimiter le domaine de la *peine* au regard des critères européens et constitutionnels (§ 1) avant de qualifier les sanctions dissuasives de notre étude de « sanction pénale » au sens large ou de « sanction normative » (§ 2).

§ 1 - LE DOMAINE DE LA PEINE

296. **La peine, une notion extensible.** Traditionnellement, pour la doctrine pénaliste, la « peine » désigne une sanction prononcée par une juridiction pénale et infligée au nom de la société dans un but rétributif, en réaction à un trouble causé à l'ordre public. Aujourd'hui, cette notion englobe les peines *stricto sensu* et les mesures de sûreté². En outre, la qualification de peine relève en principe de la compétence du législateur conformément à l'article 34 de la Constitution. Partant, ne constituent des peines que les mesures qualifiées comme telles par un texte.

Toutefois, il est aujourd'hui erroné de cantonner le champ de la rétribution aux seules *peines* ou sanctions pénales. Si le mouvement de dépénalisation du droit des affaires amenuise le champ *stricto sensu* de la *peine*, il déploie et diversifie dans le même temps celui de la rétribution, en cherchant à s'affranchir des lourdeurs du procès pénal et par là même, des garanties y afférentes.

Conscients de ces politiques opportunistes de dépénalisation³, la Cour européenne des droits de l'homme puis le Conseil constitutionnel ont fait évoluer la notion traditionnelle de *peine*, vers une notion extensible, afin de sauvegarder les garanties fondamentales. Aussi, grâce à une interprétation extensive de la « matière pénale », la Cour de Strasbourg, en premier lieu, a esquissé un « champ pénal européen »⁴ et une conception autonome de la *peine*, permettant d'étendre la protection des libertés individuelles organisée par la *Convention européenne*

1. Outre la fonction de neutralisation : Desportes (F.), Le Guehec (F.), *ibid.*

2. Desportes (F.), Le Guehec (F.), *op. cit.*, n° 23 et s.

3. Bonis-Garçon (E.), Peltier (V.), *Droit de la peine, op. cit.*, n° 107s, p. 50 et s.

4. formule de Truche (P.), Koering-Joulin (R.), *Retour sur le champ pénal européen*, in *Mélanges en hommage à L. E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 513, voir sur ce thème, Massias (F.), *Le champ pénal européen selon la cour européenne des droits de l'homme, interprétation autonome et applicabilité des*

de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen. Dans son sillage, le Conseil constitutionnel développera une conception autonome de la notion de *peine*, transcendant le champ pénal formel ou *stricto sensu*¹. Détachées de tout critère formel de la *peine*, jurisprudences constitutionnelle et européenne ont donc façonné une notion nouvelle de la *peine*, extensible à partir de critères constants. Après avoir identifié les critères de celle-ci (A), il conviendra d'inventorier les sanctions dissuasives de la faute lucrative qualifiées de « peines » *lato sensu* (B).

A. Les critères de la *peine*

297. **Les critères européens de la peine, enjeu de l'infraction, régime et objectif de la sanction.** Précisons à titre liminaire que l'inspiration de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme puise sa légitimité dans « l'autorité morale »² que celle-ci exerce sur les juridictions nationales françaises en vertu de la hiérarchie des normes. C'est donc à ce titre que nous pouvons nous référer aux critères des juges européens pour savoir si une sanction interne est une « peine » au sens européen³.

En droit européen, la notion de peine est circonscrite par l'article 7-1 de la Convention qui dispose « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international ». Le premier critère pour qualifier une sanction de peine est donc un critère formel, soit la « condamnation à une infraction ». C'est en effet la définition appliquée par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt de référence, l'*arrêt Welch c/Royaume-Uni* rendu le 9 février 1995⁴. Saisi d'une question d'application du principe de non-rétroactivité à une mesure de confiscation, les juges de Strasbourg se sont posés la question préalable de savoir si la mesure de confiscation « consistait en une peine au sens de l'article 7-1 ». Pour ce faire, ils énoncent que « le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une « infraction » ».

Reste alors à savoir ce que la Cour européenne entend par infraction au sens de l'article précité. Notons que c'est à l'occasion de la définition de l'infraction au sens de l'article 7-1, que la Cour européenne a circonscrit la « matière pénale ». C'est à la *jurisprudence Engel*⁵ que l'on doit l'identification des trois critères

articles 6 et 7 de la convention européenne des droits de l'homme. in, *Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof, Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 89-112.

1. Dreyer (E.), « Le Conseil constitutionnel et la « matière » pénale. - La QPC et les attentes déçues... », *JCP G* 2011, n° 37, doct. 976, Montgolfier (J.-F.), « L'apport de la jurisprudence du conseil constitutionnel au critère de la peine », in *Droit pénal, le temps des réformes*, LexisNexis, Litec, Colloques et débats, 2011, p. 231-239, spéc. p. 232 : « [...] on peut affirmer que le conseil constitutionnel refuse que le législateur puisse, à sa guise, qualifier une mesure de peine ou de mesure de sûreté en la plaçant dans le code de procédure pénale ou dans un autre support législatif et subordonner ainsi à sa volonté souveraine le champ d'application de l'article 8 DDHC ».

2. Expression empruntée à : Amaro (R.), *Les actions privées dans le contentieux des pratiques anti-concurrentielles*, *op. cit.*, spéc. n° 460.

3. Sur la méthode de détermination de la peine au sens européen, voir : Bonis-Garçon (E.), Peltier (V.), *op. cit.*, n° 109 et s.

4. CEDH, 9 février 1995, req. n° 17440/90, *Welch c/R-U*, série A, n° 307A, § 26.

5. CEDH, 8 juin 1976, Série A, n° 22, *Engel et a. c/Pays-Bas*, § 82 et s.

pour délimiter la « matière pénale » et en induire ce qu'est une *infraction* au sens de l'article 7-1. Ainsi, lorsqu'un comportement ne revêt pas une qualification pénale en droit interne (1^{er} critère), il peut toutefois pénétrer le champ pénal dès lors que la qualification est « par nature » pénale c'est-à-dire qu'elle a vocation à punir (2^e critère) et que la sanction y afférente fait montre d'une sévérité particulière cause de « préjudice » pour le condamné (3^e critère). Si ces critères ont été décomposés en sous-critères par la suite par la *jurisprudence Oztürk*¹, retenons notamment que le troisième critère « sévérité de la sanction encourue » est évalué au regard de son but, nature, mesure et modalités d'exécution².

Une fois ce premier test effectué, il reste encore à savoir si la sanction constitue une *peine*. Pour ce faire, l'*arrêt Welch c/Royaume-Uni* a dégagé des critères juridiques de la *peine* qui ont été confirmés dans l'*arrêt Jamil c/France* du 8 juin 1995³. Le premier critère est un critère formel, il a trait à la qualification de la sanction en droit interne, bien qu'il ne lie pas les juges européens. Le second critère tient compte de la procédure d'adoption et d'exécution de la sanction, l'objectif étant de déterminer si son régime est « répressif » (pouvoir discrétionnaire du juge, recours à des présomptions, etc.). Le troisième critère concerne la nature, le but de la mesure, le but est-il de punir ou de prévenir ? Notons que dans un *arrêt M c/Allemagne*, la Cour européenne précise qu'une sanction préventive peut constituer une *peine* dès lors qu'elle poursuit aussi un objectif répressif⁴. Enfin, le quatrième indice est la gravité de la mesure, qui correspond au troisième critère de la matière pénale posé par l'*arrêt Engel*. Selon l'*arrêt Welch*, la gravité ne serait pas décisive en soi puisque de nombreuses mesures non pénales de nature préventive peuvent avoir un impact substantiel sur la personne concernée⁵.

Ce faisant, la Cour de Strasbourg a développé une conception autonome de la matière pénale d'une part et une conception autonome de la *peine* d'autre part. On en déduit qu'une sanction pourrait constituer une *peine* au sens européen ou une « sanction répressive », sans que le texte d'incrimination n'appartienne à la matière pénale (par exemple, la *peine privée* en droit civil). De même qu'une sanction pourrait ne pas constituer une *peine* alors qu'elle accompagne une infraction appartenant à la matière pénale, au sens européen (mesure de sûreté). Si la qualification européenne de « peine » est balisée par les critères identifiés par les juges européens, qui plus est sont constants, retenons que la qualification d'une sanction de « peine » ou non ne peut être prédite avec certi-

1. CEDH, 21 février 1984, Série A, n° 73, *Oztürk cf Allemagne*.

2. Casaroli (G.), « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant et le système italien », RSC 1990, p. 707 et s., p. 716. Voir aussi : Pradel (J.), « Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes », in *Mélanges offerts à Georges Levasseur, droit pénal et droit européen*, Litec, 1992, p. 459.

3. CEDH, 8 juin 1995, *Jamil c/France*, série A, °317-B : la Cour est saisie d'une question portant sur la qualification juridique de la contrainte par corps, dont le requérant alléguait qu'il s'agissait d'une peine soumis au principe de non rétroactivité in pejus. Après avoir constaté que la sanction infligée à M. Jamil s'inscrit dans « un contexte de droit pénal », la Cour examine chacun des quatre critères identifiés par l'*arrêt Welch* et conclut que la contrainte par corps constitue une peine au sens de l'article 7.

4. CEDH, 17 décembre 2009, *M c/Allemagne*, req. n° 19359/04, § 130 : « l'objectif de prévention peut aussi se concilier avec celui de répression et peut être considéré comme l'un des éléments constitutifs de la notion même de peine ».

5. CEDH, *arrêt Welch*, préc., § 28.

tude, la qualification de *peine* n'étant pas une science exacte. En outre, les critères dégagés ne sont pas cumulatifs, mais alternatifs¹. Cependant, la méthode de qualification élaborée par la Cour européenne permet « d'anticiper » la qualification d'une sanction qui n'aurait pas encore été soumise à son appréciation. Or, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, il semblerait que certains critères cumulés suffisent à déterminer la qualification de *peine*, la nature « pénale » du texte d'incrimination, le régime répressif de la sanction et l'objectif de punition de celle-ci.

Qu'en est-il de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ?

298. **Le critère constitutionnel de la peine, le but de la sanction.** La notion autonome de *peine* a été élaborée par le Conseil constitutionnel à partir d'une décision célèbre du 30 décembre 1982². Dans cette affaire, le Conseil des sages indique que les garanties du procès pénal comme le principe de non-rétroactivité « s'étendent nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »³. La qualification de « peine » devrait donc s'étendre à toute « sanction ayant le caractère d'une punition ». Reste à savoir « comment le Conseil constitutionnel identifie une peine »⁴.

Dans son analyse de « l'apport du Conseil constitutionnel au critère de la peine », Monsieur de Montgolfier distingue les décisions du conseil qui se contentent d'intégrer ou d'exclure une mesure de la catégorie des peines de celles qui comportent une motivation permettant d'identifier les critères de la *peine*. À l'appui des premières décisions, l'auteur remarque qu'elles mettent en exergue un « critère commun finaliste » de la *peine*. Partant, une *peine* serait dotée d'une « finalité rétributive-répressive ». Ainsi, la nature répressive ou non d'une sanction s'examine à l'aune de l'objectif qu'elle poursuit, toute mesure qui a une finalité punitive, répressive est une *peine*. *A contrario*, une mesure dotée d'une finalité préventive n'est pas une *peine*⁵. C'est donc la finalité punitive d'une sanction qui en fait une *peine* aux yeux des sages.

Or, selon Monsieur Kluger, cette finalité punitive se déduit d'un raisonnement *a priori* articulé autour de trois critères⁶ : l'objectif constitutionnel⁷, la sévérité de la sanction⁸ et le respect de la procédure équitable⁹. Ces critères ne sont pas sans rappeler ceux de la juridiction européenne précitée.

1. Bonis-Garçon (E.), Peltier (V.), *op. cit.*, n° 98, p. 47 : « ces critères sont alternatifs et non cumulatifs pour favoriser la conception la plus large possible [...] ».

2. Cons. constit., 20 décembre 1982, déc. n° 82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982*.

3. *ibid.* csdt. 33.

4. Sur le critère finaliste répressif d'une peine, voir : Montgolfier (J.-F.), *op. cit.*, p. 231 -239, spéc. p. 235, Le Calvez (J.), « Droit constitutionnel répressif », *JCl. Droit administratif*, Fasc. 1458.

5. Cons. constit., 8 décembre 2005, déc. n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, consid. 14, à propos de la surveillance judiciaire outre qu'elle est une modalité d'exécution de la peine a « pour seul but de prévenir la récidive » et « repose non sur la culpabilité du condamné, mais sur sa dangerosité ». Sa finalité préventive conduit à écarter la qualification de peine.

6. Kluger (J.), *L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RSC 1995.505.

7. Cons. constit., 17 janvier 1989, déc. n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi no 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, csdt. 26.

8. La sévérité se déduit de trois sous critères, la nature, la mesure et le but de la sanction.

9. Cette procédure équitable se subdivise en trois sous critères, l'existence d'un pouvoir de consta-

Il ressort des jurisprudences européenne et constitutionnelle que le champ de la punition a vocation à transcender les qualifications de droit interne. Une sanction non pénale validant les critères précités peut constituer une sanction répressive. Pour classer les sanctions dissuasives de notre étude, nous retiendrons les critères suivants, *intérêt public en jeu, sévérité de la sanction, finalité punitive de la sanction*.

B. Les sanctions de la faute lucrative revêtant la qualification de *peine*

Compte tenu de ce qui précède, devront être classées parmi les « peines », les sanctions publiques monétaires (1) et la sanction privée confiscatoire multiple (2).

1. Sanctions publiques monétaires et non monétaires

299. **La sanction pécuniaire du droit des pratiques anticoncurrentielles.** La double qualification de sanction répressive dissuasive a été attribuée à la sanction pécuniaire du droit des pratiques anticoncurrentielles par les juges de la Cour européenne des droits de l'homme¹ ainsi que par la Cour de justice de l'Union européenne².

En dépit de la qualification non pénale des incriminations visées par la sanction étudiée, celles-ci sont animées d'une finalité d'intérêt général, qui transcende les intérêts privés. En ce qui concerne le critère de sévérité de la sanction, il doit être évalué au regard de quatre critères issus de la *jurisprudence Welch*, critère formel, modalités d'exécution, but et gravité de la sanction. Or, il semblerait que chacun des sous-critères de la sévérité soit vérifié en présence d'une sanction pécuniaire prononcée contre l'auteur (personne morale) d'une pratique anticoncurrentielle. Tout d'abord, l'objectif de dissuasion transparaît de manière incontestable de la sanction pécuniaire, il suffit d'en référer à la théorie économique. Toute la réflexion doctrinale sur la sanction pécuniaire du droit économique montre sans aucune équivoque sa finalité répressive et dissuasive³, car la sanction doit souscrire à une condition de particulière sévérité et d'exem-

tation et de prescription de mesures nécessaires de l'autorité compétente, la nature (juridictionnelle ou non) de cette l'autorité détentrice du pouvoir punitif et enfin les garanties afférentes à la procédure (ainsi que principe de légalité).

1. CEDH, 27 sept. 2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c/Italie*, requête n° 43509/08, § 40 à 42 : « 40. [...] On peut dès lors en conclure que l'amende infligée était fondée sur des normes poursuivant un but à la fois préventif et répressif (*mutatis mutandis*, *Jussila*, précité, § 38). 41. [...] Cependant, elle note que l'autorité de concurrence italienne a prononcé en l'espèce une sanction pécuniaire de six millions d'euros, sanction qui présentait un *caractère répressif* puisqu'elle visait à sanctionner une irrégularité, et préventif, le but poursuivi étant de dissuader la société intéressée de recommencer. [...] 42. À la lumière de ce qui précède et compte tenu du montant élevé de l'amende infligée, la Cour estime que la sanction relève, par sa sévérité, de la matière pénale ».

2. CJCE, 8 juill. 1999, *Montecatini S.P. A. c/Commission*, Aff. C-235/92 P, Rec. p. I-4539, pt. 176 : « eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité des sanctions qui s'y rattachent, le principe de la présomption d'innocence s'applique aux procédures relatives à des violations des règles de concurrence applicables aux entreprises susceptibles d'aboutir à la prononciation d'amendes ou d'astreintes ».

3. Nasse (P.), « L'objectif d'efficacité assigné aux sanctions », in *La modernisation du droit de la concurrence*, Canivet (G.) (dir.), LGDJ, p. 341 et s., spéc. p. 351 : l'auteur parle d'« efficacité incitative du mode de calcul de la sanction », *Rapport Folz, Sur l'appréciation de la sanction en matière de pra-*

plarité afin de déjouer un calcul coût-avantage. L'objectif de dissuasion assigné à la sanction pécuniaire en droit français a de surcroît été rappelé avec force par Monsieur Lasserre¹. Il en est de même de l'amende prononcée par la Commission européenne, selon l'avocat général Mazak, « la dissuasion fait partie intégrante de la politique générale en matière de concurrence et vise à orienter le comportement des entreprises »². En ce qui concerne la mesure de la sanction, les *guidelines* relatives à la détermination de la sanction pécuniaire en droit français et en droit de l'Union européenne montrent que l'évaluation du *quantum* de l'amende répond à une méthodologie stricte garantissant une proportionnalité.

Enfin, la nature confiscatoire de l'amende est avérée et l'importance des *quanta* des amendes prononcées par les autorités de régulation (surtout depuis la publication des *guidelines*) certifie un effet rétributif et infamant de la sanction sur la personne morale poursuivie. La sanction pécuniaire satisfait sans nul doute ce troisième critère. Aussi les juridictions européennes ont-elles qualifié à juste titre la sanction pécuniaire du droit des pratiques anticoncurrentielles, de répressive et dissuasive.

Il en est de même de l'amende du droit des pratiques restrictives de concurrence.

300. ***L'amende civile en droit des pratiques restrictives de concurrence.*** Revendiquée à raison par Madame Behar-Touchais³, la qualification de sanction répressive de l'amende civile sera finalement affirmée⁴ et solennellement consolidée⁵ en jurisprudence.

En dépit de la qualification civile des fautes qu'elle sanctionne, la règle sanctionnée à l'article L. 442-6, I du Code de commerce contribue au bon fonctionnement du marché. C'est en effet ce qu'affirme la chambre commerciale dans un arrêt du 8 juillet 2008, lorsqu'elle énonce, à propos de l'action du ministre de l'Économie qu'il s'agit d'une « action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence [...] »⁶. La règle étudiée aurait donc une finalité d'intérêt général, qui transcende les intérêts des particuliers, opérateurs du marché.

tiques anticoncurrentielles, La documentation française, 20 septembre 2010, Aut. Conc, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la détermination du calcul de la sanction pécuniaire.

1. Lasserre (B.), « Le rôle de la sanction pécuniaire en droit de la concurrence », in « Entente ou abus de position dominante - Sanctions ou procédures négociées, quelle stratégie pour l'entreprise ? », *RLC* 2010/24, n° 1668.

2. Conclusions de l'avocat général Mazak dans l'affaire C-413/08 P, *Lafarge*, point 120 cité in Claudel (E.), « Les sanctions en droit de la concurrence », *op. cit.*, n° 25.

3. Behar-Touchais (M.) (dir.), « L'amende civile est elle un substitut à l'absence de dommages et intérêts punitifs », in « Faut-il moraliser la réparation du dommage », *op. cit.*, p. 36, spéc. n° 29 et s.

4. CA Nîmes, 25 févr. 2010, *JurisData* n° 2010-003528, *SAS Carrefour France c/Ministre de l'Économie*, *RJDA* 6/10 n° 682, Behar-Touchais (M.), « L'amende civile serait répressive mais échapperait aux règles protectrices du droit pénal pour la cour d'appel de Nîmes », *RDC* 2010, p. 1331 ; du même auteur : « Éviction des règles protectrices du droit pénal en cas de condamnation à une amende civile », *Concurrences* octobre 2010, p. 22.

5. Cass. com. 8 juillet 2008, n° 07-16761, *JCPG* 2008, act. 507, obs. A.-M. Luciani, *D.* 2008, p. 3046, note M. Brandac, Cass. com., 16 décembre 2008, n° 08-13.162, *JCPE* 2009, 1479, obs. D. Mainguy, Cons. const. 13 janvier 2011 n° 2010-85 QPC, *S^{te} Ets Darty et Fils*.

6. *Ibid.*

En ce qui concerne le critère de « sévérité de la sanction encourue », force est de constater que celle-ci s'est accrue au gré des retouches législatives. Sa création par la *loi NRE* du 15 mai 2001 avait pour but de renforcer l'effectivité des interdictions posées à l'article L. 442-6, I du Code de commerce. En instaurant une amende civile plafonnée à 2 millions d'euros, le législateur chercha à pallier l'insuffisance des dommages et intérêts et l'absence de sanction pénale¹. Puis, pour renforcer l'effet dissuasif de l'amende civile, le législateur de la *loi LME* du 4 août 2008 en augmenta le plafond passé au triple du montant des sommes indûment versées. En outre, l'amende civile est une sanction mise en œuvre par une autorité publique habilitée. Autant d'indices révélateurs du caractère répressif de la sanction. Il faudra attendre la décision du Conseil constitutionnel pour dissiper tout doute sur la nature de l'amende civile, selon les sages, « eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer » l'incrimination assortie de l'amende civile doit satisfaire le principe de légalité des délits et des peines^{2,3}.

2. Sanction privée monétaire

301. **La sanction confiscatoire multiple.** Nous avons fait observer plus en amont que l'adjonction d'un coefficient multiplicateur à l'assiette de la sanction privée confiscatoire pouvait retentir sur la nature de la sanction privée confiscatoire.

Parce que l'adjonction d'un coefficient supérieur à 1 entraîne un « appauvrissement » de l'auteur d'une faute lucrative, se pose la question de sa nature. L'enjeu est important puisqu'il en découlera la soumission, avec plus ou moins de rigueur, de la sanction aux garanties de la sanction pénale.

Appliquons les critères *Welch*, la sanction confiscatoire multiple s'applique lorsque la faute lucrative constitue un délit civil et qu'elle ne revêt pas de qualification spéciale⁴. Par conséquent, une telle sanction n'est pas associée à une *infraction* au sens de l'article 7-1 de la Convention. Le critère formel n'est donc pas vérifié. L'enjeu du texte normatif prête à discussion, la confiscation d'un surprofit causé par une faute s'inscrit dans un contentieux de responsabilité civile, donc subjectif. Pourtant nous avons montré que le profit illicite causé par une faute constituait un indu sur le marché et donc compromettait l'objectif d'efficacité de l'ordre public de marché⁵. La règle confiscatoire présenterait donc un

1. Behar-Touchais (M.) (dir.), « L'amende civile est elle un substitut à l'absence de dommages et intérêts punitifs », *op. cit.*, p. 36 : « l'amende civile est prévue par un texte et prononcée par une juridiction de l'ordre judiciaire pour des faits qui ne sont pas constitutifs d'une infraction pénale ».

2. Cons. const. 13 janvier 2011, déc. n° 2010-85 QPC, *S^{te} Ets Darty et Fils* : or en l'espèce, la notion de déséquilibre significatif auquel fait référence l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, figure par ailleurs à l'article L. 132-1 du code de la consommation (alors en vigueur) lequel a déjà été précisé par la jurisprudence et peut faire l'objet d'une consultation de la CEPC. Par conséquent, « l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire » et « l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits ».

3. Pour les mêmes raisons, l'amende civile de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile ne peut échapper à la qualification de peine. Voir : Fournier-de Crouy (N.), *op. cit.*, n° 3-4.

4. Voir *supra*, n° 85.

5. Voir *supra*, n° 52.

enjeu d'intérêt général. Mais encore faut-il que la sanction souscrive aux critères de sévérité. Or, il s'agit d'une sanction civile, qui a pour but de confisquer un indu, mais aussi de punir le responsable et de dissuader les agents économiques de commettre des fautes lucratives. C'est en effet l'enjeu du coefficient. Le « multiple » associé à la sanction est en outre indiscutablement un facteur de gravité. Parce qu'une telle modalité a pour but « d'appauvrir » l'agent rationnel pour alourdir le « coût » du calcul coût-avantage, elle produit un effet punitif. La modalité tenant à l'affectation de la sanction à la victime ou au trésor public, ne semble pas influencer sur la qualification. En effet, nous avons proposé cette modalité, uniquement dans le but d'augmenter la probabilité de la sanction (second paramètre de la dissuasion) et non pour améliorer la réparation de la victime. En revanche, le multiple et l'enjeu d'intérêt général de la règle confiscatoire pourraient donc déterminer la qualification de la sanction confiscatoire multiple de *peine*.

Par conséquent, la sanction confiscatoire multiple, quelles que soient son assiette (dommages et intérêts ou profit illicite) et son affectation (victime ou trésor public), devra être qualifiée de *peine*¹.

§ 2 - LE DOMAINE DE LA SANCTION « NORMATIVE »

302. **La sanction « normative » ou sanction non pénale.** Il n'existe pour l'heure aucune définition de la « sanction normative ». Elle est employée par la doctrine civiliste par opposition à la sanction indemnitaire (dommages et intérêts), sans être définie pour autant.

Nous n'aurons pas l'ambition dans cette étude d'en proposer une définition. Toutefois, pour comprendre l'intérêt d'une telle qualification, il faut apporter quelques éléments. La sanction normative renvoie selon nous à la « sanction de la faute, indépendamment de la réparation du dommage ». Elle ne poursuit donc pas une finalité compensatoire, mais cherche néanmoins à rétablir l'état antérieur dans lequel se trouvait la victime avant la commission de la faute lucrative. Elle poursuit donc une finalité « normative », préventive, mais non punitive. En d'autres termes, les sanctions normatives seraient des sanctions non indemnitaires, sans pour autant être répressives.

Dans notre étude, ces sanctions normatives correspondent principalement aux sanctions privées, confiscatoire (A) d'incapacité professionnelle (B).

A. Sanction monétaire normative, la sanction confiscatoire non multiple

303. **La confiscation du seul profit illicite n'est pas une peine, arrêt Welch.** C'est en effet l'enseignement que l'on peut tirer de l'*arrêt Welch c/Royaume-Uni* rendu le 9 février 1995 par la Cour européenne des droits de l'homme².

Saisie d'une question d'application du principe de non-rétroactivité à une mesure de confiscation du profit illicite tiré par un trafiquant de stupéfiants,

1. Dans le même sens concernant les dommages et intérêts punitifs, voir : Amaro (R.), *op. cit.*, n° 523 et s., p. 536 et s.

2. CEDH, février 1995, *Welch c/Royaume Uni*, série A, n° 307-A, § 28.

la Cour européenne des droits de l'homme s'est posée la question préalable de savoir si la mesure de confiscation « consistait une *peine* au sens de l'article 7-1 CESDH ». Pour ce faire, elle énonce que « le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une « infraction » » (1^{er} critère)¹. « D'autres éléments peuvent être jugés pertinents à cet égard, la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité » (§ 28).

C'est sur le but de la sanction que les interrogations se cristallisèrent. L'arrêt retient que la confiscation poursuit plusieurs objectifs, un « but préventif » comme « celui de garantir que le crime ne paie pas » (§ 11), un « but de réparation » et enfin, un « but punitif » qui résulte de l'étendue de l'assiette de la confiscation litigieuse (tous les biens du délinquant).

Si en l'espèce, la cour qualifie la mesure de confiscation de *peine* et reconnaît la violation du principe de non-rétroactivité de la loi répressive (art. 7), c'est à deux conditions, le rattachement à une condamnation pénale et la gravité de la sanction.

A contrario, si une mesure de confiscation est prononcée par un juge non pénal et ne porte que sur le profit illicite, les critères de rattachement à la condamnation pénale et de gravité ne sont plus vérifiés. Il en résulte qu'une sanction confiscatoire non multiple prononcée par un juge civil ou commercial ne constituerait pas une *peine*.

C'est en effet ce qui a été jugé par la Cour de cassation à propos de la répétition de l'indu.

304. **La répétition de l'indu n'est pas une peine.** Rappelons qu'en droit des pratiques restrictives de concurrence, pour pallier l'inertie des victimes, le législateur a confié dès l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 une action dite de « substitution » à certaines personnes publiques qui sera requalifiée en action autonome par la Cour de cassation². À ce titre, en vertu de l'article L. 442-6, III du Code de commerce, le ministre de l'Économie et ministère public ont qualité pour agir à fin de nullité et répétition de l'indu sur le fondement des pratiques interdites visées à l'article L. 442-6, I du Code de commerce.

Or, il ressort des rapports officiels que les montants d'une telle sanction peuvent être très élevés. Le *rapport de la CEPC 2013* relatif à ce contentieux montre « une hausse significative du montant total de l'indu à restituer »³. Le montant total pour l'année 2012 s'élève à 18 837 922 €, dont plus de 17 millions d'euros pour une seule affaire⁴. Ce montant contraste avec la baisse du montant de l'indu ces trois dernières années, en 2009 l'indu confisqué s'élevait à 24 018 588 €, en 2010 à 254 058,12 € et en 2011 à 16 169,99 €⁵. Au titre des

1. *Ibid.* § 30.

2. Sur la qualification de cette action publique, voir *infra* n° 345.

3. Ferré (D.), Piphery (R.), « Pratiques restrictives de concurrence, Étude du rapport de la CEPC 2013 », *Concurrences* 2013/4, p. 56-63, spéc. n° 12.

4. CA Paris, 2 février 2012, RG n° 09/22350, Cass. com. 10 septembre 2013, n° 12-21804, S^{te} Carrefour Hypermarchés c/Ministre de l'économie, D. 2013, 2812, note Y. Serra, RTD civ. 2014.114, note H. Barbier.

5. Ferré (D.), Piphery (R.), *op. cit.*, spéc. n° 25.

affaires les plus emblématiques, on citera la condamnation du tribunal de commerce de Créteil du 24 octobre 2006 qui s'élève à 76 millions d'euros contre Système U au motif d'un avantage ne correspondant à aucune contrepartie¹ et celle du tribunal de Nanterre du 15 novembre 2005 s'élevant à 23 millions d'euros fondée sur des contrats de coopération commerciale rétroactifs fictifs. Cette décision sera confirmée par la Cour d'appel de Versailles qui condamna Le Galec à restituer la somme de 21 313 681,51 € pour coopération fictive².

En dépit de ces montants élevés pour une sanction civile, la chambre commerciale a exclu fermement la qualification de sanction « ayant le caractère de punition ». « Les restitutions étant prononcées par le juge en réparation du préjudice subi et non à titre de sanction », elle n'est pas soumise au principe de proportionnalité des peines, affirment la juridiction suprême³. Cette solution n'est pas surprenante. Elle avait auparavant estimé que « l'avantage sans contrepartie » procurant un enrichissement illégitime à l'opérateur déloyal⁴, la répétition de l'indu est prononcée pour confisquer l'avantage indu et le restituer à la victime, quand bien même ces sommes seraient versées au Trésor public dans un premier temps⁵.

On en conclut que tant que la sanction confiscatoire « n'appauvrit pas » l'auteur de la faute lucrative, mais l'empêche de s'enrichir de manière illicite, elle devra être qualifiée de sanction normative, ou de sanction non répressive.

B. Les sanctions non monétaires normatives, cessation de l'illicite et incapacités professionnelles

305. **La cessation de l'illicite n'est pas une peine.** Encore une fois, l'application des critères de la Cour européenne ou ceux du Conseil constitutionnel nous conduit à exclure la mesure de cessation de l'illicite du champ de la répression.

En effet, la cessation de l'illicite est une mesure pour l'heure prononcée dans notre système juridique par le juge civil ou commercial, en matière de délit

1. T. com. Créteil, 2^e ch, 24 octobre 2006, jugement n° 2005F00025, *Ministre d'État, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/SAS Système U centrale nationale*.

2. CA Versailles 29 octobre 2009, n° 08/07357, *SA coopération d'achats de centres Y c/min. de l'éco.* Pour une application récente de la répétition de l'indu, voir : Cass.com., 25 janv. 2017, n° 15-23547, *Galec SAS c/Min. Éco.* rejette le pourvoi formé par la société Galec contre l'arrêt rendu le 1^{er} juillet 2015 par la cour d'appel de Paris qui l'a condamnée à verser au Trésor public la somme de 61 288 677,84 € induement perçue au titre de la « ristourne de fin d'année », sur le fondement du déséquilibre significatif.

3. Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-21.804, *Carrefour hypermarchés c/Ministre de l'économie, JurisData n° 2013-018949, D. 2013, 2812, note Y. Serra, RTD civ. 2014.114, note H. Barbier* : rejetant le 3^e moyen du pourvoi formé par la société Carrefour hypermarchés contre un arrêt d'appel qui l'avait condamné, sur demande du ministre de l'Économie conformément à l'article L. 442-6-III du Code de commerce, nullité de la clause déséquilibrée, amende civile et restitution de l'indu, la chambre commerciale a jugé que « les restitutions étant prononcées par le juge en réparation du préjudice subi et non à titre de sanction, sont inopérants les griefs pris du caractère disproportionné de la sanction et de l'atteinte au droit de propriété de la personne condamnée ».

4. Cass. com., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-15296, *Bull. civ. 2011, IV, n° 161, D. 2011.2961 note Y. Serra* : « un avantage indu reçu par le distributeur du fournisseur ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu par le distributeur au fournisseur ou manifestement disproportionné au regard du service rendu ».

5. CA Versailles 20 octobre 2009, n° 08/07356, *Galec c/Min de l'Éco.* : nullité d'une clause enjoignant les « fournisseurs à renoncer à leurs créances résultats des sommes qui doivent leur être restituées au titre des décisions de justice survenues ».

civil ou commercial. Le premier critère n'est donc pas vérifié. Et quand bien même ces délits revêtaient un enjeu d'intérêt général incontestable (droit de la personnalité, droit des pratiques restrictives de concurrence ou droit de la consommation), la cessation de l'illicite poursuit avant tout un objectif préventif. Par conséquent, le fait qu'une personne publique ait qualité pour en demander le prononcé ne devrait pas influencer sur la nature d'une telle sanction. Que la cessation soit réclamée par une personne privée (par l'intermédiaire d'une association de consommateurs)¹, ou une personne publique habilitée comme la DGCCRF², le Parquet ou encore le ministre de l'Économie³, concernant des contrats *B2C* ou *B2B*, la mesure de cessation ou l'injonction de mise en conformité ont pour but de rétablir l'ordre public. Ce faisant, elle cible non pas l'auteur, mais le fait illicite pour le supprimer de l'ordre juridique.

Enfin, la pratique jurisprudentielle consistant à prononcer des mesures de cessation de clauses abusives, pour le passé et pour l'avenir⁴, révèle la finalité préventive, d'une telle mesure. C'est aussi la finalité mise en exergue par certains membres influents de la doctrine civiliste, une finalité préventive⁵ et prospective, plus que normative, ce qui écarte définitivement la qualification de sanction répressive.

306. ***Interdiction professionnelle non reliée à une condamnation pénale n'est pas une peine, arrêts Malige et Escoubet.*** C'est l'enseignement des arrêts *Malige*⁶ et *Escoubet*⁷ rendus par la Cour européenne des droits de l'homme, à propos d'une sanction de perte de points pouvant entraîner le retrait de permis.

Reprenant le raisonnement de l'*arrêt Welch*, dans l'*arrêt Malige*, les juges de Strasbourg qualifient la sanction de perte de points au regard de deux critères, l'attachement de la mesure à une condamnation pénale et la gravité de la mesure. En l'espèce les deux critères sont vérifiés. D'une part, la Cour constatant que le prononcé de cette mesure résultant de plein droit d'une condamnation par le juge pénal, elle intervient donc dans à l'issue d'une accusation en matière pénale (§ 38). D'autre part, constatant que le retrait de point peut aboutir à la perte du permis, cette mesure présente une certaine gravité. Par conséquent, une telle mesure ne poursuit pas qu'un objectif préventif, mais « revêt également un caractère punitif et dissuasif [...] » (§ 39).

Dans l'*arrêt Escoubet*, le premier critère n'étant pas vérifié, la même sanction n'est pas qualifiée de *peine*. Dans cet arrêt, le retrait de permis est prononcé préalablement à l'examen de la culpabilité du défendeur, elle n'est donc pas reliée

1. L. 621-7 C. conso.

2. Art. L. 521-1 C. conso.

3. Art. L. 442-6, III C. com.

4. Cass. com. 3 mars 2015, n° 13-27525, *D.* 2015.620, note F. Buy : la chambre commerciale admet la recevabilité d'une mesure de cessation visant la suppression pour l'avenir des clauses jugées abusives sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° Code de commerce.

5. Bloch (C.), La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, *op. cit.*, spéc. n° 287, Sintez (C.), *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et la mise en effet des normes*, Dalloz, 2011, Viney (G.), *Introduction à la responsabilité civile, op. cit.*, n° 43-2.

6. CEDH, 23 septembre 1998, *Malige c/France*, req. n° 27812/95.

7. CEDH, 28 octobre 1999, *Escoubet c/Belgique*, req. n° 26780/95.

à la culpabilité de l'auteur. Ce faisant elle poursuit une fonction exclusivement préventive et ne saurait donc être qualifiée de *peine* (§ 35-§ 37).

On en déduit qu'une mesure d'interdiction, de déchéance constitue une *peine* qu'à deux conditions cumulatives, qu'elle soit rattachée à une reconnaissance de culpabilité et qu'elle manifeste une certaine gravité. Ce qui nous amène à nous demander si une mesure d'interdiction professionnelle prononcée par un juge civil ou commercial constituerait une *peine*.

307. ***L'interdiction professionnelle ayant pour but d'assainir une profession n'est pas une peine.*** Au titre des sanctions non monétaires dissuasives des fautes lucratives, nous avons préconisé de créer une mesure d'incapacité professionnelle pour tout agent économique auteur d'une faute lucrative, sur le modèle des sanctions applicables aux dirigeants dans le cadre d'une procédure collective, « faillite personnelle » et/ou « d'interdictions de gérer ».

La qualification d'une telle mesure de sanction répressive ou non aurait inévitablement un effet sur son régime.

Or, dans un arrêt du 9 décembre 2006, la chambre commerciale a qualifié ces mesures d'interdiction professionnelle de « mesures d'intérêt public »¹, et non de *peine*, ces sanctions visent en effet à assainir le monde des affaires et à sanctionner l'opérateur incompetent et/ou malhonnête. Ce faisant, elles constitueraient des mesures de sûreté²; ce qui justifie qu'elles puissent être prononcées par un juge civil ou commercial. De même, le Conseil constitutionnel a jugé que les inéligibilités ne constituent pas « des sanctions ayant le caractère d'une punition »³ ni les interdictions ou déchéances de plein droit liées à certaines professions⁴, parce qu'elles ont pour objet « d'assurer l'intégrité et la moralité » des candidats à l'exercice de cette fonction ou de ce droit. En revanche, il a récemment considéré que la déchéance de nationalité résultant d'une condamna-

1. Cass. com., 9 décembre 2006, n° 05-19.088, *JurisData* n° 2006-036655, *Rev. sociétés* 2007.416, note B. Saintourens : « Mais attendu qu'il résulte des articles 190 et 191 de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises que le chapitre III du titre V du livre VI du code de commerce dans sa nouvelle rédaction, relatif à la faillite personnelle et aux autres mesures d'interdiction, à l'exception de ses articles L. 653-7 et L. 653-11, n'est pas applicable aux procédures collectives en cours au 1^{er} janvier 2006, que c'est dès lors sans encourir le grief du moyen que la cour d'appel s'est fondée sur les articles L. 625-5 et L. 625-8 du code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi précitée, pour prononcer, en tant que juridiction non répressive, la mesure d'intérêt public que constitue l'interdiction de gérer », parce qu'il ne s'agit pas d'une punition, le principe de rétroactivité *in mitius* n'a pas lieu à s'appliquer. Par conséquent, le dirigeant social est susceptible de se voir poursuivi en comblement de passif ou sanctionné d'une interdiction de gérer, sans pouvoir invoquer les règles nouvelles quand bien même elles seraient plus favorable. En l'espèce, c'est donc la loi contemporaine des faits litigieux qui est applicable.

2. Desportes (F.), Le Guehec (F.), *op. cit.*, n° 331, p. 277 : « l'objet principal de ces interdictions professionnelles n'est pas de punir le délinquant, mais de protéger la moralité d'une profession ou d'un secteur de la vie économique ».

3. Cons. const., 1^{er} avril 2011, déc. n° 2011-114 QPC, M. Didier P [Déchéance de plein droit des juges consulaires] : à propos estimé des dispositions des articles L. 723-2 et L. 724-7 du Code de commerce, qui interdisent aux personnes condamnées pour certains délits (notamment pour des agissements contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs) d'élire les juges au tribunal de commerce, d'y être éligibles et de soumissionner aux marchés publics.

4. Cons. const., 20 mai 2011, déc. n° 2011-132 QPC, *M. Ion C.* [incapacité et interdiction d'exploiter un délit de boisson] relative aux incapacités et interdictions d'exploiter un débit de boissons applicables de plein droit à la suite d'une condamnation pour crime et pour certains délits, Art. L. 3336-2 et L. 3336-3 C.S.P.

tion pour acte de terrorisme, constituait une « sanction ayant le caractère d'une punition »¹, compte tenu de la gravité des actes de terrorisme.

Il ressort de l'état de la jurisprudence qu'une *mesure d'interdiction professionnelle poursuivant un objectif préventif, d'assainissement d'une profession, doit être qualifiée de mesure de sûreté et non de peine. Toutefois parce qu'elle constitue une « mesure d'intérêt public », elle serait une sanction publique qui ne pourrait donc être réclamée par la victime.* À ce titre, la déchéance professionnelle pourrait être réclamée que par certaines personnes légalement habilitées, telles que le ministère public². Et il semblerait au vu d'une décision du Conseil constitutionnel que le juge puisse également la prononcer d'office, sans contrevenir au principe d'impartialité, dans la mesure où il s'agit d'une sanction non répressive. En effet, dans une décision du 7 décembre 2012, le Conseil a jugé que la saisine d'office d'une juridiction n'est pas contraire au principe d'impartialité « lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition » et à condition « qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité »³.

Conclusion de la première section. On aurait pu déduire de la doctrine économique et pénaliste que la « dissuasion » était indissociable de la punition. Cependant, la conception autonome de la « peine » façonnée par les jurisprudences européenne et constitutionnelle, montre que dissuasion et punition ne sont pas nécessairement fongibles.

Ce travail préalable de qualification des sanctions dissuasives, au regard des critères européens et constitutionnels, nous amène à plusieurs conclusions. Tout d'abord, une sanction dissuasive non pénale *stricto sensu* peut constituer une « peine », c'est le cas des sanctions pécuniaires publiques (amende administrative et civile) et de la sanction confiscatoire multiple. L'enjeu d'intérêt général du texte normatif auquel est associée la sanction, l'objectif de punition de la sanction, les modalités de leur mise en œuvre et l'effet d'appauvrissement produit sur son destinataire déterminent une telle qualification.

En outre, si la dissuasion apparaît comme un indice de sévérité, elle ne détermine par pour autant la qualification de *peine*. Certaines sanctions que nous avons préconisées en raison de leur effet potentiellement dissuasif échappent à la qualification de *peine*. C'est le cas notamment des déchéances professionnelles qui constituent des mesures de sûreté poursuivant une finalité préven-

1. Cons. const., 23 janvier 2015, déc., n° 2014-439 QPC, *M. Ahmed S.* [Déchéance de nationalité], csdt. 17 à 19, à propos des dispositions du 1° de l'article 25 et de l'article 25-1 du Code civil, relatives à la déchéance de nationalité d'une personne qui a été condamnée pour des actes de terrorisme : « Considérant que les dispositions contestées subordonnent la déchéance de nationalité à la condition que la personne a été condamnée pour des actes de terrorisme, qu'elles ne peuvent conduire à ce que la personne soit rendue apatride, qu'eu égard à la gravité toute particulière que revêtent par nature les actes de terrorisme, les dispositions contestées instituent une sanction ayant le caractère d'une punition qui n'est pas manifestement disproportionnée, que, dès lors, le grief tiré de la méconnaissance des exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ».

2. Art. L. 653-7 C. com.

3. Cons. const., 7 déc. 2012, déc. n° 2012-286, QPC, *Société Pyrénées services et a*, *JurisData* n° 2012-028148, csdt 4, à propos de la faculté pour le juge d'ouvrir d'office une procédure de redressement judiciaire.

tive d'assainissement d'une profession. C'est également le cas de la sanction privée purement confiscatoire, qui n'a que pour objectif d'empêcher que l'auteur d'une faute civile ne s'enrichisse illégalement.

Par conséquent, toutes les sanctions dissuasives ne constituent pas des peines. Mais toutes les sanctions dissuasives aggravant la responsabilité de l'auteur d'une faute lucrative, il conviendra d'ajuster le niveau de garanties pour chacune des sanctions. Nous verrons que seules les « peines » dissuasives exigent un strict respect des garanties du droit pénal, contrairement aux sanctions dissuasives normatives.

SECTION II : LES GARANTIES DE LA SANCTION DISSUASIVE

Annnonce. On distinguera les garanties relatives à l'existence de la sanction dissuasive (§ 1) de celles relatives à son prononcé (§ 2).

§ 1 - LES GARANTIES TENANT À L'EXISTENCE DE LA SANCTION DISSUASIVE

Annnonce. Pour vérifier la compatibilité des sanctions dissuasives avec leur insertion dans l'ordre juridique, il conviendra de les passer au crible de deux principes directeurs en matière de sanction, le principe de légalité (A) et le principe de proportionnalité (B).

A. Le principe de légalité

Annnonce. Ce principe cardinal de notre système juridique répressif, doté des valeurs normatives les plus hautes¹, garantit qu'un individu ne peut être puni pour un fait que si un texte le prévoit. En d'autres termes, « nul ne peut être poursuivi qu'en vertu d'une règle de droit préexistant à son acte »². Ce principe exprimé sous la forme de l'adage « *nullum crimen, nulla poena sine lege* », inventé par Feuerbach au XIX^e siècle, vise donc autant l'infraction, le comportement prohibé, que sa sanction. Il en découle deux acceptions de la légalité, une légalité formelle qui suppose l'existence d'un texte d'incrimination et une légalité matérielle qui exige une certaine intelligibilité du texte.

L'enjeu soulevé par l'application du principe de légalité à la faute lucrative est de savoir si d'une part, la définition de faute lucrative que nous avons proposée satisfait les exigences du principe de légalité des délits (1) et si d'autre part, la double sanction que nous avons définie est suffisamment prévisible eu égard au principe de légalité des peines (2).

1. Art. 8 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, art. 7 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen*.

2. Rassat (M.-L.), *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd. 2006, n° 87.

1. *La notion de « faute lucrative » à l'épreuve du principe de légalité des délits*

308. *L'application stricte du principe de légalité à la circonstance aggravante de dol lucratif.* Aux termes de nos développements consacrés à l'analyse de l'intention lucrative en droit répressif, nous avons opté pour la consécration d'une nouvelle circonstance aggravante personnelle et générale, applicable à toute infraction qui en présente les éléments constitutifs, appelé le « dol lucratif ». La question que l'on se pose est la suivante, une circonstance aggravante est-elle soumise au principe de légalité ?

En ce qui concerne la légalité formelle, la réponse est sans appel, parce qu'elle entraîne une aggravation de la sanction, la circonstance aggravante doit être légalement prévue. En ce qui concerne la légalité matérielle, la réponse mérite un raisonnement par analogie. À titre d'exemple, nous citerons le cas de la circonstance aggravante de bande organisée¹, qui a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*. L'un des griefs soulevés par les parlementaires visait précisément « le caractère flou et imprécis » de ladite notion ce qui méconnaît l'article 8 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Sur ce point, le Conseil constitutionnel a toutefois rétorqué qu'en raison de son ancienneté, cette notion était désormais claire et précise, et ce faisant, conforme au principe de légalité². On en déduit qu'une circonstance aggravante est soumise au principe de légalité dans sa double acception.

Partant, la circonstance aggravante de « dol lucratif » que nous avons définie doit être prévue par un texte. Ainsi, en matière d'infraction lucrative pénale, elle pourrait faire l'objet d'un article nouveau inséré dans la section III « de la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation, la diminution ou l'exemption de peine », du chapitre II « régime des peines », titre III « les peines », Livre 1^{er} du Code pénal³. Et en matière d'infraction économique, si l'on reprend le raisonnement de notre première partie, la circonstance de *dol lucratif* justifiant l'application de la sanction pécuniaire optimale, pourrait figurer dans la liste des circonstances aggravantes du communiqué des sanctions de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011⁴, affectant le montant de base.

Enfin, en ce qui concerne la légalité matérielle de cette nouvelle circonstance aggravante, la définition du *dol lucratif* que nous avons proposée devrait satisfaire les exigences de précision et de clarté, tant ses composantes sont nettement identifiées, le caractère délibéré du comportement fautif et la recherche d'un profit illicite.

Qu'en est-il de la faute lucrative civile ? Les exigences du principe de légalité des délits s'appliquent-elles avec la même rigueur ?

309. *L'application atténuée du principe de légalité à la faute lucrative civile.* À titre liminaire, il nous faut rappeler qu'en raison de son universalité,

1. Art. 132-71 C.P.

2. Cons. const., déc. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, csdt. 13, 14.

3. Voir *supra*, n° 170 et s.

4. Communiqué du 16 mai 2011, *op. cit.*, spé n° 46, p. 11.

une faute civile, même qualifiée, ne peut s'enfermer dans une définition stricte à l'instar de l'infraction. Contrairement à l'infraction lucrative, la faute lucrative civile n'est donc pas enserrée dans un principe de légalité des délits ni dans un principe d'interprétation stricte. C'est en effet ce que convient la doctrine civiliste. Tandis que Madame Grare-Didier affirme qu'« il ne doit pas y avoir d'identité entre la fonction normative et le droit pénal »¹, selon Madame Carval une « application atténuée du principe de légalité des délits à la matière civile »² suffirait. La détermination de la faute dommageable lucrative devra donc être abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Toutefois, les fautes qualifiées qui entraînent un régime de responsabilité aggravé sont définies par la loi ou la jurisprudence, et parfois réactualisées par cette dernière. En outre, l'enjeu d'une définition précise de la faute lucrative civile est plus fort que pour les autres fautes qualifiées, puisque les sanctions encourues sont des sanctions extra-compensatoires et donc déroatoires au droit commun. Il convient de se demander si le respect du principe de légalité requiert d'enfermer la faute civile lucrative dans une définition légale ?

Nous avons conclu au terme de notre première partie, que la faute lucrative devait être assimilée à une faute intentionnelle ou dolosive et produire à ce titre les effets d'une telle faute³. Nul besoin donc, d'une définition légale, insérée dans le Code civil. Néanmoins, à l'image de la faute lourde « équipollente au dol », la faute lucrative pourrait faire l'objet d'une définition prétorienne, devenant jurisprudence constante. Cette définition devrait en revanche être claire et précise, à l'image de celle que nous avons proposée à l'issue de notre première partie : *Est qualifiée de faute lucrative toute faute commise délibérément en vue d'un enrichissement illicite et au préjudice d'autrui* »⁴. *La force d'une telle définition c'est qu'elle fait référence aux composantes de la faute lucrative que nous avons dégagées, une faute délibérée (élément moral et légal), un dommage et un profit (élément matériel).*

Qu'en est-il de la sanction de la faute lucrative ?

2. La sanction de la faute lucrative à l'épreuve du principe de légalité des peines

310. ***L'application stricte du principe de légalité à l'amende dissuasive.*** La soumission de l'amende dissuasive au principe de légalité implique d'une part

1. Grare-Didier (C.), *op. cit.*, n° 514, p. 387.

2. Carval (S.), *op. cit.*, n° 228, p. 248.

3. Voir *supra*, n° 216 *in fine*.

4. *Ibid.*

5. Voir *supra*, nomenclature p. 246 et synthèse p. 245.

6. Ce qui nécessitera un travail de quantification du surprofit de la part des juges du fond. À propos de l'amende proportionnelle au profit du droit des marchés financiers, la chambre criminelle a rappelé que les juges doivent déterminer le montant du profit réalisé au nom du principe de légalité des peines : Cass. crim., 14 juin 2006, n° 05-82.453, *JurisData* n° 2006-034236, *Rev. sociétés*, 2007.125, note B. Bouloc : la cour de cassation casse un arrêt d'appel qui prononce une peine d'amende à l'encontre d'un auteur coupable de délit d'initié « sans préciser le montant du profit réalisé » à la suite des opérations litigieuses » ce qui ne lui permet pas « d'exercer son contrôle sur la légalité de la peine d'amende prononcée ».

qu'une telle modalité soit circonscrite aux cas de *dol lucratif* et d'autre part que ladite modalité soit claire et précise.

Conformément à la première acception du principe de légalité (formelle), la disposition instituant la nouvelle circonstance aggravante de *dol lucratif* devra prévoir les modalités, relatives au profit que nous avons définies⁵, à savoir le profit illicite réalisé comme assiette de l'amende⁶, le coefficient multiplicateur fixé au cas par cas selon les critères que nous avons définis et le plafond légal. Ces modalités seraient alors alternatives au plafond fixe prévu par l'infraction de référence. Le coefficient multiplicateur risque-t-il de compromettre la prévisibilité de l'amende ? Notons que ce coefficient ne peut excéder le décuple (plafond) et ne peut être égal à 1, sous peine d'être non dissuasif. Le pouvoir souverain du juge est donc encadré dans une fourchette entre 2 et 10, et guidé par les critères que nous avons définis.

PROPOSITION DE THÈSE :

Article 132-76 alinéa 2 du Code pénal, nouveau « Chaque fois qu'une infraction procure un gain illicite à son auteur, la peine d'amende pourra être portée jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé par la personne physique ou à 10 % du chiffre d'affaires mondial d'une personne morale, sans que l'amende puisse être inférieure au double de ce même profit ».

311. ***L'application contrastée du principe de légalité à la sanction monétaire de la faute lucrative civile.*** Parce que la sanction monétaire privée d'une faute lucrative est une sanction extra-compensatoire, la question de l'application du principe de légalité se pose avec acuité.

Il nous faut néanmoins préciser que la réponse peut être différente selon la nature de la sanction extra-compensatoire que le juge choisira de prononcer, sanction confiscatoire multiple ou non multiple. Tandis que la première constitue une sanction répressive, la seconde constitue une sanction normative, avons-nous conclu précédemment¹. La sanction confiscatoire non répressive ne requiert pas d'être enfermée dans un champ d'application légalement prévu. L'expérience des droits étrangers montre que la sanction purement confiscatoire peut résulter d'un texte légal, sans pour autant être assortie d'un champ d'application strict, il suffit qu'un profit indu soit constaté.

Il en est autrement de la sanction confiscatoire multiple. Tout d'abord, on notera qu'en censurant l'amende civile initialement prévue par le texte de *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, le Conseil constitutionnel a récemment rappelé que les exigences constitutionnelles sont renforcées en présence d'une sanction répressive². Ainsi, la faute assortie d'une sanction répressive, fut-elle civile, doit être définie avec des termes clairs et précis. Par ailleurs, nous citerons la recommandation 24 de la proposition du Sénat, laquelle réserve le prononcé des dommages et intérêts punitifs à certains contentieux, si l'on s'en réfère aux motifs de la loi, droit à l'image,

1. Voir *supra*, n° 301-303.

2. Cons. const., déc. n° 2017-750 DC, 23 mars 2017, csdt 4-13.

droit de la concurrence, droit de la propriété intellectuelle¹. Qu'en est-il en droit comparé ? Si certains systèmes juridiques encadrent rigoureusement le prononcé des dommages et intérêts punitifs en délimitant les contentieux, d'autres sont plus souples. Néanmoins, qu'il s'agisse des dommages et intérêts punitifs québécois, américains ou anglais, tous sont prévus dans des cas strictement limités par la loi. En droit québécois, ils sont encadrés par l'article 1621 du Code civil québécois selon lequel « l'octroi de tels dommages et intérêts ne peut intervenir que lorsque la loi le prévoit ». Parmi ces textes spéciaux, on citera notamment l'article 49 de la Charte des droits et des libertés qui envisage le prononcé des dommages et intérêts punitifs en cas « d'atteinte illicite et intentionnelle à un droit ou à une liberté reconnu par la Charte » et l'article 272 de la loi sur la protection du consommateur qui permet au juge de prononcer une telle mesure, à la demande du consommateur, en cas de manquement d'un professionnel à une obligation que lui impose ladite loi. En droit américain, les *punitive damages* sont prononcés dans trois types de contentieux: en matière de responsabilité pour dommages causés par des produits dangereux², en responsabilité contractuelle en cas de rupture du contrat³ et en *droit antitrust*⁴.

En revanche, le droit anglais est plus souple qu'il n'y paraît. Si les *exemplary damages* sont prononcés dans trois types de *tort*, on notera que les deux premiers cas d'application renvoient à des comportements non délimités, il s'agit des conduites « oppressives, arbitraires et inconstitutionnelles » commises par des agents du gouvernement, et des cas où « la conduite du défendeur avait pour but de lui rapporter un avantage supérieur à l'indemnisation à laquelle il aurait pu être condamné »⁵. Ce régime est plus clément dans la mesure où les deux premières situations renvoient à une infinité de comportements, comme le sous-entend la faute civile de droit commun.

L'expérience des droits étrangers montre que si la sanction privée confiscatoire multiple doit être prévue par un texte, nul besoin d'en définir strictement le champ d'application, dès lors que la faute pour laquelle elle est encourue est précisée. En outre, pour éviter une multiplication des textes chaque fois qu'un nouveau contentieux serait visité par la faute lucrative⁶, nous serions favorables à une disposition générale du Code civil qui réserverait le recours à la sanction

1. Proposition de loi portant réforme du droit de la responsabilité, *op. cit.*, p. 85.

2. *Affaire Grimshaw c/Ford motor co* (117 Cal. Repr 348 (Cal 1981) cité in Martins-Cota (J.), Souza Pargendler (M.), « Us et abus de la fonction punitive (dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien) », *RIDC* 2006-4, p. 1145-1184 : malgré l'avertissement de consommateurs de l'existence d'un défaut de fabrication dans le modèle de voiture, la Société Ford n'a procédé à aucune modification après avoir calculé que son montant serait supérieur à une éventuelle condamnation.

3. En cas de rupture contractuelle frauduleuse, préjudiciable ou de mauvaise foi « *bad faith breach* ». Exemple, refus abusif d'assureurs d'indemniser l'assuré, rupture d'un cocontractant qui cherche en outre à éviter toute responsabilité en déniait de mauvaise foi et sans cause valable l'existence du contrat.

4. Section 4 *Clayton Act*, 1914.

5. Voir *supra*, n° 248.

6. Viney (G.), « La condamnation de l'auteur d'une faute lucrative à restituer le profit illicite qu'il a retiré de cette faute », in *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, 2012, p. 949-963, spéc. p. 959 : « l'expérience prouve que de telles fautes [fautes lucratives] peuvent être caractérisées dans d'autres domaines, par exemple le droit du transport, la fabrication et la commercialisation de produits. Or l'utilité d'une condamnation à restituer le profit illicite est tout aussi évidente dans ces différentes situations ».

extra-compensatoire aux seuls cas de faute lucrative, à condition que celle-ci soit définie expressément dans le texte.

Enfin, les trois modalités que nous avons identifiées devront être spécifiées dans le texte¹, à savoir l'assiette, le plafond et l'affectation. Ce qui implique que les juges civils et consulaires devront d'une part quantifier le profit illicite et d'autre part, déterminer le bénéficiaire du dit profit.

PROPOSITION DE THÈSE :

Article 1240-1 alinéa 2 du Code civil « Lorsqu'un faute est commise de manière délibérée et en vue d'un profit illicite par son auteur, ce dernier doit être condamné à une sanction confiscatoire, dont le montant ne pourra dépasser trois fois celui du profit illicite ou celui du dommage et qui sera versée pour tout ou partie à la victime ou au Trésor public »².

On fera remarquer que ce texte est nécessaire pour habiliter le juge à prononcer une sanction confiscatoire multiple, dans la mesure où une telle sanction constitue une sanction « répressive ». *A contrario*, une sanction confiscatoire, non multiple, parce qu'elle constitue une simple sanction « normative » (ou non répressive) pourrait être prononcée en dehors de toute habilitation législative³.

312. **La sanction non monétaire et le principe de légalité.** Reste la question de savoir si les exigences déduites du principe de légalité s'imposent à toutes les sanctions non monétaires que nous avons préconisées, sanctions neutralisantes, stigmatisantes, etc.

Rappelons tout d'abord que le régime d'une infraction lucrative n'entraîne qu'une « adaptation » des sanctions prévues par le texte d'incrimination de l'infraction de référence. Si une peine d'emprisonnement est prévue à ce titre, la circonstance de *dol lucratif* n'entraînera qu'une aggravation de son *quantum* à mesure de l'ampleur du trouble social causé.

La question se pose donc surtout pour les interdictions professionnelle ou commerciale, pénale, para-pénale et civile ou commerciale. Doivent-elles toujours être prévues par un texte légal ? En droit pénal, lorsqu'une mesure de sûreté constitue une peine complémentaire elle doit être spécialement prévue par le texte d'incrimination⁴. Alors que si elle constitue une peine alternative à la peine principale, il suffit qu'elle soit prévue dans une disposition de portée générale⁵. On peut en déduire que la mesure de sûreté requiert l'existence d'une base textuelle, pas nécessairement reliée à une infraction déterminée. L'absence d'interdiction professionnelle en droit économique (pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence) pourrait donc être palliée par une disposition insé-

1. Voir *supra*, n° 255 et s.

2. Plusieurs modalités différencient notre sanction confiscatoire multiple de l'amende civile de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile. Nous voulions que la sanction confiscatoire puisse être demandée par la victime et lui profite en cas de concordance entre profit illicite et préjudice économique. Fournier-de Crouy (N.), *op. cit.*, n° 14 et s. Sur les autres modalités de l'amende civile commentées.

3. Voir *infra*, n° 455.

4. Desportes (F.), Le Gunehec (F.), *op. cit.*, n° 757, p. 721.

5. *Ibid.* n° 756, p. 720.

rée dans le livre IV « de la liberté des prix et de la concurrence », titre I « dispositions générales » prévoyant la possibilité de prononcer une « interdiction professionnelle » pour toute infraction audit livre ainsi qu'au cas de concurrence déloyale, renvoyant à l'article L. 653-2 du Code de commerce¹. S'agissant d'une mesure d'intérêt public, seul le ministère public pourrait la requérir, à moins qu'elle ne soit prononcée d'office par le juge civil ou commercial saisi².

PROPOSITION DE THÈSE :

Dans le titre IX^e « dispositions diverses » du livre IV « de la liberté des prix et de la concurrence » du code de commerce, insertion d'un second alinéa à l'article L. 490-2,

Article L. 490-2 alinéa 2 « La juridiction peut également condamner le dirigeant ou l'auteur, personne physique, d'un acte de concurrence déloyale ou de parasitisme, ou d'une violation d'une disposition du présent livre, à une interdiction professionnelle, civile ou commerciale, dans les termes de l'article L. 653-2 du présent code ».

B. Le principe de proportionnalité

313. ***Pour un effet dissuasif proportionné.*** La double sanction d'une faute lucrative ne doit ni être sur-dissuasive, ni sous-dissuasive, auxquels cas elle manquerait son objectif de dissuasion. Le principe de proportionnalité permettrait sans doute de définir le juste niveau de dissuasion. Dans un *arrêt Nunes et de Matos* du 8 juillet 1999³, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré que le législateur interne était à même d'adopter des sanctions propres à garantir la portée et l'efficacité du droit de l'Union européenne. Cette efficacité étant conditionnée par l'adoption de sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives »⁴. En d'autres termes, le principe de proportionnalité⁵ a vocation à s'appliquer au-delà du champ répressif, toutes les fois qu'un objectif de dissuasion est assigné à une règle.

1. Définissant la faillite personnelle applicable en droit des procédures collectives, Art. L. 653-2 C. com.

2. Voir *supra*, n° 307 et s.

3. CJCE, 8 juill. 1999, aff. C-186/98, *Nunes et de Matos* : Saisie d'une question portant sur la compétence d'un État membre pour sanctionner pénalement des comportements qui portent atteinte à des intérêts communautaires (de l'UE) et pour lesquels la réglementation ne prévoit qu'une sanction civile, la Cour a répondu en deux temps. Elle a tout d'abord rappelé que l'article 24 (ancien article 10 TCE) impose aux États membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit de l'UE. Puis, elle a expliqué que dans leur libre choix des sanctions, les États membres devaient veiller à ce que les violations du droit de l'UE soient sanctionnées, dans les mêmes conditions que celles applicables en cas de violation de disposition d'une nature et importance similaire en droit national, et qui « confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif ».

4. CJCE, *Nunes et de Matos*, *op. cit.*, csdt. 10-11 : référence à l'arrêt du 21 septembre 1989, *Commission/Grèce*, 68/88, Rec. p. 2965, point 24.

5. Allix (D.), « De la proportionnalité des peines », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer, L'Honnête Homme et le droit*, LGDJ, 2001, p. 1 à 9 : Dénué de toute assise textuelle, le principe de proportionnalité puise néanmoins sa valeur constitutionnelle de son corollaire, le principe de nécessité des peines consacré à l'article 8 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.

Pour déterminer le juste niveau de dissuasion, le principe de proportionnalité devra être entendu dans ses deux acceptions¹, une proportionnalité-efficacité (1) et une proportionnalité-limite (2).

1. Les critères de proportionnalité-efficacité de la double sanction

314. **Le dommage réalisé, critère de proportionnalité de la sanction non monétaire.** C'est en effet l'idée originelle véhiculée par le principe de proportionnalité, qui consiste en une « adéquation » entre le crime et le châtement. Elle apparaît pour la première fois dans les écrits de Montesquieu, il est le premier à affirmer que les sanctions doivent être proportionnées au crime². Reprise et développée par Beccaria, la proportion entre la peine et le crime sera l'idée maîtresse de son *Traité des délits et des peines* (1794). Le jeune auteur milanais explique qu'il « doit exister une proportion entre les délits et les peines ». Cette proportion revêt deux facettes, une intimidation suffisante, mais modérée³. Pour l'heure, retenons la première fonction de la proportionnalité, une sanction suffisante. À ce titre, il affirmait que « la vraie mesure des crimes est le tort qu'ils font à la nation, et non l'intention coupable »⁴. Ce qui revient à dire que « la vraie mesure du crime se trouve dans le dommage qu'il cause à la société »⁵. Les prémisses de la proportionnalité étaient posées. À ce titre, le Conseil constitutionnel veille à ce que le législateur édicte des sanctions nécessaires, en adéquation avec les faits. La sanction non monétaire d'une faute lucrative dépendra donc du résultat dommageable causé, du « tort causé à la société ».

La question du respect du principe de proportionnalité se pose avec plus d'acuité pour la sanction monétaire.

315. **Le profit, critère de proportionnalité de la sanction monétaire.** Afin de garantir une exacte proportionnalité entre la sanction et les faits, législateur européen et français préconisent ponctuellement de prendre en compte les profits et avantages tirés des manquements.

Dans sa définition du cadre communautaire relatif aux abus de marché, la directive dite abus de marché du 28 janvier 2003 énonça en son considérant 36 qu'« à cette fin [d'effectivité dans la réalisation des objectifs de la directive], les sanctions devraient être suffisamment dissuasives, proportionnées à la gravité de l'infraction et aux profits réalisés »⁵. À l'appui de cette recommandation, il

1. Bonis-Garçon (É.), Peltier (V.), *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 304 et s. : les auteures ont mis en exergue les deux rôles antagonistes du principe de proportionnalité, rôle de limite aux peines disproportionnées et un rôle de garantie d'efficacité de la peine.

2. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre VI, ch.16, cité in Pradel (J.), *Histoire des doctrines pénales*, *op. cit.*, p. 22-23 : « C'est un grand mal parmi nous, de faire subir la même peine à celui qui vole sur un grand chemin et à celui qui vole et assassine. Il est visible que pour la sûreté publique, il faudrait mettre quelque différence dans la peine ».

3. Beccaria (C.), *Des délits et des peines*, ouvrage traduit de l'italien de Beccaria, Paris, Marin et Gauthier, 1790, conclusion, p. 162 : « Pour que tout châtement ne soit pas un acte de violence exercé par un seul ou par plusieurs contre un citoyen, il doit essentiellement être public, prompt, nécessaire, proportionné au délit, dicté par les lois et le moins rigoureux possible dans les circonstances données ».

4. Beccaria (C.), *Des délits et des peines*, *op. cit.*, p. 22.

5. *Loc. cit.*

est spécifié que « cette proportionnalité serait une garantie de l'adéquation de la sanction aux faits, de sorte que la gravité de la peine soit à la hauteur de celle de l'acte réprimé, compte tenu de l'objectif du texte d'incrimination »¹. Notons de surcroît que le Conseil constitutionnel a récemment validé le principe d'une sanction exprimée en pourcentage du chiffre d'affaires de l'entreprise poursuivie, en niant tout caractère disproportionné d'une telle sanction, à propos des amendes instituées par la *loi Hamon*². Tout porte donc à croire qu'une amende prenant en compte le surprofit d'une infraction, modalité préconisée par la théorie économique³, serait conforme au principe de proportionnalité. Utiliser le surprofit comme montant de base ou assiette a précisément pour objectif de proportionner l'un à l'autre et de garantir ce faisant une adéquation entre le revenu du crime et la sanction.

En revanche, l'adjonction d'un coefficient multiplicateur au surprofit a pour effet de rompre cette proportionnalité, ce qui compromet le second sens du principe de proportionnalité.

2. Les critères de proportionnalité-limite de la double sanction

316. **La corrélation entre la sanction et la faute.** Limite, c'est le second rôle reconnu au principe de proportionnalité. Ce dernier commande au législateur « dans l'échelle des peines, de doser la sévérité de la sanction en fonction de la gravité de l'infraction »⁴. Relevons deux manifestations de ce principe-limite.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, cette lecture du principe de proportionnalité lui permet de vérifier la légitimité de l'ingérence des États dans l'exercice d'un des droits proclamés par le texte européen. Cette lecture a été consacrée dans un arrêt du 8 juillet 1999 *Baskaya et Okcuoglu c/Turquie*⁵. Relevant que « la nature et la lourdeur des peines infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence aux buts qu'elle poursuit », la Cour a conclu que la condamnation et la peine infligées aux requérants se révélaient disproportionnées aux buts poursuivis et donc « non nécessaires dans une société démocratique »⁶. Ce faisant, le principe de proportionnalité opère comme une limite à la répression.

Le Conseil constitutionnel, quant à lui, se contente de vérifier l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine, afin de ne pas substituer son appréciation à celle du législateur. C'est en effet ce qu'il rappelle à l'occasion des contrôles *a priori* de constitutionnalité des lois créant de nouvelles sanctions⁷.

5 bis. Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché).

1. *Loc. cit.*

2. Cons. const., 13 mars 2014, déc. n° 2014-690 DC, *Loi relative à la consommation*, csdt. 86.

3. Voir *supra*, n° 226.

4. Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V « proportionnalité ».

5. CEDH, 8 juill. 1999, n° 23536/94 et n° 24408/94, *Baskaya et Okcuoglu c/Turquie*. Des professeurs d'université s'étaient vus infliger des sanctions suite à la publication de leur ouvrage auquel les autorités publiques reprochaient des idées de renversement du pouvoir et ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme d'une requête en violation de l'article 10 CESDH protégeant la liberté d'expression.

6. CEDH, *Baskaya et Okcuoglu c/Turquie*, *op. cit.*, csdt. 61.

7. Cons. const. 4 décembre 2013, déc. n° 2013-679 DC, *Loi no 2013-1117 relative à la lutte contre*

Si bien que les censures se font rares. Les sages ont toutefois décelé une disproportion dans les amendes créées par la loi relative à la grande délinquance du 4 décembre 2013 dans la mesure où il n'existait aucun lien entre la faute et le profit illicite servant de base au calcul de l'amende encourue¹.

Enfin, les juges judiciaires veillent également à la proportionnalité des sanctions prononcées. Nous citerons l'exemple d'une sanction civile du droit des procédures collectives qui nous intéresse en raison de son effet aggravateur de responsabilité civile, l'action en responsabilité civile pour insuffisance d'actif². Laissée à la liberté souveraine d'appréciation du juge, la fixation de son *quantum* peut être totale ou partielle. La réparation peut donc être totale quand bien même la faute n'aurait contribué que partiellement à la réalisation du préjudice. Cette liberté a été critiquée par la doctrine eu égard au principe de proportionnalité. Madame Mascala dénonce depuis longtemps le fait qu'en la matière « la sanction n'est pas proportionnée à la faute commise » et que la méconnaissance de ce principe général du droit « pourrait fonder un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme »³. Ce qui a finalement été entendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation puisqu'elle contrôle désormais la proportionnalité de la sanction indemnitaire mise à charge du dirigeant eu égard notamment à la corrélation entre ses fautes de gestion et le préjudice d'insuffisance d'actif⁴.

Un autre critère pourrait prémunir la sanction monétaire de toute disproportion, la prise en compte des capacités contributives.

317. **Les capacités contributives.** En droit pénal, ce critère est généralement pris en compte au stade de l'individualisation de la peine d'amende. En droit des pratiques anticoncurrentielles, ce critère est spécifié dans les communiqués de sanction de l'autorité de régulation française⁵ et européenne⁶. La « capacité ou incapacité contributive » des entreprises poursuivies est donc prise en compte, au titre des ajustements finaux, à condition pour elle d'en apporter la preuve⁷. L'autorité a même été plus loin dans l'affaire des commissions interbancaires,

la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière du 6 décembre 2013, spéc. csdt. 9 : « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, que, si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue ».

1. *Ibid.* csdt. 10, à propos de l'article 3 de la loi n° 2013-1117 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière du 6 décembre 2013 : le critère de fixation du montant maximum de la peine encourue a été jugé contraire au principe de proportionnalité au motif qu'il ne « dépend pas du lien entre l'infraction à laquelle il s'applique et le chiffre d'affaires ».

2. Sanction pécuniaire prononcée contre un dirigeant fautif, qui a pour objet de condamner ce dernier à réparer le « préjudice d'insuffisance d'actif qui apparaît à l'occasion de la procédure collective » causé aux créanciers de la personne morale, par ses fautes de gestion (type, détournement de clientèle, poursuite d'exploitation déficitaire, reprise d'activité dans des conditions imprudentes, gestion anarchique, banqueroute).

3. Mascala (C.), « Les sanctions applicables aux dirigeants », *LPA* 6 sept, 2000, p. 50.

4. Cass. com. 15 décembre 2009, n° 08-21906, *Rev. sociétés*, 2010.256, note N. Morelli : « si le montant de la condamnation prononcée relève de l'appréciation des juges du fond dès lors qu'il n'excède pas l'insuffisance d'actif, il importe lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif sont retenues, que chacune d'entre elles soit légalement justifiée ».

5. Communiqué du 16 mai 2011, n° 62 et s., p. 14.

6. Lignes directrices pour le calcul des amendes, préc. § 35 « circonstances exceptionnelles ».

7. Communiqué du 16 mai 2011, *ibid.*

en retenant non pas le chiffre d'affaires, mais le produit brut bancaire des entreprises mises en cause, pour déterminer le montant de base de la sanction pécuniaire. Elle a en effet considéré que cet élément reflétait davantage la faculté contributive des banques eu égard à la spécificité du secteur¹. De même dans le cadre de son contrôle de proportionnalité des sanctions, la Cour d'appel de Paris a réduit le montant de l'amende prononcée dans l'*affaire des Monuments historiques*, au motif que la situation individuelle de l'entreprise devait être prise en compte, et ce, particulièrement lorsque les difficultés individuelles auxquelles elle est confrontée affectent sa capacité contributive².

En droit de la responsabilité civile, les facultés contributives étant prises en compte pour le calcul des dommages et intérêts compensatoires, il devrait en être de même pour les dommages et intérêts extra-compensatoires. Dans les développements relatifs à la réparation expiation pécuniaire, Madame Grare-Didier souleva à raison deux critères d'évaluation de celle-ci, la gravité de l'acte et la situation financière du fautif³.

Enfin, il existe d'autres bornes à la sanction. À l'instar de son corollaire, le principe de proportionnalité, le principe *non bis in idem* a pour effet de limiter le *quantum* de la peine prononcée. Appliquée à la sanction d'une faute lucrative, il en découle une interdiction de sanctionner plusieurs fois le profit illicite d'une même faute.

§ 2 - LES GARANTIES TENANT AU PRONONCÉ DE LA SANCTION DISSUASIVE

Annnonce. Le test de la conformité des sanctions avec l'ordre juridique se poursuivra au moment de leur prononcé. Ce qui impliquera pour le juge de vérifier le respect du principe de non-cumul (A) et une exigence particulière de motivation (B).

A. Principe *non bis in idem*, limite au cumul de sanctions

318. **Définition.** Dédit des principes de nécessité et de proportionnalité des peines, le principe *non bis in idem* jouit d'une assise constitutionnelle⁴, conventionnelle⁵ et légale^{5 bis}. En substance, ce principe interdit que des sanc-

1. Déc. Aut. conc, n° 10-D-28, 20 sept. 2010, relative aux tarifs et au conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, csdt. 751, p. 137 : « Dans ces conditions, le montant de base de la sanction sera assis sur deux éléments, à savoir, d'une part, la part de marché de chaque banque sur le marché de l'émission et de la remise de chèques et, d'autre part, le produit net bancaire réalisé par chaque banque sur le seul territoire national. Le premier élément permet de tenir compte de la position spécifique de chaque banque sur le marché affecté. Le second élément permet de tenir compte de la taille et de la puissance économique de chaque banque et, partant, de ses capacités contributives ».

2. CA Paris, 11 oct. 2011, n° RG 2011/03298, p. 72-73.

3. Grare-Didier (C.), *op. cit.*, n° 498, p. 374.

4. Cons. const., 12 janvier 2002, déc. n° 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale*, § 85 : « en vertu de l'article 8 de la DDHC, la loi ne doit établir que des peines strictement nécessaires et évidemment nécessaires, le principe de proportionnalité qui en découle implique que lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum le plus élevé ».

5. Art. 4 du protocole n° 7 additionnel à la *Convention européenne de sauvegarde des droits de*

tions répressives de « même nature » soient prononcées contre une même personne pour des mêmes faits, commis sur un même territoire¹.

Précisons d'ores et déjà que la « nature » des sanctions non cumulables fait référence à l'effet produit sur le condamné, peine patrimoniale (amende), peine privative de liberté (emprisonnement), peine privative de droit. Si les peines de chaque catégorie peuvent se cumuler, elles ne peuvent s'additionner de manière illimitée au sein de chaque catégorie². Par conséquent, l'auteur d'une faute lucrative peut encourir une sanction monétaire et non monétaire, conformément au principe de non-cumul. En revanche, il ne peut se voir condamné à plusieurs sanctions monétaires « répressives » ni à plusieurs sanctions non monétaires « de même nature » « répressives ». On mesure l'importance et l'enjeu de la qualification d'une sanction de répressive ou non.

319. *L'enjeu du principe non bis in idem en cas de faute lucrative.* En cas de faute lucrative, l'application de ce principe soulève un enjeu singulier, dans un sens, son application pourrait empêcher la confiscation de surprofits multiples, dans un autre, son inapplication pourrait entraîner la double sanction d'un même surprofit. Il conviendra donc de résoudre ces difficultés dans chacune des trois hypothèses qui les soulèvent, en cas de faute lucrative de masse (1), en cas de faute lucrative susceptible de plusieurs qualifications (2) et en cas de faute lucrative susceptible de plusieurs sanctions (3).

1. *L'hypothèse de la faute lucrative de masse*

320. *Application d'un coefficient multiplicateur pour une multitude de surprofits.* Nous avons vu que certaines fautes lucratives étaient vouées à se répandre, notamment lorsqu'elles sont véhiculées par un contrat type (tromperie, contrefaçon, déséquilibre significatif). Dans ce cas, le profit retiré par l'auteur est égal à la somme des micro-profits résultant de la signature de chaque contrat. Comme le fait observer Madame Carval, « l'industriel qui a commis plusieurs actes de contrefaçon doit pouvoir être sanctionné pour chacun d'entre eux, sans quoi d'ailleurs, s'agissant de fautes lucratives, la peine privée perdrait tout son effet dissuasif »³. Pourtant, même s'il y a pluralité de fautes punissables semblables, le principe *non bis in idem* interdit le prononcé de plusieurs sanctions de même nature à l'encontre du même auteur⁴. Or, si une seule sanction monétaire non proportionnelle ne suffit pas à confisquer tout le profit, une seule sanction monétaire proportionnelle pourrait suffire. En effet, nous avons sug-

l'homme et du citoyen et des droits fondamentaux, « Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois, 1. Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État ».

5 bis. Art. 132-3 C.P.

1. Le principe *non bis in idem* ne s'applique qu'à l'intérieur d'un même pays, voir application en droit de la concurrence : TPICE, 9 juill. 2003 (4 arrêts), aff. T-224/00 et a, *cartel de la Lysine*, ADM, confirmé par CJCE, 18 mai 2006, aff. C-397/03, *P. Archer Daniel Miolland et a. c/Commission*.

2. Sauf exception, les contraventions sont cumulables : art. 132-7 C.P.

3. Carval (S.), *op. cit.*, n° 330, p. 373.

4. La seule exception est admise en matière contraventionnelle, art. 132-7 C.P.

géré au titre des modalités d'efficience de la sanction monétaire proportionnelle que celle-ci soit assortie d'un coefficient multiplicateur pouvant correspondre au nombre de victimes en cas de faute lucrative de masse¹. Cette solution étant applicable aussi bien aux sanctions répressives que non répressives.

Par conséquent, en présence d'une faute lucrative de masse, l'application d'un coefficient multiplicateur égal au nombre de contrats conclus a pour unique objectif de saisir tous les micro-profits. Son absence laisserait subsister un surprofit. Aussi, un tel coefficient multiplicateur ne semble-t-il pas contraire au principe de *non bis in idem*.

Un tel raisonnement est-il transposable à la sanction non monétaire encourue par ces fautes lucratives de masse ?

321. ***Application du maximum légal pour une prise de risque répétée.*** Comme pour les sanctions monétaires, le principe *non bis in idem* interdit le cumul de sanctions de même nature (ici, non monétaires) pour une même faute punissable commise plusieurs fois.

Mais encore faut-il qu'elles soient répressives. Or, rappelons que certaines sanctions, telles que les mesures de sûreté, ne sont pas à proprement parler des *peines* au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En théorie, on pourrait donc admettre le cumul de sanctions non monétaires non répressives (interdiction professionnelle). Ce cumul aurait pour effet d'allonger la durée de ladite sanction.

En revanche, le cumul de sanctions non monétaires répressives (emprisonnement) lui est interdit. Que penser alors de l'adjonction d'un coefficient multiplicateur fonction du nombre de victimes à une peine d'emprisonnement de trois ans ? Autant, cette modalité semble tout à fait adaptée à la sanction monétaire proportionnelle au profit puisque l'effet dissuasif de celle-ci requiert au moins la confiscation de l'entier surprofit. Autant, concernant une sanction non monétaire, l'effet dissuasif ne se mesure pas avec une telle exactitude mathématique. Ladite sanction ne doit pas risquer d'être sous-dissuasive, ni sur-dissuasive. Elle doit toutefois représenter un risque suffisamment dissuasif pour l'auteur. Ce que nous pouvons préconiser en cas de *dol lucratif* ou de faute lucrative civile de masse, c'est que dans son pouvoir d'individualisation de la peine et/ou dans son pouvoir souverain d'appréciation, juge pénal et/ou juge civil appliquent le maximum légal des sanctions non monétaires.

2. *L'hypothèse d'une faute lucrative susceptible de plusieurs qualifications*

322. ***Le cumul possible de sanctions répressives et non répressives.*** Lorsqu'une faute lucrative constitue une infraction, elle est susceptible de constituer une faute civile² et peut donner lieu au prononcé d'une sanction civile en plus de la sanction répressive.

1. Voir *supra*, n° 291.

2. Sur champ de l'unité des fautes pénale et civile, art. 4-1 C.P.P. exclut les fautes non intentionnelles. Sur identité des fautes concurrentielles (constatées par une décision non susceptible de recours) et civiles, voir art. L. 481-2 C. com.

Le principe de non-cumul s'applique aux sanctions répressives. *A contrario*, pour l'heure rien n'interdit le cumul de sanctions répressives et non répressives¹. Ainsi, les sanctions encourues au titre de l'infraction et celles encourues au titre de la faute civile se cumulent de manière illimitée, tant que les secondes n'outrepassent pas leur fonction indemnitaire ou normative. Mais le prononcé des secondes implique chez le juge civil une prise en compte des premières, au risque de compromettre les principes de proportionnalité et de nécessité auxquels il est soumis. Ce qui explique sans doute que dans le contentieux du déséquilibre significatif, en droit des pratiques restrictives de concurrence, les juges du fond ne recourent pas à l'amende proportionnelle au surprofit, lorsqu'ils prononcent une mesure de répétition de l'indu². Tant que l'amende civile n'atteindra pas le triple du montant de l'indu restitué, ces deux sanctions semblent être utilisées à des fins différentes, la première pour confisquer l'indu et retirer le caractère lucratif aux pratiques commerciales déloyales, la seconde pour « punir » l'entreprise fautive. Un tel usage des sanctions monétaires en la matière n'entraîne pas une double condamnation du surprofit.

Par conséquent, et quand bien même elles seraient cumulables sous réserve de la qualification de sanction non répressive de la seconde, le prononcé préalable d'une amende proportionnelle au profit rendrait sans intérêt le prononcé de dommages et intérêts confiscatoires par le juge civil. À moins qu'il ne soit démontré l'existence d'un reliquat de profit illicite, auquel cas l'amende proportionnelle au profit et confiscation du surprofit pourraient se cumuler. Le même raisonnement est à adopter en présence de sanctions non monétaires non répressives, les mesures de sûreté pouvant se cumuler dans la limite du principe de nécessité.

En revanche, si la sanction civile côtoie une fonction punitive, à l'instar d'une *peine privée* ou d'une *peine semi-privée*, la question est différente puisqu'il s'agira d'une hypothèse de cumul de sanctions répressives, pénale et para-pénale.

323. Le cumul des sanctions répressives en question. Le cumul de sanctions répressives vise deux hypothèses de faute lucrative : dans la première, la faute lucrative fait l'objet de deux incriminations pénale et para-pénale³, dans la seconde, la faute lucrative constitue un délit civil assorti d'une amende civile et une infraction assortie d'une amende pénale ou administrative⁴. Ainsi, l'auteur peut théoriquement encourir plusieurs sanctions monétaires répressives. On se demandera alors si ces sanctions peuvent se cumuler.

Pour l'heure, la seule réponse dépourvue d'ambiguïté concerne la matière pénale au sens formel. Ainsi la chambre criminelle rappelle que « l'interdiction d'une double condamnation en raison des mêmes faits ne s'applique qu'aux

1. Cass. crim. 10 janvier 2017, n° 15-85.519 : la chambre criminelle rappelle que le principe *non bis in idem* n'interdit pas le prononcé de sanctions disciplinaires parallèlement aux sanctions infligées par le juge répressif.

2. Voir notamment : CA Versailles 29 octobre 2009, n° 08/07357, *SA coopération d'achats de centres Y c/Ministre de l'Économie*, qui prononce une condamnation à une amende civile de 500 000 € et à la répétition de l'indu s'élevant à 23 millions d'euros.

3. Fraude fiscale, abus de marché.

4. Atteinte à la vie privée : art. 226-1 C.P. et article 1266-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile.

infractions relevant des tribunaux statuant en matière pénale »¹. Ainsi en droit pénal, lorsqu'un concours idéal de qualification se présente, l'article 132-3 du d-dit code dispose qu'« il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé ». Le maximum légal le plus élevé absorbe donc les autres peines de même nature.

Qu'en est-il du cumul entre sanctions pénale et para-pénale ? Le concours de compétence entre juridiction pénale et autorité de régulation en matière d'abus de marché et en matière de fraude fiscale a nourri une jurisprudence contrastée quant à l'application du principe *non bis in idem*². En matière de fraude fiscale tout d'abord, de jurisprudence constante, les sanctions pénales et les pénalités fiscales applicables aux faits de fraude fiscale se cumulent³, et ce conformément à l'article 1741 du C.G.I. lequel énonce que les peines prévues par ce texte sont encourues « indépendamment des sanctions fiscales applicables ».

En matière d'abus de marché, pendant longtemps la chambre criminelle a jugé que le principe *non bis in idem* n'interdisait pas un cumul des poursuites devant le juge pénal et devant une autorité de régulation⁴. En effet, l'article L. 621-16 ancien du C.M.F. consacrait la subsidiarité de la répression pénale à l'égard de la répression administrative, ce qui concrètement permettait le prononcé successif d'une amende administrative et d'une amende pénale. Et quand bien même un individu était condamné à une sanction pécuniaire par la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers et à une amende pénale pour des mêmes faits de manipulation de cours, la chambre criminelle considérait qu'un tel cumul n'était pas contraire au principe *non bis in idem*, dans la mesure où ce cumul était justifié par un objectif communautaire de dissuasion⁵. Mais bientôt cette solution française s'est heurtée à une conception européenne différente du *principe de non cumul*.

320. Conception européenne du cumul. Tout d'abord, par un arrêt du 26 février 2013, la Cour de justice de l'Union européenne a alerté les États membres sur ce point en rappelant qu'en vertu du principe *non bis in idem*, un État ne pouvait imposer une double sanction (fiscale et pénale encourue en matière de fraude fiscale) pour les mêmes faits qu'à la condition que la première sanction ne revête pas un caractère pénal⁶. En d'autres termes, le cumul ne serait

1. Cass. crim., 7 septembre 2004, n° 04-80010, *JurisData* n° 2004-025056, *RSC* 2005.69, note E. Fortis : « l'interdiction d'une double condamnation en raison des mêmes faits ne s'applique qu'aux infractions relevant des tribunaux statuant en matière pénale et ne fait pas obstacle au prononcé de mesures disciplinaires parallèlement aux sanctions pénales ».

2. Voir sur ce thème concernant les abus de marché financiers : Stasiak (F.), *Droit pénal des affaires*, LGDJ, 2^e éd. 2009, p. 313.

3. Cass. crim., 16 janvier 2002, n° 01-83.782.

4. Cass. crim. 1^{er} mars 2000, n° 99-86299 ; Cass. crim. 22 janvier 2014, *Bull. crim.* n° 22.

5. Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579, *JurisData* n° 2014-000571, *Dr. pén.* 2014, comm. 67, note É. Bonis-Garçon : la chambre criminelle rejette le pourvoi sur le fondement de l'article 50 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* et conclut au respect du principe susvisé. Elle admet même que le cumul de sanctions « garantit la sanction effective, proportionnée et dissuasive, au sens de l'article 14-1 de la directive n° 2003/6/CE du 28 janvier 2003 » relative aux abus de marché.

6. CJUE, 26 février 2013, *Aklagaren C. Hans Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, spéc. csdt. 34 : « Ce n'est que lorsque la sanction fiscale revêt un caractère pénal, au sens de l'article 50 de la Charte [des droits fondamentaux de l'Union européenne], et est devenue définitive que ladite disposition s'oppose à ce que des poursuites pénales pour les mêmes faits soient diligentées contre une même personne ».

possible qu'entre sanction répressive et non répressive. Ce qui implique pour les juges nationaux de « rechercher si la condamnation prononcée par l'Autorité des marchés financiers est susceptible de constituer un jugement pénal au sens de cette disposition [article 50 de la *Charte des droits fondamentaux*] »¹. Par conséquent, « lorsque la sanction fiscale revêt un caractère pénal au sens de l'article 50 de la Charte, et est devenue définitive, ladite disposition s'oppose à ce que des poursuites pénales pour les mêmes faits soient diligentées contre une même personne »².

Puis la Cour européenne des droits de l'homme, par une décision du 4 mars 2014 a jugé que la poursuite de faits de manipulation de marché à la fois devant le superviseur italien et devant les juridictions pénales portait atteinte au principe *non bis in idem* mentionné à l'article 4 du protocole n° 7 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, lequel interdit de « poursuivre ou de juger une personne pour une seconde infraction pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes »³.

C'est donc dans le sillage de cette jurisprudence que s'inscrit le revirement du Conseil constitutionnel à propos du cumul de sanctions en matière d'abus de marché.

324. ***Le cumul « sous condition » de sanctions répressives.*** Inévitablement, le Conseil des sages a dû réactualiser sa conception du cumul de sanctions et contraint le législateur à réformer le système de répression notamment en matière d'abus de marché.

Prenant acte de la jurisprudence *Grande Stevens* des juges européens, le Conseil constitutionnel est revenu sur sa position en matière d'abus de marché dans une décision du 18 mars 2015. Il a jugé que si le principe de nécessité des délits et des peines énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne faisait pas obstacle à ce que des mêmes faits puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanction de nature différentes, les sanctions du délit d'initié et du manquement d'initié ne pouvaient être regardées comme de nature différente et méconnaissaient de ce fait le principe de nécessité des délits et des peines^{4,5}, et ce pour quatre raisons. D'une part, les textes d'incrimination visent des faits répréhensibles identiques, d'autre part ils ont tous vocation à protéger des intérêts sociaux identiques (l'épargne investie, les investisseurs), par ailleurs, les sanctions pécuniaires encourues sont de même nature (répressive) et enfin, elles sont prononcées contre les auteurs par

1. Cass. crim. 22 janvier 2014, n° 12-83579, *JurisData* n° 2014-000571, *Dr. pén.* 2014, comm. 67, note É. Bonis-Garçon.

2. CJCE, 28 sept. 2006, aff. C-467/04, *Gasparini et a.* et aff. C-150/05. CJUE, 4^e ch., 5 avril 2017, aff. C-217/15, *Massimo Orsi* et aff. C-350-15 : en revanche, l'article 50 de la charte n'interdit pas le cumul de sanction fiscale et pénale pour les mêmes faits si l'une est infligée à la personne morale et l'autre à une personne physique.

3. CEDH, 4 mars 2014, n°s 18640/10, 1847/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, *Grande Stevens et a. c/Italie*, spéc. n° 227.

4. Cons. constit., 18 mars 2015, déc. n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, *M. John L. et autres* : à propos du cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié, le conseil a considéré que le d'initié et le manquement d'initié, ainsi que leurs sanctions étaient de même nature. Aussi, les articles L. 465-1 et L. 621-15 du C.M.F. méconnaissent le principe de nécessité des peines.

5. Cette interprétation sera étendue à la diffusion d'informations fausses ou trompeuses : Cons. Const., 30 septembre 2016, n° 2016-572, QPC.

le même ordre de juridiction. En d'autres termes, l'interdiction de cumul de sanctions répressives est soumise à quatre conditions cumulatives. Il suffit que l'une d'elles ne soit pas remplie pour que le cumul soit autorisé. Cette interprétation sera d'ailleurs confirmée par une décision du 14 janvier 2016, dans laquelle le Conseil constitutionnel juge cette fois que les sanctions administratives prévues à l'article L. 621-15 C.M.F. (dans sa version issue de la loi n°2006-1770 du 30 décembre 2006) et les sanctions pénales de l'article L. 465-1 du même code étant de « nature différente », leur cumul n'étaient pas contraire au principe de nécessité des délits et des peines¹. Dans sa décision du 18 mars 2015, le Conseil des Sages a donc déclaré les articles L. 465-1 et L. 621-15 du C.M.F. contraires à la Constitution et a reporté leur date d'abrogation au 1^{er} septembre 2016. Le législateur est donc intervenu pour réformer le système de répression des abus de marché par une loi n° 2016-819 du 21 juin 2016. Si le double arsenal répressif est maintenu, l'unicité des poursuites garantit désormais la conformité du système de répression des abus de marché au principe de non cumul. Celle-ci est inscrite à l'article L. 465-3-6 C.M.F, lequel met en place une articulation des procédures administrative et pénale reposant sur une communication mutuelle de la décision de poursuivre entre l'AMF et le parquet.

En ce qui concerne le système de répression de la fraude fiscale, le Conseil constitutionnel considérait jusqu'alors le cumul d'une sanction administrative ou fiscale avec une sanction pénale conforme au principe de proportionnalité dès lors que le montant global des sanctions prononcées ne dépassait pas le maximum légal le plus élevé de l'une des sanctions^{2, 3}. Dans une décision du 24 juin 2016, le Conseil des sages saisi de deux questions prioritaires de constitutionnalité a jugé conforme au principe de nécessité des peines l'application combinée des articles 1729 et 1741 du *Code général des impôts*⁴, sous deux réserves. Tout d'abord, il rappelle que ces deux textes poursuivent la même finalité « protéger les intérêts financiers de l'État » et l'égalité devant l'impôt et une même finalité répressive et dissuasive. En d'autres termes, la lutte contre la fraude fiscale justifie cette application combinée des dispositions contestées. Ce faisant, elles ne peuvent être regardées comme menant à des poursuites différentes. Puis, il émet deux réserves d'interprétation. D'une part, le principe de nécessité des délits et des peines impose que les sanctions pénales ne s'appliquent qu'aux cas les plus graves de dissimulation frauduleuse (donc volontaire) de sommes soumises à l'impôt. En l'espèce, la condamnation pénale intervient à l'égard d'un contribuable déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle définitive pour un « motif de fond »⁵. D'autre part, le cumul de ces sanctions est conforme au principe de proportionnalité si le montant global des sanctions prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.

1. Cons. const., 14 janvier 2016, n° 2015-513/514/526 QPC.

2. Cons. const. n°97-395 DC du 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*.

3. Solution réaffirmée en droit de la concurrence : Cons. Const., 13 mars 2014, n° 2014-344, DC, relative à la Loi du 17 mars 2014, dite *loi Hamon*.

4. Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC, *Alec W. et a.*

5. Sur la réserve d'interprétation, voir : Cass. crim., 22 févr. 2017, n° 16-82.047, FS-P+B : *JurisData* n° 2017-002955 : la chambre criminelle juge que cette réserve d'interprétation ne s'applique qu'à une poursuite pénale exercée pour des faits de dissimulation volontaire d'une partie des sommes assujetties à l'impôt et non d'omission volontaire de faire une déclaration dans les délais prescrits.

Cette position sera confirmée dans une décision du 22 juillet 2016¹, à propos d'un mécanisme de double poursuite pour des mêmes faits, devant la cour de discipline budgétaire et devant le juge pénal. Le conseil rappelle d'une part que le cumul de poursuites et de sanctions doit respecter le principe de nécessité des délits et des peines, lequel implique « qu'une même personne ne puisse faire l'objet de poursuites différentes conduisant à des sanctions de même nature pour les mêmes faits, en application de corps de règles protégeant les mêmes intérêts sociaux » (csdt. 7). D'autre part, si plusieurs sanctions sont prononcées pour un même fait, le principe de proportionnalité implique que « le montant global des sanctions prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ». Le conseil ajoute qu'il « appartient donc aux autorités juridictionnelles compétentes de veiller au respect de cette exigence et de tenir compte, lorsqu'elles se prononcent, des sanctions de même nature antérieurement infligées » (csdt. 8).

Que faut-il en déduire ?

325. ***Le cumul limité de sanctions confiscatoires en cas de faute lucrative.*** Si l'on fait la synthèse de la jurisprudence constitutionnelle, le cumul de sanctions répressives d'un même fait de faute lucrative pourrait être licite à condition que le cumul de poursuites soit conforme au principe de nécessité des délits et des peines et que le cumul des sanctions soit conforme au principe de proportionnalité des peines. Pour satisfaire la première réserve d'interprétation, il faudrait que les sanctions prononcées soient de nature différente ou que les textes d'incrimination protègent des intérêts sociaux différents.

Tout d'abord, dans le droit positif rares sont les amendes proportionnelles au profit illicite (les cas sont marginaux). Rares sont donc les sanctions confiscatoires. À l'inverse, nombreuses sont les amendes à plafond fixe. On pourrait donc facilement admettre qu'une amende à plafond fixe et une amende proportionnelle ne poursuivent pas exactement la même finalité de répression ou ne protègent pas les mêmes intérêts sociaux, car l'une est confiscatoire et l'autre non. Les sanctions étant de nature différente, les poursuites pourraient donc se voir cumuler pour des mêmes faits de faute lucrative. En outre, pour l'heure, seul l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile vise expressément la faute lucrative. Cette définition est inédite, aucun autre texte de droit spécial n'en donne une telle définition quand bien même il le viserait indirectement, *via* l'existence d'une sanction pécuniaire proportionnelle au profit illicite (ou au chiffre d'affaires). Par conséquent, il pourrait être admis que les textes poursuivant des intérêts sociaux différents, justifient des poursuites différentes qui puissent être cumulées. Par conséquent, le cumul de poursuites donnant lieu au prononcé d'une amende à plafond fixe et d'une amende confiscatoire pour des mêmes faits de faute lucrative pourrait être jugé conforme au principe de nécessité des délits et des peines.

Qu'en est-il du cumul de sanctions répressives confiscatoires ? Si une faute lucrative est incriminé par deux textes prévoyant chacun le prononcé d'une amende confiscatoire^{1 bis}, le cumul de poursuites pourrait être autorisé s'il s'agit

1. Cons. const., 22 juil. 2016, n° 2016-556 QPC : *JurisData* n° 2016-014548.

d'une faute lucrative particulièrement grave (voir réserve d'interprétation émise spécialement par la jurisprudence constitutionnelle en matière de fraude fiscale). Dans ce cas, le cumul de sanctions devra satisfaire le principe de proportionnalité des peines ce qui implique que les seconds juges prennent en compte le gain illicite déjà confisqué par la première amende confiscatoire. Une telle solution nous pourrait tout à fait équilibrée.

Synthèse. Nous préconisons que le surprofit d'une même faute lucrative ne puisse faire l'objet de deux sanctions répressives confiscatoires sauf si la seconde sanction a pour but de compléter la première dans le cas où un profit subsisterait.

3. *L'hypothèse d'une faute lucrative provoquant un dommage plurilocalisé*

326. **La dissémination du surprofit, facteur de cumul de sanctions.** C'est enfin l'hypothèse dans laquelle une faute lucrative est commise sur plusieurs territoires. L'auteur d'une faute lucrative cherche alors à optimiser son gain illicite, ce qui le conduit à internationaliser son activité illicite. Or, si elle s'internationalise pour générer des profits sur un maximum de territoires, l'activité illicite provoque inéluctablement et dans le même temps des dommages éparpillés sur tout ou partie des territoires marqués de sa présence.

Le principe *non bis in idem* ne s'appliquant qu'à l'intérieur d'un même État, une même faute lucrative peut faire l'objet de plusieurs condamnations nationales¹, le principe *non bis in idem* ne devant pas « entraver la souveraineté des États »². Grand est alors le risque qu'un même profit illicite ou du moins une partie de ce dernier soit sanctionné(e) plusieurs fois.

Une telle solution heurterait l'universalisme des droits de l'homme, puisque l'article 50 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* dispose « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif ».

Pour éviter le prononcé d'une sanction « disproportionnée » à l'encontre de l'auteur d'une faute lucrative, deux solutions seraient envisageables, soit le prononcé d'une sanction confiscatoire extraterritoriale soit le prononcé cumulé de sanctions confiscatoires territoriales à la lumière d'un principe de reconnaissance mutuelle.

1 *bis*. Par exemple un cartel donnerait lieu au prononcé d'une amende proportionnelle de l'autorité de la concurrence et pourrait éventuellement donner lieu au prononcé d'une amende civile sur le fondement de l'article 1266-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile dans le cadre du contentieux privé consécutif (s'il s'avère qu'un reliquat de gain illicite n'a pas été confisqué par l'amende administrative).

1. Cass. crim., 17 mars 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 44 : La Cour de cassation considère « qu'aucune disposition de droit interne n'interdit de poursuivre devant les juridictions françaises, un étranger condamné, dans son pays, pour un crime ou un délit commis sur le territoire de la République française ». Cass. crim. 26 septembre 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 224 : Selon elle l'exception de chose jugée prévue aux articles 113-9 du Code pénal et 692 du Code de procédure pénale ne saurait faire obstacle à l'exercice des poursuites exercées sur le fondement de la compétence territoriale française » cités *in* Desportes (F.), Le Guehec (F.), *op. cit.*, n° 1821, p. 1226.

2. *Loc. cit.*

327. **Le prononcé d'une sanction confiscatoire extraterritoriale.** Prenons l'exemple du droit de la concurrence. La décentralisation dans l'application des règles communautaires du droit de la concurrence opéré par le règlement 1/2003 génère des hypothèses de concours de compétence, entre autorité du réseau de concurrence d'une part et entre autorité nationale et Commission européenne d'autre part. Il en résulte la possibilité de poursuites parallèles et le cas échéant, des condamnations parallèles dans la limite posée par l'article 11.6 du dit règlement¹. Si le principe *non bis in idem* a vocation à s'appliquer en droit de la concurrence en théorie, la pratique montre que son application est exceptionnelle².

En effet, jurisprudence européenne³ et française⁴ soumettent son application à une triple condition, l'existence d'une première décision au fond, identité des parties et identité de l'objet, réduisant les hypothèses de son application à peau de chagrin. On conçoit que l'absence d'unité d'objet soit une condition rarement établie, dans la mesure où les territoires, et les contextes diffèrent d'une autorité nationale à l'autre. Le surprofit est en effet tributaire du territoire sur laquelle la pratique anticoncurrentielle est commise et sanctionnée. Par conséquent, une sanction nationale ne garantit pas la confiscation du surprofit généré dans un autre État membre. Il en découle qu'une même entente peut faire l'objet de plusieurs condamnations si elle affecte des territoires différents⁵.

Pour résoudre cette difficulté, le droit international de la concurrence a mis en place un mécanisme, au titre de la coopération des États membres au sein du réseau européen de concurrence, consistant à attribuer la compétence à l'autorité du pays qui entretient le lien le plus étroit avec l'infraction. Ainsi, en présence d'un conflit positif de compétence, il ressort de la communication du 27 avril 2004 (pt. 8)⁶, que c'est à l'autorité la mieux placée de statuer sur les faits délictueux⁷. Et si plusieurs autorités souscrivent à ces conditions, au mieux, l'intervention d'une seule est suffisante, à défaut, elles interviennent de manière parallèle et coordonnée en nommant un chef de file (pts. 10 à 13). Et en cas de procédure parallèle devant un juge national et la Commission européenne, l'article 11 § 6 du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 oblige l'autorité nationale à se dessaisir.

1. Art. 11.6 du Règlement 1/2003 : « L'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision en application du chapitre III dessaisit les autorités de concurrence des États membres de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité. Si une autorité de concurrence d'un État membre traite déjà une affaire, la Commission n'intente la procédure qu'après avoir consulté cette autorité nationale de concurrence ».

2. Idot (L.), « Réflexions sur l'application de certains principes et notions du droit pénal en droit des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences*, n° 2-2006.

3. CJUE, 14 févr. 2012, aff. C-17/10, *Toshiba Corporation et a*, pts. 99-103.

4. Cons. conc, déc. n° 07-D-03, 24 janv. 2007, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe par la société Clarins SA : en l'espèce ces critères n'étaient pas réunis, la décision de classement étant consécutive à un désistement, elle ne prenait pas parti au fond sur l'éventuelle qualification des pratiques dénoncées dans les saisines retirées, et n'avait donc pas autorité de la chose décidée.

5. Dans l'*affaire des Farines*, les autorités françaises et allemandes ont agi parallèlement : Aut. conc, déc. n° 12-D-09, 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires.

6. Communication Comm. CE, 27 avril 2004, *JOUE* 27 avril n° C101.

7. Elle doit alors vérifier trois conditions cumulatives, la pratique a des effets directs substantiels actuels ou prévisibles sur son territoire, elle y est mise en œuvre ou y trouve son origine, l'autorité a les moyens de la faire cesser efficacement et de rechercher les preuves.

Mais en dehors d'une telle habilitation légale, il faudrait prévoir une règle de coordination des systèmes juridiques concernés par même faute lucrative internationale, telle que la reconnaissance mutuelle des sanctions.

328. **Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice.** Lorsqu'une même activité illicite crée des dommages lucratifs dans différents États, et qu'aucune législation ne jouit d'une compétence universelle¹, la confiscation du surprofit global repose sur un cumul de sanctions confiscatoires de chaque surprofit local. La sanction de la faute lucrative procède alors d'une nécessaire coopération et articulation des systèmes juridiques éprouvés par celle-ci.

En premier lieu, la reconnaissance mutuelle des décisions de justice étrangères oblige le juge saisi à prendre en compte les décisions de justice déjà rendues par ses pairs étrangers. Ce qui revient à étendre l'effet positif de l'autorité de chose jugée au-delà des frontières. Ce mécanisme de coopération a été institué en matière pénale au sein de l'Union européenne², désormais les condamnations pénales prononcées par les juridictions d'un État membre de l'Union doivent être « prises en compte et produire les mêmes effets juridiques » que les condamnations françaises, conformément à l'article 132-23 du Code pénal. Par conséquent, le prononcé d'une amende en partie ou totalement confiscatoire du surprofit contre l'auteur d'une infraction lucrative devra être considéré par le second juge saisi des mêmes faits.

En second lieu, la reconnaissance mutuelle des décisions de justice a pour effet d'empêcher une double sanction de mêmes faits. Appliquée à la faute lucrative internationale, cette reconnaissance de l'effet négatif de l'autorité de chose jugée permettrait d'éviter la double sanction d'un surprofit similaire, conformément au principe *non bis in idem*. C'est notamment pour éviter de sanctionner plusieurs fois un même profit que Madame Behar-Touchais plaide activement en faveur de l'adoption de ce mécanisme en droit européen de la concurrence³.

Plutôt que l'adoption d'un droit matériel international ou l'uniformisation matérielle des systèmes juridiques, la reconnaissance mutuelle des décisions de justice permet une coopération tout aussi efficace des systèmes juridiques en ce qu'elle étend l'effet de l'autorité de chose jugée au-delà des frontières. Il résulterait de son application une confiscation rigoureuse, coordonnée et totale du surprofit d'une faute lucrative internationale. Déjà instituée en droit pénal européen à travers le mandat européen et l'extension des effets juridiques des condamnations pénales à tous les États de l'Union européenne, certains préconisent l'application spontanée de cette règle de coopération dans les contentieux de cyberdélinquance^{3 bis}.

1. Desessard (L.), « Application de la loi pénale dans l'espace », *JCL code pénal*, fasc. 20, n° 85 : la compétence universelle donne vocation à juger une infraction « aux tribunaux de l'État sur le territoire duquel le délinquant a été arrêté ou se trouve même passagèrement, quel que soit le lieu de commission de l'infraction et quelles que soient les nationalités de l'auteur et de la victime ». Desportes (F.), Le Gunehc (F.), *op. cit.*, n° 410, p. 369 : « la compétence universelle ne peut que résulter d'une convention internationale et ne vaut que pour les infractions désignées par celle-ci ».

2. Loi du 10 mars 2010 (Art. 17-1), transposant en droit français la décision cadre du Conseil du 24 juillet 2008.

3. Behar-Touchais (M.), « La reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires et la règle "*non bis in idem*" », in *Travaux du comité français, droit international privé*, Éditions Pedone, année 2004-2006, p. 165-188.

B. La motivation

329. **Une exigence particulière de motivation.** La question que l'on se pose est la suivante, parce que la faute lucrative a pour effet d'aggraver la sanction d'une faute de référence, sa condamnation requiert - elle une motivation renforcée, « spéciale » ?

La sanction de la faute lucrative doit être motivée, c'est une évidence, la motivation est une obligation qui s'impose aux juridictions soumises aux règles de procédure civile¹, procédure pénale² ainsi qu'aux autorités juridictionnelles³. Remède ultime contre l'arbitraire des juges, l'obligation de motivation est perçue par Henri Motulsky « comme une garantie fondamentale de bonne justice », ayant « un caractère de droit naturel »⁴, et constitue à ce titre une garantie essentielle du procès équitable défini à l'article 6 de la *Convention européenne des droits de l'homme*⁵.

Au-delà de sa « fonction pédagogique »⁶, la motivation de la décision de sa sanction est également ce qui permet d'en contester le prononcé dans le cadre d'un recours et par la même, d'exercer sur elle un contrôle par les juridictions de degré supérieur. Les décisions de l'Autorité de la concurrence peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation, exercé devant la Cour d'appel de Paris, conformément à l'article L. 464-7 du Code de commerce. À travers ce recours, les juges de Paris contrôlent également la proportionnalité de la sanction⁷.

Autant d'arguments attestent de l'indispensable motivation de la sanction dissuasive. Mais dans quelle mesure ?

330. **Le degré de motivation.** *A priori*, on ne recense aucun degré de motivation. Toutes les sanctions prononcées par une juridiction ou une autorité juridictionnelle doivent être motivées. Cependant, il est intéressant de remarquer

3 bis. Francillon (J.), « Le droit pénal face à la cyberdélinquance et à la cybercriminalité », in « Le droit international du web », *RLDI* 2012, n° 81.

1. Art. 455 C.P.C, Art. 485 C.P.P.

2. Art. 485 C.P.P. Cette obligation s'est même étendue aux arrêts de Cour d'assises depuis la *Loi no 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs* dont l'article 12 dispose « En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la Cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur la question ».

3. Art. 1^{er} Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 impose notamment à l'administration la motivation des « décisions qui infligent une sanction ». Cons.const., 17 janvier 1989, déc. n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi no 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Cons. const., 1^{er} juillet 2004, déc. n° 2004-497 DC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*.

4. Motulsky (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, rééd. Dalloz 2010, p. 80, n° 29.

5. CEDH, 13 septembre 2011, *Feryadi Sahin C. Turquie*, req. n° 33279/05, n° 22 : « l'absence d'une motivation détaillée dans les décisions de la juridiction supérieure ne constitue pas une violation de l'article 6 dès lors que la décision de première instance est suffisamment motivée ».

6. Chainais (C.), Guerlin (G.), « La motivation des sanctions prononcées en justice, entre transparence et soupçon », *op. cit.*, p. XX et s., n° 16 et s.

7. Pénichon (C.), « Le contrôle de la proportionnalité de la sanction par la Cour d'appel de Paris en droit de la concurrence », in *La modernisation du droit de la concurrence*, G. Canivet (dir.), LGDJ, Droit et Économie, 2006, p. 363-376.

que par endroit, le législateur renforce ou souligne cette exigence de motivation. Le terme alors employé est l'adverbe « spécialement ». Ce degré supplémentaire de la motivation peut être prévu au soutien d'une sanction plus ou moins ferme.

En droit pénal, le rétablissement des peines planchers par la loi du 10 août 2007¹ a vu naître un renforcement de la motivation lorsque le juge veut prononcer une sanction en deçà des seuils légaux. Une peine criminelle² ou correctionnelle³ prononcée contre un récidiviste inférieure au seuil légal doit être spécialement motivée eu égard aux circonstances de l'infraction et à la personnalité de l'auteur. Par ailleurs, en droit des pratiques anticoncurrentielles, on observe une précision identique du législateur. L'article L. 464-2 du Code de commerce dispose que les sanctions sont déterminées « de façon spécialement motivée » avant d'énumérer les critères légaux complétés par l'Autorité dans son communiqué du 16 mai 2011.

Enfin, on notera que cet adverbe est également employé par les avant-projets de réforme du droit de la responsabilité civile qui consacrent la faute lucrative, la sanction de celle-ci étant assortie d'une obligation spéciale de motivation⁴. C'est tout d'abord le cas de l'article 1371 de l'*avant-projet Catala* qui énonce que « [...] 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 ». De même l'article 54 du projet de réforme Terré prévoit que, « lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur [...] ». Ces deux dispositions imposent donc au juge de motiver « spécialement » la décision qui prononcera une sanction en cas de faute lucrative. Mais que faut-il entendre par « spécialement » ? À lire les deux dispositions, la motivation semble porter tant sur le prononcé de la sanction que sur la sanction elle-même.

331. **Le contenu de la motivation.** De l'adverbe « spécialement », on en déduit donc une exigence particulière de motivation par rapport à une motivation « de droit commun »⁵. À l'instar des propositions précitées, nous préconisons une « double motivation », tant sur le prononcé d'une sanction d'une faute lucrative que sur l'évaluation de son *quantum*. La première étape impliquerait une démarche de « qualification » rigoureuse, consistant à caractériser une faute lucrative au regard des composantes que nous avons dégagées. La seconde étape nécessiterait de justifier le *quantum* de la sanction monétaire d'une part, en évaluant le profit illicite réalisé, en établissant l'intention lucrative de l'auteur,

1. Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 relative à la récidive des majeurs et des mineurs.

2. Art. 132-18-1 C.P.

3. Art. 132-19-1, al. 6 C.P.

4. Cette obligation a d'ailleurs été reprise par le législateur à l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile.

5. À titre d'exemple, en droit pénal, la motivation porte exclusivement sur la « culpabilité », le choix de la sanction relevant du pouvoir discrétionnaire du juge exercé néanmoins à la lumière du principe directeur d'individualisation de la peine. Sur ce thème voir, Leblois-Happe (J.), « Le libre choix de la peine par le juge, un principe défendu bec et ongles par la chambre criminelle », *Dr. Pénal* 2003, Chron. 11.

et en fixant le coefficient multiplicateur au regard de l'intention et de la gravité du dommage. Le choix et le *quantum* de la sanction non monétaire devraient également être motivés par le juge, au regard de la gravité du dommage et de la menace que représente l'agent économique pour le marché.

Il en ressort une motivation « standardisée » en ce qu'elle devrait porter sur deux aspects, l'établissement ou non d'une faute lucrative et le prononcé de la sanction.

Synthèse. Le prononcé d'une sanction dissuasive, monétaire ou non monétaire, devra être soumis à une « motivation spéciale ». À ce titre, le juge devra caractériser l'existence d'un profit illicite d'un délit civil ou les circonstances de *dol lucratif* d'une part et évaluer l'ampleur du résultat économique (quantification du profit illicite) et celle du résultat dommageable d'autre part.



CONCLUSION DU TITRE I

Dans ce premier titre, il a été question de déterminer le premier paramètre du régime dissuasif d'une sanction lucrative, une sanction efficace, en ce qu'elle permet d'atteindre son objectif de dissuasion. C'est-à-dire une sanction représentant un coût dissuasif pour l'agent économique.

Deux coûts composent le « coût dissuasif », un coût chiffrable et un coût non chiffrable. Au titre du premier, nous avons défini la sanction monétaire dissuasive à la lumière de la théorie économique. Il s'agit d'une sanction proportionnelle au surprofit au moins égale au surprofit, dont nous avons précisé les modalités selon qu'elle est publique ou privée, mise en œuvre par une autorité publique ou la victime. Au titre du second, nous avons recherché les sanctions non monétaires représentant une menace plus ou moins forte, selon la qualité de l'agent économique, personne physique ou personne morale. À ce titre, nous avons préconisé le prononcé systématique d'une mesure de publicité concernant à la fois l'auteur, personne morale et personne physique, ainsi que le prononcé d'une déchéance professionnelle de l'auteur personne physique d'une faute lucrative.

Enfin, nos propos nous ont amenés à constater que la sanction dissuasive n'était pas toujours répressive. Néanmoins, parce que la faute lucrative entraîne un renforcement de la responsabilité de l'auteur par rapport à une faute seulement dommageable, son régime devait satisfaire un certain seuil de garanties, sans pour autant compromettre son effectivité. Notons toutefois, que le profit illicite ne devrait pas faire l'objet de cumul de sanctions monétaires, fussent-elles de nature différente (répressive ou normative), pour éviter de sombrer dans les affres de la sur-dissuasion (tout aussi inefficace que la sous-dissuasion).

Ce premier paramètre ayant été traité, il convient de porter notre attention sur le second, la probabilité de la sanction, encore faut-il que cette sanction soit mise en œuvre.



TITRE II

La mise en œuvre des sanctions de la faute lucrative

332. **Mise en œuvre, condition d'effectivité de la sanction.** Rappelons pour mémoire que la probabilité de sanction est le second paramètre d'une sanction optimale, selon la théorie économique¹. La sanction d'une faute lucrative n'est véritablement dissuasive, dans le sens où elle est capable de détourner l'agent économique du crime, que si elle présente un fort risque d'être prononcée. À la condition d'efficacité de la sanction d'une faute lucrative s'ajoute donc une condition d'effectivité. On ne s'étonnera pas de constater que l'effectivité est le troisième critère de l'analyse économique du droit, puisque l'effectivité renvoie « à l'aptitude d'une règle à être appliquée »². Aussi une sanction est-elle effective lorsqu'elle est réellement, concrètement mise en œuvre. Ce faisant, l'effectivité d'une sanction participe à son caractère dissuasif. *A contrario*, une sanction inappliquée ou demeurant lettre morte perd toute crédibilité aux yeux des justiciables et est privée de tout effet dissuasif.

Dès lors, pour qu'elle soit effective, une sanction doit être mise en œuvre par les personnes habilitées.

333. **Les acteurs de la sanction dissuasive.** Au préambule de notre étude, nous avons mis en relief un critère de classification des fautes lucratives³ qui va prendre tout son sens dans ce dernier titre. En effet, pour annoncer cette distinction, nous avons observé que l'élément légal des fautes lucratives prévoyait expressément ou non une sanction publique. On en avait déduit que le surprofit d'une faute lucrative serait confisqué soit au moyen d'une sanction publique mise en œuvre par une personne publique, soit au moyen d'une sanction privée mise en œuvre par une personne privée. En d'autres termes, la faute lucrative génère deux types d'action, soit une action publique confiscatoire, soit une

1. Voir *supra*, n° 226.

2. Royer (G.), *op. cit.*, n° 17, p. 28.

3. Voir *supra*, n° 75.

action privée confiscatoire autonome. Aussi, avons-nous défini des sanctions monétaires confiscatoires privée et publique.

Les sanctions monétaires privées sont celles qu'une victime peut réclamer, au terme d'une « action privée » afin d'empêcher que l'auteur d'une faute dommageable ne s'enrichisse à ses dépens. Il s'agit des sanctions normatives (confiscation, restitution), de la *peine privée* (dommages et intérêts punitifs) ou *semi-privée* (dommages et intérêts multiples). L'action privée confiscatoire autonome sera mise en œuvre dans des contentieux purement privés (contractuels ou délictuels) soumis à des juges non répressifs étatiques ou à des arbitres¹.

À l'inverse, les sanctions monétaires publiques sont celles que seule une autorité publique habilitée peut réclamer, au terme d'une « action publique », pour éviter que l'auteur d'une infraction s'enrichisse aux dépens de la société. Il s'agit principalement des amendes et des sanctions non monétaires dissuasives (peine privative de libertés ou de droits, ou mesure de sûreté). L'action publique confiscatoire sera mise en œuvre dans des contentieux publics soumis à des juges ou autorités juridictionnelles répressifs².

Le classement des fautes lucratives opéré à titre liminaire en fonction de leur élément légal renvoie donc à la nature de l'action confiscatoire. Soit, l'élément légal prévoit une sanction publique, auquel cas c'est l'autorité de poursuite qui en demandera la confiscation par l'intermédiaire d'une sanction publique confiscatoire. Soit, l'élément légal ne prévoit aucune sanction publique, auquel cas c'est la victime qui demandera la confiscation du surprofit *via* une sanction civile (répressives ou non) adéquate. Mais cette distinction n'est pas définitive dans la mesure où d'une part, en cas d'inaction de l'autorité publique, la victime pourra réclamer les sanctions confiscatoires d'une action autonome. D'autre part, dans un contentieux privé de faute lucrative, le ministère public pourra agir au soutien de l'action privée confiscatoire ou en vue du prononcé d'une sanction non monétaire publique, si la faute lucrative est particulièrement attentatoire à l'ordre public économique. Il en résulte une frontière poreuse entre le contentieux public et le contentieux privé autonome des fautes lucratives.

Annnonce. Par conséquent, l'étude de la mise en œuvre de la sanction dissuasive revient à examiner les facteurs d'effectivité de la sanction. Or, l'effectivité d'une sanction repose sur deux conditions, l'existence d'un droit d'agir à fin de sanction et l'exercice de ce droit d'agir. En respectant cette grille de lecture procédurale de l'action, il conviendra d'étudier les facteurs d'effectivité et les causes d'ineffectivité propres à chaque action confiscatoire (Chapitre I) d'une part et ceux communs aux deux types d'action confiscatoire, d'autre part (Chapitre II).

1. Sur la définition de *private enforcement*, voir : Amaro (R.), *op. cit.*, n° 10, p. 41-42 : pour l'auteur, le contentieux privé désigne les litiges civils et commerciaux qu'ils soient portés devant le juge étatique ou l'arbitre ou réglé par voie de transaction. Selon lui, le contentieux privé fait écho au *private enforcement* ce qui correspond en droit de la concurrence aux « actions privées en dommages et intérêts ».

2. Sur la définition de *public enforcement*, voir : Amaro (R.), *op. cit.*, n° 8, p. 40 : le *public enforcement* englobe tant l'action publique du droit pénal que l'action des autorités de poursuite près les autorités nationales de concurrence. Il fait écho au contentieux public.

CHAPITRE I

Les conditions de mise en œuvre propre à chaque action confiscatoire

334. *Une probabilité de sanction inégale.* Si on ne peut escompter une probabilité semblable entre la sanction privée et la sanction publique dissuasive, on peut améliorer la probabilité de chacune en tenant compte des particularismes de chaque action.

Tandis que les leviers d'une meilleure effectivité de l'action privée confiscatoire concernent l'existence du droit d'agir (Section I), les facteurs d'effectivité de l'action publique confiscatoire intéressent davantage l'exercice du droit d'agir (Section II).

SECTION I : LES CONDITIONS D'EFFECTIVITÉ PROPRES À L'ACTION PRIVÉE CONFISCATOIRE

335. *Les deux conditions d'effectivité de l'action privée confiscatoire.* Pour optimiser la mise en œuvre et le prononcé de la sanction privée confiscatoire, il faut distribuer le droit d'agir. Ce qui suppose d'une part de reconnaître au droit d'agir d'une victime une double finalité, punir et réparer et d'autre part d'habiliter des personnes à l'exercer au nom de la victime en cas d'inaction (§ 1).

En outre, certaines fautes lucratives ayant vocation à se répandre, elles provoquent un surprofit disséminé. Dans une telle hypothèse, la faute lucrative dite de masse génère des micro-profits et des micro-dommages qui représentent à l'échelle individuelle un faible intérêt économique. Aussi la concentration des droits d'agir en une même action, pourrait-elle s'avérer être un levier important d'effectivité de la sanction privée (§ 2).

§ 1 - DISTRIBUER LE DROIT D'AGIR À FIN DE SANCTION EXTRA-COMPENSATOIRE

336. *Pour une distribution du droit d'agir à fin de sanction.* Pour optimiser la probabilité de la sanction privée confiscatoire, il faut distribuer le droit d'agir. La première personne légitime à mettre en œuvre la sanction dissuasive est indiscutablement la victime. On se demandera donc en premier lieu si le

droit d'agir de la victime en responsabilité civile peut donner lieu au prononcé d'une sanction extra-compensatoire, distincte de la sanction compensatoire (A). Et le cas échéant, en cas d'inaction de la victime par peur de représailles économiques, un tel droit d'agir à fin de sanction peut-il être exercé par une personne, physique ou morale, habilitée (B).

A. Attribuer à la victime un droit d'agir à fin de sanction « extra-compensatoire »

337. *La recevabilité d'une action privée à fin de sanction en question.* En droit positif, la victime peut agir pour sanctionner un comportement dommageable aussi bien devant le juge pénal que devant le juge civil ou commercial et obtenir la réparation du dommage causé par l'infraction ou la faute civile. On distingue toutefois l'action civile de l'action en responsabilité civile en ce que la première a pour effet non seulement d'obtenir réparation d'un préjudice, mais également de punir l'auteur de l'infraction dommageable tandis que la seconde n'a que pour effet d'indemniser la victime d'une faute dommageable.

En d'autres termes, l'action civile exercée devant le juge pénal poursuit une double finalité, punir et réparer, tandis que l'action en responsabilité civile exercée devant le juge civil ou commercial ne poursuit qu'une finalité indemnitaire. Compte tenu de l'existence d'une action privée à double finalité en droit positif (1), on se demandera si une telle portée de l'action privée pourrait être généralisée aux actions privées exercées devant un juge non répressif (2).

1. De lege lata, l'admission d'un droit d'agir à fin de sanction extra-compensatoire de la victime devant le juge pénal

338. *La double finalité de l'action civile exercée devant le juge pénal.* En droit de la procédure pénale, l'action civile se définit comme « l'action ouverte à la victime d'une infraction en réparation du dommage que celle-ci lui a causé »¹. Comme l'action en responsabilité civile, cette action civile poursuit un but indemnitaire², la différence étant qu'en droit pénal, le fait dommageable est une infraction. Or, en vertu de l'option légale offerte à la victime³, la victime peut exercer l'action civile au choix, devant le juge pénal ou devant le juge civil. Lorsque l'action civile est menée devant le juge pénal, elle a pour effet de mettre en mouvement (ou corroborer) l'action publique conformément à l'article 1 alinéa 2 du Code de procédure pénale. Ce faisant, l'action civile a pour but l'établissement de la culpabilité et le prononcé d'une sanction à l'encontre de l'auteur d'une infraction qui lui a causé un dommage. Dans ce cas, l'action civile poursuit, en plus de la finalité indemnitaire propre à toute action civile, une finalité punitive⁴. Cette double finalité de l'action civile exercée devant le juge pénal a nourri

1. Desportes (F.), Lazerges-Cousquer (L.), *op. cit.*, n° 1319, p. 882.

2. Art. 2 C.P.P.

3. La victime bénéficie d'une option entre les voies civile et pénale : art. 3 et 4 C.P.P.

4. Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 8, p. 16.

une importante réflexion de la doctrine pénaliste sur la nature d'une telle action. La « nature mixte », « nature hybride », le « double visage »¹, sont autant d'expressions pour désigner une action en responsabilité civile exercée à des fins vindicatives². Les tribunaux ont même été plus loin en reconnaissant à l'action civile une fonction exclusivement vindicative en se fondant sur l'article 418 alinéa 3 du Code de procédure pénale³. La chambre criminelle a en effet admis la recevabilité d'une constitution de partie civile non assortie d'une demande en réparation du dommage causé par l'infraction⁴. Pour la chambre criminelle, l'article 418 alinéa 3 du code précité exprime qu'une « faculté dont elle [la victime] est libre de ne pas user », ainsi « l'administration [en l'espèce fiscale] était bien recevable en sa constitution de partie civile sans se trouver pour autant dans l'obligation de demander l'allocation de dommages et intérêts ». Il en résulte qu'une victime peut « se constituer partie civile sans présenter aucune demande » en réparation⁵. La première chambre civile de la Cour de cassation en déduira une conséquence importante en jugeant que la constitution de partie civile à finalité purement vindicative, sans demander d'indemnité, n'interrompt pas la prescription de l'action en dommages et intérêts⁶.

Au-delà de la dialectique stimulante relative à la nature d'une telle action, ce qu'il faut retenir pour notre démonstration, c'est son existence en droit positif, il existe une action diligentée par la victime (donc relevant d'une action privée) qui permet de poursuivre une finalité punitive, soit de manière exclusive soit cumulée à la demande de réparation. Peut-on en déduire que la victime aurait un intérêt personnel à agir à fin de sanction ?

339. Le préjudice de la victime, intérêt personnel à agir à fin de sanction. En théorie, l'intérêt de la victime à exercer l'action civile devant le juge pénal est double, faciliter la réunion des preuves qui permettront l'indemnisation de son préjudice, mais aussi assouvir un besoin de vengeance.

Pourtant, la condition posée à l'article 2 du Code de procédure pénale ne fait référence qu'au premier. Il résulte du dit article que l'intérêt découle du préjudice causé par l'infraction. *En d'autres termes, l'existence d'un préjudice personnel, direct, certain suffirait à justifier l'action vindicative d'une victime.* On en tirera deux conclusions utiles pour la suite, d'une part la victime a un intérêt à voir l'auteur de l'infraction dommageable sanctionné, d'autre part, l'existence du préjudice lié à l'infraction suffit à établir l'intérêt d'une victime à agir à fin de réparation et de sanction.

Dès lors, la question que nous nous posons est la suivante, le régime de l'action civile exercée devant le juge pénal est-il transposable à l'action en responsabilité civile exercée devant le juge civil ou commercial ?

1. Sur ce thème, : Bonfils (P.), *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000. Du même auteur : « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », in *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Éditions Cujas 2006, p. 179, Boulan (F.), « Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive », *JCP G* 1973, I, 2563.

2. Desportes (F.), Lazerges-Cousquer (L.), *loc. cit.*

3. Art. 418 C.P.P.

4. Cass. crim. 10 octobre 1968, n° 67-92262, *Bull. crim.* n° 248.

5. Viney (G.), *Introduction à la responsabilité civile, op. cit.*, n° 104, p. 270.

6. Cass. civ. 1^{re} 25 janvier 2000, *D.* 2001, p. 1348, note H. Matsopoulou.

2. De lege feranda, l'admission du droit d'agir à fin de sanction extra-compensatoire devant le juge civil et commercial

340. **L'intérêt à agir à fin de sanction « extra-compensatoire » de la victime.** En droit de la procédure civile, à peine d'irrecevabilité de l'action, l'action privée doit satisfaire certaines conditions, dont notamment, l'intérêt et la qualité à agir¹. Or, en matière d'action banale, la qualité découle de l'intérêt à agir. Celui qui justifie d'un intérêt personnel, légitime actuel a donc qualité à agir pour sa défense. L'intérêt à agir se définit traditionnellement comme « le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur »². Partant, on se demandera si la victime peut justifier d'un intérêt personnel à voir l'auteur d'une faute lucrative sanctionné.

Devant le juge civil ou commercial, les victimes ont qualité à agir en responsabilité civile dès lors qu'elle démontre un intérêt personnel, direct, actuel et légitime à agir, conformément à l'article 31 du Code de procédure civile. Or, dans un contentieux de responsabilité civile, l'intérêt à agir d'une victime découle de l'existence d'un préjudice causé par une faute. Son utilité à agir réside donc dans l'indemnisation du dit préjudice et dans la cessation de la faute dommageable. L'hypothèse d'une faute dommageable lucrative révèle une troisième utilité à l'action de la victime, confisquer le profit tiré de la faute³. L'intérêt de la victime à priver l'auteur de la faute de tout enrichissement indu est indissociable des deux autres intérêts précités. Partant, il est des cas où la victime peut justifier d'un intérêt à voir l'auteur de la faute dommageable sanctionnée.

Pour justifier l'action à fin de sanction qu'elle baptise « action en réparation-expiation », Madame Grare-Didier développe l'idée d'un « intérêt à la normativité »⁴. Selon elle, la victime a intérêt au rétablissement de l'ordre public lorsqu'il a été troublé à ses dépens. Ainsi, la victime d'une faute lucrative tirerait une utilité morale à ce que l'auteur se voit confisquer le profit retiré de l'activité attentatoire à son droit subjectif, et à ce qu'il soit stigmatisé comme opérateur malhonnête. Cette idée a le mérite de combler l'absence d'avantage matériel pour la victime lorsque la mesure de confiscation se manifeste à travers une *peine semi-privée* (cas où le surprofit est affecté au Trésor public)⁵. Pour autant, nous croyons que cet intérêt à la normativité de la victime, doit être relatif et corrélé au dommage. Sinon à travers les actions en réparation-expiation, les personnes privées se verraient confier l'office du ministère public, préserver l'ordre public.

Aussi, l'intérêt à la normativité ou à la sanction doit être relatif et non absolu, relatif en ce qu'il est conditionné par le dommage. Parce que l'inconduite

1. Art. 31. C.P.C.

2. Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° « Intérêt à agir ».

3. À défaut d'action publique confiscatoire, soit qu'aucune sanction publique n'existe (concurrency déloyale) soit que la sanction publique prévue n'est pas réclamée (amende civile de l'article L. 442-6, III du Code de commerce).

4. Grare-Didier (Cl.), *op. cit.*, n° 478, p. 359 : À la question posée par l'auteur « qui a intérêt à la normativité ? », Celle-ci répond « la société dans son ensemble et donc chacun de ses membre. Il faut donc rechercher au sein de la société les individus à qui la faute a réservé un sort particulier et n'octroyer qu'à ceux là un intérêt à agir ».

5. Et ce contrairement aux mesures de peine privée ou de restitution, auxquels cas l'intérêt à agir de la victime est indéniable puisque le surprofit peut lui être pour tout ou partie affecté.

de l'auteur a causé un dommage à une victime, celle-ci peut souhaiter outre la réparation de son préjudice, que l'auteur soit sanctionné. L'existence d'un préjudice devrait donc suffire à fonder les deux utilités d'une action en responsabilité civile, réparer et punir.

341. **Le préjudice de la victime, intérêt unique et suffisant à agir à fin de sanction.** L'existence du préjudice (réalisé ou non réalisé)¹ lié à la faute lucrative suffit à établir l'intérêt d'une victime à agir à fin de réparation et de sanction.

Nous défendons donc plutôt l'idée selon laquelle l'intérêt à agir à fin de sanction de la victime est corrélé à son intérêt à agir à fin de réparation. L'intérêt à agir à fin de sanction et de réparation serait donc confondu au sein d'une même action, comme le prévoit déjà, à la marge, le droit positif². Par conséquent, l'existence du préjudice ou d'un risque de préjudice causé par une faute lucrative pourrait suffire, au même titre que l'action civile, à établir le droit d'agir de la victime en vue de la sanction globale de la faute lucrative (sanction indemnitaire et normative). Nul besoin donc de mener une action différente à fin de sanction, la seule action en responsabilité devra véhiculer une demande de réparation du dommage et une demande de sanction de la faute lucrative. Comme le préconisait Madame Grare-Didier, en cas de faute dommageable, les deux régimes des actions à fin de réparation-expiation et à fin de réparation-compensation³, doivent s'appliquer cumulativement⁴. L'exemple de l'action civile exercée devant le juge pénal atteste de l'existence d'une action à double finalité reposant sur un intérêt à agir unique. De même, l'action en responsabilité civile menée par une victime d'une faute lucrative pourrait poursuivre ces deux finalités tout en justifiant d'un intérêt unique à agir, le préjudice ou le risque de préjudice causé par la faute lucrative.

À l'appui de nos propos, nous citerons un arrêt du 16 octobre 2013, dans lequel la chambre sociale de la Cour de cassation censure partiellement un arrêt d'appel qui n'avait pas caractérisé le préjudice d'un employeur au soutien d'un licenciement pour motif personnel. Par la référence à l'article L. 1232-1 du Code du travail dans le *visa*, les juges du droit rappellent que le licenciement d'un salarié pour motif personnel doit être justifié par une cause réelle et sérieuse. Or, un employeur qui licencie un salarié pour avoir exercé une activité professionnelle pendant un arrêt de travail pour maladie aurait dû justifier d'un préjudice causé l'acte du salarié litigieux, sans quoi il est abusif⁵. En revanche, la Cour

1. Voir *supra*, n° 125 et s. : le résultat dommageable d'une faute lucrative consiste en un dommage ou un risque de dommage.

2. Pour une illustration de cette double finalité : Art. 2 et 418 alinéa 3 C.P.P. dispose que la partie civile peut à l'appui de sa constitution demander des dommages et intérêts correspondant au préjudice qui lui a été causé.

3. Grare-Didier (C.), *op. cit.*, n° 362 et s., p. 277 et s.

4. *Ibid.* n° 387.

5. Cass. soc. 16 octobre 2013, 12-15.638, *Gaz. Pal.* 07 janvier 2014, n° 7, P. 34, obs. D. Berra : « Atteintu cependant que l'inobservation par le salarié de ses obligations à l'égard de la sécurité sociale ne peut justifier un licenciement, et l'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt, que pour fonder un licenciement, l'acte commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail doit causer préjudice à l'employeur ou à l'entreprise, Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher si l'activité de pilote de rallye exercée par le salarié pendant la période de sus-

valide l'arrêt d'appel qui a condamné le salarié à rembourser à la RATP (dans la mesure où cet employeur assure également les fonctions d'un régime spécial de sécurité sociale) les indemnités perçues pendant son congé maladie alors qu'il exerçait une activité salariée par ailleurs. Cette jurisprudence illustre la nécessité de justifier d'un préjudice pour fonder une action à finalité normative.

Après avoir démontré l'existence du droit d'agir à fin de sanction de la victime d'une faute lucrative, nous nous demanderons si ce droit peut être distribué à des tiers pour suppléer la carence de la victime.

Synthèse. L'admission de la recevabilité d'une action à fin de sanction confiscatoire du profit illicite diligentée par la victime suppose au préalable que juge lui reconnaisse un intérêt à agir à fin de sanction d'une faute, indépendamment de la réparation de son dommage.

B. Distribuer le droit d'agir à fin de sanction extra-compensatoire dans l'intérêt d'autrui

Annnonce. En principe, toute action doit être exercée dans l'intérêt personnel de celui qui la porte, conformément à l'adage, « Nul ne plaide par procureur ». Mais parfois le législateur donne qualité à agir pour défendre l'intérêt d'autrui, qui plus est déterminé, à certaines personnes ou groupements, il s'agit d'action attitrée. Les conditions de la recevabilité de l'action sont alors dissociées, la qualité s'apprécie en la personne du demandeur tandis que l'intérêt s'apprécie chez le tiers au profit duquel le jugement est rendu¹.

À défaut d'action confiscatoire de la victime, deux types d'actions attitrées nous intéressent particulièrement. C'est tout d'abord le cas de l'action sociale *ut singuli* exercée par des associés ou actionnaires d'une société en lieu et place de la société lorsque la personne morale est victime de fautes de gestion des dirigeants² (1). C'est également le cas des actions de substitution attribuées à des personnes morale et physique, visant à pallier l'inaction de personnes craignant les représailles de l'auteur de la faute lucrative (2).

1. L'action en défense d'une personne morale

342. **Le droit d'agir à fin de sanction des actionnaires.** Lorsque la faute lucrative est commise par le ou les dirigeants de la personne morale, la société qui justifie d'un préjudice résultant de ces agissements, peut intenter une action en responsabilité contre ses derniers. En principe cette action devrait être intentée par le représentant légal, auquel cas il s'agirait d'une action *ut universi*. Mais si ce dernier est coauteur de la faute lucrative, le législateur a pensé alors à confier

pension du contrat de travail avait causé un préjudice à l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ».

1. Guinchard (S.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2017-2018, n° 102.60, p. 20.

2. Pour les sociétés commerciales : Art. L. 223-22 C. com. Pour SARL et art. L. 225-252 C. com. pour SA. Pour les sociétés civiles, Art. 1843-5 C. civ.

un tel droit d'agir aux actionnaires, afin de pallier l'inaction du représentant légal. L'action en responsabilité civile contre les dirigeants fautifs peut donc être exercée par un ou plusieurs actionnaires, il s'agit d'une action *ut singuli*.

Parce qu'il s'agit d'une action dans l'intérêt d'autrui, ici la personne morale, le demandeur doit seulement justifier d'une qualité à agir, l'intérêt à agir s'appréciant chez le tiers pour le compte duquel l'action est menée, ici la personne morale.

Or, nous venons de montrer qu'en présence d'une faute lucrative, la victime a non seulement un intérêt personnel à agir à fin de réparation, mais également à fin de sanction. Par conséquent, une action *ut singuli* devrait permettre le prononcé d'une sanction civile confiscatoire, et ce, au profit de la personne morale, victime.

343. **Raison de son insuccès.** C'est là que le bât blesse. L'action *ut singuli*¹, bien qu'exercée dans l'intérêt d'autrui, est exercée aux frais du demandeur. Par conséquent, l'actionnaire (ou le représentant légal) qui exerce l'action sociale, doit avancer les frais de procédure sans avoir la certitude de les récupérer. En effet, le cas échéant si le demandeur obtenait gain de cause, les dommages et intérêts prononcés seraient affectés à la personne morale pour le compte de laquelle il agit. Le bénéfice de l'action va à la société alors que le coût de l'action repose sur les personnes légalement habilitées qui l'exercent. Une telle disparité d'intérêt affecte profondément l'effectivité de l'action sociale.

Cette difficulté pourrait toutefois être contournée par l'exercice d'une action de l'actionnaire exercée en son intérêt personnel, dès lors qu'il justifie d'un préjudice personnel, distinct de celui de la personne morale, causé par la faute d'un dirigeant. Mais le plus souvent, la faute de gestion ne porte par directement préjudice à l'actionnaire, ce dernier ne peut se prétendre lésé du seul fait de la baisse de la valeur boursière de son titre, ce préjudice étant le corollaire de celui subi par la personne morale².

Par conséquent, pour favoriser le développement de l'action en responsabilité contre les dirigeants fautifs, nous préconisons l'attribution d'une partie du bénéfice de l'action au demandeur.

344. **L'attribution de tout ou partie du profit illicite, source d'attrait de l'action sociale.** Si la personne morale à un intérêt juridique à agir à fin de sanction confiscatoire contre les dirigeants, auteurs d'une faute lucrative, l'actionnaire qui l'exerce devrait quant à lui, avoir un intérêt économique à son prononcé. Condition sans laquelle, l'action pour autrui serait rarement exercée.

Afin que l'action *ut singuli* gagne en effectivité, nous préconisons donc l'affectation de tout ou partie du produit de la sanction pécuniaire confiscatoire à celui ou ceux qui l'exercent. Cette attribution permettrait de couvrir les coûts de procédure de l'action en cours. Une telle modalité se justifie de surcroît eu

1. Au même titre que l'action *ut universi* puisque toutes deux sont des actions sociales.

2. Vatinet (R.), « La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux », *Rev. soc.* 2003.247, spéc. n° 16 : L'auteure constate que « Très tôt, la jurisprudence a écarté tout droit à réparation du préjudice individuel dès lors qu'il est considéré comme le "corollaire" du préjudice social ».

égard aux exigences du procès équitable, parmi lesquelles figure l'accès effectif à un tribunal¹.

Il est d'autres hypothèses où la distribution du droit d'agir permettrait de pallier l'inaction d'une victime en proie aux représailles du défendeur.

Synthèse. Pour inciter les actionnaires à exercer une action à fin de sanction confiscatoire, en cas de faute lucrative commise par le (s) dirigeant(s), nous préconisons l'attribution de tout ou partie du surprofit aux actionnaires, demandeurs à l'action, à titre de mode de financement de l'action *ut singuli*.

2. L'action en défense d'une personne faible

345. **Le droit d'agir dans l'intérêt d'autrui, une habilitation distribuée avec parcimonie.** Rares sont les habilitations légales d'une personne (morale ou physique) pour agir dans un intérêt individuel non personnel. Fondamentalement dérogatoire au principe selon lequel *nul ne plaide par procureur*, ce type d'habilitation présente toutefois un intérêt lorsque la victime craint les représailles de l'auteur de la faute qui lui a causé un préjudice.

On ne s'étonnera donc pas d'observer que ces habilitations exceptionnelles concernent en premier lieu le droit du travail², domaine dans lequel les relations sont marquées par un rapport de force inégal entre le salarié et l'employeur. Diverses dispositions du Code du travail attribuent au syndicat le droit d'agir dans l'intérêt individuel d'un salarié, sans que ce dernier ne le mandate pour agir. En cela, il s'agit bien d'une action en substitution. Toutefois, le Conseil constitutionnel a soumis la constitutionnalité d'une telle action à l'information préalable du salarié de l'exercice de l'action syndicale³, ce qui lui permet de s'y opposer ou d'intervenir, le cas échéant⁴.

Le droit des contrats commerciaux, notamment dans la grande distribution, est également le théâtre de nombreux « abus de faiblesse ». C'est pourquoi, dès l'adoption de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁵, le législateur avait confié le droit d'agir en responsabilité civile des victimes d'abus contractuels, à trois personnes dûment choisies, le ministre chargé de l'économie, le président du Conseil de la concurrence et le ministère public. Confirmée par la *loi NRE* du 15 mai 2001, cette habilitation légale des autorités publiques d'engager une action en responsabilité, a été étendue par l'article L. 442-6, III du Code de commerce qui les autorisa à demander outre la réparation du préjudice, la nullité, la répétition de l'indu et une amende civile. Avant que la Cour de cassation ne requalifie solennellement ladite action, d'action autonome en protection de du marché⁶, elle avait été qualifiée par des juges du fond d'action de substitution^{6 bis}. Pour les juges du fond de

1. Guinchard (S.), *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Précis, 2013, n° 306 et s., p. 718 et s. : l'accès effectif à un tribunal commande la levée des obstacles financiers.

2. Guinchard (S.), *Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, n° 102.81, p. 24.

3. Cons. const. 25 décembre 1989, déc. n° 89-257, DC relative à la *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*.

4. Art. L. 1235-8 C.T.

5. Art. 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

6. Cass. com. 8 juillet 2008, n° 07-16761, *JCP G* 2008, act 507, obs. A.-M. Luciani, *D.* 2008, p. 3046, note M. Brandac, Cass. com., 16 décembre 2008, n° 08-13.162, *JCPE* 2009, 1479, obs. D. Mainguy.

la Cour d'appel de Versailles¹, éclairé par la *ratio legis* de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, il était en effet question de pallier l'inaction des professionnels, victimes d'une pratique restrictive de concurrence. En effet, ces dernières étant dans la plupart des cas engagées dans une relation contractuelle qui plus est sous la dépendance commerciale des auteurs des pratiques, elles se résignaient par crainte de représailles économiques². Ce qui explique que l'action en réparation diligentée par l'une des autorités publiques habilitées ait été qualifiée en premier lieu d'action en représentation d'autrui ou en substitution, soit, une action fondée sur l'exercice de prérogatives (droit à réparation) nées d'une situation contractuelle individuelle et exercée par une personne autre que la victime.

Toutefois, les enjeux du petit droit de la concurrence ont eu raison d'une telle qualification, dans deux arrêts remarquables du 8 juillet 2008, la chambre commerciale a finalement jugé que cette action n'était pas une action de substitution, mais une action « autonome de protection du marché »³, qui n'est donc pas soumise au consentement des victimes⁴. Une telle action dissimule en réalité une volonté du législateur de protéger le marché contre des pratiques contractuelles qui perturbent le fonctionnement du marché, et qui causent des préjudices à l'ensemble des opérateurs du marché agro-alimentaire. Plus qu'une action en défense de l'intérêt du faible, il s'agit désormais d'une action en défense de l'ordre public économique.

Ces développements nous amènent à la conclusion suivante, rares sont les habilitations de personnes privées à agir pour la défense d'autrui. Finalement, c'est désormais à travers l'intérêt collectif que l'intérêt individuel d'une victime peut se voir défendu. Ce qui requiert une habilitation large des associations à agir.

6 bis. CA Versailles, 3 mai 2007, RG, n° 05/09223 : « il exerce cette action par substitution à la victime des pratiques en cause dont il met en œuvre les droits privés et non de manière autonome ». Dans le même sens : CA. Angers, 29 mai 2007, RG n° 06/00563 évoque « l'action de substitution exercée par le ministre ».

1. CA Versailles, 3 mai 2007, RG, n° 05/09223 : « le législateur a constaté que ce dispositif [dispositif résultant de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986] ne permettait pas au ministre de l'Économie de se substituer aux victimes [...], et qu'afin d'y remédier et observant que certaines victimes n'oseraient pas par elles mêmes introduire l'action, le législateur a entendu élargir les prérogatives du ministre de l'Économie, outre du ministère public, en leur donnant le droit d'agir à la place des victimes en ce domaine ». Par conséquent, la Cour en déduit que le ministre « dispose d'un pouvoir et d'une qualité propres à agir à ces fins ».

2. Cette hypothèse se vérifie *a posteriori* par les nombreuses actions diligentées par les victimes sur le fondement d'une rupture brutale d'une relation commerciale établie. On comprend aisément qu'il soit plus facile d'assigner un ex-partenaire, qu'un partenaire actuel.

3. Cass. com. 8 juillet 2008, n° 07-16761, *JCP G* 2008, act 507, obs. Luciani, *D.* 2008, p. 3046, note M. Brandac, Cass. com., 16 décembre 2008, n° 08-13.162, *JCPE* 2009, 1479, obs. D. Mainguy.

4. Cons.const, 13 mai 2011, dec. n° 2011-126 QPC *Société Système U Centrale Nationale et autre*, le Conseil constitutionnel déclare l'action en substitution des autorités publiques (ministre de l'Économie et ministère public) conforme au droit de recours et à la liberté d'entreprendre sous réserve toutefois d'informer, les parties au contrat de l'introduction de l'action. Cette information suffit, nul besoin que les victimes aient consenti et peu importe qu'elles s'y opposent. Le cas échéant, l'atteinte au droit au recours des parties n'est pas disproportionnée eu égard aux « objectifs de préservation de l'ordre public économique » de l'article L. 442-6 III C.com, juge le Conseil constitutionnel. Dans le même sens : CEDH 17 janv. 2012, n° 51255/08, *Galec c. France*, *JurisData* n° 2012-006077. Quant à la réserve de constitutionnalité émise par le Conseil constitutionnel français tenant à l'information des victimes, la CEDH observe qu'en l'espèce si la condition fait défaut, il n'est pas démontré que « cela aurait causé un préjudice quelconque dans le chef de la requérante au titre des garanties de l'article 6 § 1 dans la mesure où la requérante était libre d'attirer ses cocontractants à l'instance ». Partant, la cour en déduit que le grief tiré de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention n'est pas fondé et déclare la requête irrecevable.

346. ***Le droit d'agir dans un intérêt collectif transcendant l'intérêt d'autrui.***

Certains groupements ont pour objet social précisément de défendre une valeur collective, transcendant l'intérêt d'autrui. C'est tout d'abord le cas du syndicat conformément à l'article L. 2132-3 du Code du travail c'est aussi le cas des associations de consommateurs, conformément à l'article L. 621-1 du Code de la consommation. L'un et l'autre groupement peuvent donc agir en responsabilité chaque fois qu'elles peuvent exciper d'une atteinte à l'intérêt collectif qu'ils défendent. Contrairement au syndicat qui jouit d'une habilitation large, l'action de l'association de consommateur est cantonnée aux valeurs consuméristes, ce qui ne sied pas à la diversité de la faute lucrative.

Pourtant, un mouvement jurisprudentiel favorable à l'extension du droit d'agir des associations tend vers l'admission d'une « action associative » pour reprendre l'expression de Monsieur Guinchard¹, soumise au principe de spécialité. Ainsi, au visa de l'article 31 du code de procédure civile, la Cour de cassation pose régulièrement « le principe qu'une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social ». Ce principe est appliqué à des associations même non agréées, pour leur permettre d'agir en dehors de toute habilitation législative², ou à des associations agréées pour étendre leur habilitation³.

Dans un tel climat jurisprudentiel, ne pourrait-on pas imaginer une association de professionnels (TPE-PME) agir en cessation d'une clause déséquilibrée et en répétition de l'indu sur le fondement de l'article L. 442-6, I du Code de commerce ? Attribuer ou non le droit de demander la cessation des pratiques abusives aux associations de professionnels, sur le modèle des associations de consommateurs, est une question qui s'est posée en doctrine notamment en matière de grande distribution, il y a déjà plusieurs années^{3 BIS}. Mesurant le risque

1. Guinchard (S.), *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Précis, 2013, n° 306, p. 718.

2. Cass. civ. 1^{re}, 18 sept. 2008, n° 06-22.038, *Bull. civ. I*, n° 201 : un arrêt d'appel déclare irrecevable une action menée par une association gérant un établissement recevant des myopathes au motif que les statuts ne prévoient pas la défense des intérêts des malades. L'association forme un pourvoi. La 1^{re} chambre civile casse l'arrêt au visa de l'article 31 du Code de procédure civile et de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, au motif que « même hors habilitation législative et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social ».

3. Cass. civ. 3^e, 26 sept. 2007, n° 04-20.636, *Bull. civ. III*, n° 155, *RTD civ.* 2008.35 note P. Jourdain : une cour d'appel accueille une action en démolition d'une maison avec piscine construite dans une zone inconstructible au moyen d'un permis de construire entaché d'illégalité, faite par une association agréée ayant pour objet la protection de l'environnement. Dans son pourvoi, la SCI immobilière contestait la recevabilité de l'action formée par l'association au moyen qu'elle ne justifiait pas d'un préjudice personnel causé par une infraction aux règles relatives à la protection de l'environnement, contrairement aux conditions posées par l'article L. 142-2 du Code de l'environnement. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif qu'« une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs, dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social ». Notons, comme le fait remarquer Monsieur Jourdain que la large diffusion de cet arrêt (P+B+R+I) semble « exprimer la volonté de la 3^e chambre civile d'élever au rang d'arrêt de principe » cet arrêt qui étend la recevabilité de l'action d'une association au-delà des conditions posées par la loi. Dans le même sens : TGI Paris 26 janvier 2008, *aff. Erika*, *JCP G* 2008 n° 12, II 100053, note B. Parance : dans lequel les juges du fond accueillent l'action civile exercée par les collectivités territoriales et les associations de protection de l'environnement pour la réparation non seulement des préjudices économiques et moraux issus de l'atteinte à l'environnement mais aussi celui du préjudice écologique pur. Comme le relève B. Parance, l'adéquation entre l'atteinte subie et les intérêts défendus spécialement par ces organismes, a permis aux juges du fond de dépasser « l'écueil du défaut de caractère personnel du préjudice écologique » pour admettre la recevabilité des actions en réparation.

d'actions en cessation menées par des fournisseurs de marques incontournables, Madame Behar-Touchais s'était montrée favorable à l'octroi d'un tel droit d'agir uniquement aux associations de « petits » fournisseurs (TPE-PME)¹. Les autorités publiques n'incitent-elles pas les acteurs du monde agricole à s'unir, se regrouper pour faire face à la puissance de la grande distribution² ? En dépit de leur effet seulement *ex post*, un tel droit d'agir des associations de professionnels constituerait un outil de rééquilibrage des relations contractuelles. Et de manière plus générale, en dehors du domaine agro-alimentaire, ce type d'actions participerait à une saine autorégulation des relations contractuelles, sans intervention d'une autorité publique habilitée. Dans un contentieux de masse comme celui des contrats de location financière, l'action d'une association de TPE-PME en cessation des clauses litigieuses dans tous les contrats type en cours d'exécution³ aurait pu avoir un retentissement important et une réelle efficacité. Il en a été de même en matière de délais de paiement, le législateur européen avait également invité les États membres à se doter d'organisations habilitées pour agir en cessation des clauses abusives⁴. Or force est de constater que ce remède n'a pas été transposé en droit français.

Synthèse. Pour optimiser la probabilité de la sanction civile confiscatoire, nous préconisons l'admission systématique de la recevabilité des actions exercées par des associations de professionnels (TPE-PME), dès lors que les intérêts collectifs au nom desquels elles agissent entrent dans leur objet social.

347. **Conclusion-transition.** L'effectivité de l'action privée confiscatoire et ce faisant l'effectivité de la sanction privée confiscatoire, reposent en premier lieu sur la « distribution » du droit d'agir à fin de sanction « extra-compensatoire ». Plus nombreuses sont les personnes habilitées à agir en confiscation du surprofit, plus grande sera la probabilité de la sanction privée. Ce qui suppose d'une part de revêtir l'action en responsabilité civile des victimes d'une seconde finalité distincte de l'indemnisation, sanctionner l'auteur de la faute dommageable lucrative. Ce qui suppose d'autre part de doter des personnes morales et physiques du droit d'agir des victimes lorsque celles-ci ne peuvent agir.

³ bis. Behar-Touchais (M.), « À la recherche d'une plus grande effectivité dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence », *RLC* 2005/2, p. 39-42.

1. *Ibid.* spéc. n° 8.

2. Comm. europ., *La politique agricole commune, un partenariat entre l'Europe et les agriculteurs*, 2012, spéc. p. 12 : « À la question posée pourquoi les agriculteurs ne bénéficient pas toujours d'un revenu juste ? « C'est pourquoi il est nécessaire d'encourager les agriculteurs à s'organiser et à renforcer leur position de négociation vis-à-vis des autres acteurs de la chaîne d'approvisionnement alimentaire ».

3. Voir *supra*, n° 86 : clause d'indépendance et clause résolutoire dans le contrat de location financière.

4. Article 7.5 Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales : « Parmi les moyens mentionnés au paragraphe 4 figurent des dispositions permettant aux organisations officiellement reconnues comme représentant les entreprises, ou ayant un intérêt légitime à les représenter, de saisir, conformément aux législations nationales applicables, les juridictions ou les instances administratives compétentes, au motif que les clauses contractuelles ou les pratiques sont manifestement abusives, au sens du paragraphe 1, de sorte qu'elles puissent recourir à des moyens appropriés et efficaces pour mettre fin à leur utilisation ».

Examinons à présent la seconde condition d'optimisation de l'action privée confiscatoire, son regroupement en cas de faute lucrative « de masse ».

§ 2 – REGROUPER LES DROITS D'AGIR DANS L'HYPOTHÈSE D'UNE FAUTE LUCRATIVE DE MASSE

348. **Le phénomène « d'apathie rationnelle » ou d'inertie collective en cas de dommage de masse.** Le contentieux de masse a longtemps souffert d'impunité en France. La faiblesse des dommages des victimes de pratique anticoncurrentielle ou de pratiques abusives par rapport au coût d'une procédure judiciaire individuelle a longtemps dissuadé les victimes d'agir en réparation.

La doctrine économique explique une telle inertie par le « paradoxe de l'action collective »¹. Selon l'économiste américain Mancur Olson, si les dommages sont dispersés parmi une myriade de clients, ceux-ci risquent de se laisser faire en l'absence d'un « coordinateur ». Ce paradoxe est accusé lorsqu'il s'agit de micro-dommages dont le *quantum* est inférieur aux frais d'une procédure individuelle. Auquel cas, les victimes n'ont pas d'« intérêt économique »² à agir, pour reprendre l'expression de Madame Bouthimon-Dumas. Ainsi, et en dépit de l'existence d'un intérêt juridique à agir (le dommage), elles n'exercent pas leur droit d'agir. Il en est de même si la faute dommageable procure à l'auteur un gain composé d'une infinité de micro-profits, insignifiants à l'échelle individuelle³.

Les entreprises qui s'adressent au grand public ont longtemps pu profiter et abuser du défaut d'action collective des clients lésés. Dans les contentieux de masse, l'inertie des victimes est prise en compte par les entreprises auteurs des pratiques illicites dommageables, dans leur calcul coût-avantage. Ce qui explique qu'aujourd'hui encore certaines fautes demeurent lucratives, nous citerons l'affaire des vins Margnat dans les années 1970⁴ et l'affaire plus récente de la viande chevaline qui éclata à l'hiver 2013 et plus généralement les pratiques anticoncurrentielles.

C'est pourquoi, la solution préconisée par la doctrine économique et revendiquée par la doctrine juridique consiste en la dotation dans chaque système juridique d'un recours collectif souple, permettant de diminuer les coûts individuels du procès et l'indemnisation des micro-dommages. Face à une faute lucrative générant un dommage de masse, un tel recours autoriserait de surcroît

1. Olson (M.), *La logique de l'action collective*, thèse 1965, cité in Mackaay (E.), Rousseau (S.), *op. cit.*, n° 26, p. 8, Conseil de l'analyse économique du droit, Rap. *Sur la protection du consommateur, rationalité limitée et régulation*, 2012, p. 28 et s., spéc. p. 42.

2. Bouthimon-Dumas (H.), « Quel remède au désintérêt économique à agir, l'action de groupe ou les dommages et intérêts punitifs ? », in « Les recours collectifs, quels enjeux stratégiques et économiques ? », (colloque), *RLDC* 2011, n° 28, p. 151.

3. Viney (G.), *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile*, *op. cit.* : « L'action de groupe s'attaque très souvent à des dommages qui ne seraient pas réparés si elle n'existait pas, tout simplement parce qu'ils sont insignifiants au niveau individuel, de telle sorte qu'ils ne peuvent justifier des actions individuelles ».

4. CA Aix en Provence 19 juin 1979, cité in Cas (G.), Ferrier (D.), *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986, n° 174 : Fraude du producteur qui avait mis en vente des bouteilles contenant 1,5 cl de moins que ce qui était annoncé en bouteille. La vente de 200 millions de bouteilles lui a procuré un bénéfice illicite de 14 millions de francs alors que le préjudice individuel de chaque consommateur s'élevait à 7 centimes de francs.

la captation de l'ensemble des micro-profits, ce qui optimiserait incontestablement l'action privée confiscatoire.

349. **Forces et faiblesses des recours collectifs du droit positif en cas de faute lucrative.** Déjà dans le *Livre blanc* relatif sur les actions privées contre les pratiques anticoncurrentielles, la Commission européenne avait invité les États membres à se doter de mécanismes permettant de regrouper les demandes d'indemnisation de victimes d'infractions aux règles de concurrence¹. Ces mécanismes devaient pallier l'inaction des consommateurs individuels ou des petites entreprises qui subissent de manière sporadique des dommages de faible valeur, mais qui sont souvent dissuadés d'engager des actions individuelles en dommages et intérêts en raison des coûts, des délais, des incertitudes, des risques et des contraintes d'une procédure.

Pour l'heure, le droit positif propose deux types de recours collectifs pour traiter le dommage de masse, l'action en représentation conjointe prévue initialement en droit de la consommation² (qui essaime en droit financier³ et en droit de l'environnement⁴) et l'action de groupe introduite par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation pour les litiges de consommation⁵ et étendue depuis en matière de santé par la loi de modernisation de notre système de santé⁶, puis étendue à nouveau par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle en matière de discrimination, d'environnement et de protection des données, faisant entrer l'action de groupe dans le Code de procédure civile⁷.

Ces deux modèles de recours collectif répondent à des règles différentes et aboutissent à des sanctions différentes. Il conviendra de montrer les limites de chacune dans l'hypothèse d'une faute lucrative de masse et de proposer la règle qui permettrait de les dépasser. Si un recours collectif permet d'obtenir la cessation d'une faute lucrative, la réparation des micro-préjudices, pourquoi n'aboutirait-il pas à la confiscation des micro-surprofits ?

Pour parvenir à un régime optimal du recours collectif confiscatoire, il conviendra d'en poser les conditions d'effectivité pour une plus grande probabilité d'action privée confiscatoire (A) et les conditions d'efficacité pour une confiscation totale des micro-profits illicites (B).

1. *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 2008, p. 4 et 5.

2. Art. L. 622-1 C. conso.

3. Art. L. 452-2 C.M.F.

4. Art. L. 142-3 C. Env.

5. Art. L. 421-3 C. conso, issu des articles 1 et 2 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, pour une analyse du régime de l'action de groupe voir, Molfessis (N.), « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.* 2014.947. Sur les limites de cette action de groupe voir : Bacache (M.), « L'action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.* 2014.450, Choné-Grimaldi (A.-S.), Raschel (L.), « L'action de groupe à la française, tout vient à point à qui sait attendre ! », *Rev. Resp. civ. et ass.* n° 5, Mai 2014, étude 4.

6. Art. 184 de la Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

7. Azar-Baud (M.-J.), « Variations autour du régime de l'action de groupe ; Note sous Décret n° 2017-888 du 6 mai 2017, décret relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance des droits prévues aux titres V et VI de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *Journal officiel* n° 0109 du 10 mai 2017, texte numéro 110 », *JCPE* 2017, n° 27, p. 37-42, du même auteur : « Droits, préjudices et prétention processuelle dans les actions de groupe », *JCPE* 2017, n° 26, p. 24-29.

A. Les conditions d'effectivité du recours collectif

Annnonce. Quel que soit le recours collectif, tous sont soumis à une double condition d'habilitation, l'une concernant le groupe (1), l'autre sa constitution (2), ce qui restreint l'effectivité de l'action privée confiscatoire.

1. Pour une habilitation diversifiée des associations en matière économique

350. **L'habilitation réservée aux associations de consommateurs, de lege lata.** Pour l'heure, en matière économique, la loi ne donne qualité à agir qu'aux associations de consommateurs légalement agréées en application de l'article L. 811-1 s. du Code de la consommation¹.

À ce titre, les associations sont restrictivement habilitées par la loi, ne sont concernées que les associations de consommateurs représentatives au niveau national et agréées. Or si nous cautionnons la condition d'habilitation légale de l'association pouvant mener le recours collectif quel qu'il soit, pourquoi la réserver à des associations représentant certains types de victimes ? Cette restriction déroge désormais à l'esprit du cadre commun posé par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, lequel confère qualité pour agir à toutes les associations agréées, et les associations constituées depuis plus de cinq ans et dont l'objet statutaire porte sur la protection des intérêts atteints². Le risque d'une telle sélection en matière économique étant d'exclure, à dessein ou non, la défense de certains intérêts, notamment les « petits » professionnels³, qui ne sont pas considérés comme des consommateurs lorsqu'ils agissent dans le cadre de leur « activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »⁴.

Or, nous avons montré à travers le résultat dommageable de la faute lucrative que les victimes de celle-ci peuvent être aussi des professionnels (concurrency déloyale, contrefaçon, *dol contractuel lucratif*). Ces derniers peuvent en effet faire l'objet de dommages sériels notamment s'ils sont parties à un contrat d'adhésion dans le cadre de leur activité professionnelle⁵. Il faudrait donc une habilitation élargie des associations pouvant mener un recours collectif.

351. **Pour une habilitation généralisée des associations, de lege feranda.** On regrette que ces recours collectifs excluent les victimes professionnelles. Or, il est aujourd'hui acquis qu'il est deux catégories de professionnels, les avertis et les non avertis, les puissants et les faibles. Les professionnels non avertis ou faibles, captifs de relations commerciales déséquilibrées, souffrent des abus

1. Le cadre commun posé par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle confère qualité pour agir à toutes les associations agréées, constituées depuis plus de cinq ans et dont l'objet statutaire porte sur la protection des intérêts atteints.

2. Art. 63 L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

3. Expression empruntée à : Choné-Grimaldi (A.-S.), Raschel (L.), « L'action de groupe à la française, tout vient à point à qui sait attendre ! », *Resp. civ. et ass.* n° 5, Mai 2014, étude 4, spéc. n° 9.

4. Article liminaire du Code de la consommation définit le consommateur de la façon suivante : « Pour l'application du présent code, on entend par "consommateur" : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

5. Exemple du contrat de location financière, voir *supra*, n° 86.

de toute sorte, au même titre que les consommateurs, qui demeurent pour la plupart non sanctionnés.

Dès lors, nous plaignons pour une unique condition d'habilitation légale de l'association relative au groupement et non à l'intérêt qu'il défend. Ainsi toute association pourrait mener un recours collectif dès lors que l'intérêt qu'elle défend, à travers l'action, entre dans leur objet social, conformément au courant jurisprudentiel majoritaire^{1,2} et désormais au cadre commun de l'action de groupe.

Au-delà de la condition d'habilitation du groupement portant le recours collectif, s'ajoute une condition relative à la constitution du groupe dont l'intérêt est représenté.

2. Pour un champ d'application large de l'action de groupe

Annonce. Le regroupement des actions privées confiscatoires peut également être soumis à une condition de champ d'application. Nous verrons que le champ d'application prévu en droit positif, ne concorde pas encore parfaitement avec la diversité de la faute lucrative de masse, ce qui limite encore l'intérêt du recours collectif en cas de faute lucrative.

352. **Le domaine de l'habilitation de lege lata, un préjudice déterminé issu d'une cause commune.** Si la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle définit un socle commun de l'action de groupe, l'extension de l'action de groupe demeure encore sectorielle. En d'autres termes, chaque action de groupe s'inscrit dans un champ d'application restreint et déterminé à deux égards : par la nature du manquement et par la nature du préjudice. En effet c'est généralement le Code dans lequel est inséré le recours collectif qui indique et circonscrit son champ d'application. Soit le recours concerne les préjudices de la consommation, soit les préjudices individuels issus d'un dommage environnemental, soit les préjudices corporels issus des produits de la santé etc. En d'autres termes, le domaine de l'habilitation est généralement limité à un type de préjudice. C'est la méthode employée par le législateur : une extension de l'action de groupe sectorielle, « sous contrôle ».

Ainsi, les articles L. 623-1 et L. 623-2 du Code de la consommation circonscrivent l'action de groupe à la réparation des préjudices patrimoniaux résultant d'un manquement similaire commis par un professionnel à l'occasion d'un contrat de vente de bien ou fourniture de service, ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du code de commerce ou des articles 101 et 102 du TFUE³. Le fait générateur est

1. Voir *supra*, n° 346.

2. Guégan-Lecuyer (A.), *Les dommages de masse et la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 375-381, p. 430 : l'auteur plaide aussi en faveur d'une « approche très ouverte » des personnes susceptibles d'avoir l'initiative de la procédure, car « il s'agit d'un gage d'efficacité pour cette procédure ». En contrepartie, elle préconise d'une part l'attribution du contentieux de dommage de masse à certaines juridictions et d'autre part un contrôle préalable de la représentativité de celui qui agit au nom du groupe de victimes au stade de l'appréciation par le juge de la recevabilité de l'action.

3. Art. L. 623-1, 2° C. com. L'article ne vise que l'action dite *follow on*, c'est à dire suivant une décision rendue par une autorité de la concurrence, ce qui exclut l'action *stand alone*, action menée indépendamment de toute procédure administrative.

assez largement entendu dans le système de l'action de groupe. Madame Choné-Grimaldi et Monsieur Raschel font observer que les manquements du professionnel visés à l'article précité englobent tous les manquements à une obligation légale ou contractuelle « résultant d'une violation d'une disposition du code précité ». Selon ces auteurs, une action de groupe pourrait donc être intentée dans l'hypothèse d'une mise en jeu de la responsabilité des produits défectueux¹. Un tel champ d'application ne permettrait-il pas également aux consommateurs victimes d'un fait de concurrence déloyale de mener une action de groupe à l'encontre de son auteur, résolvant ainsi le paradoxe soulevé par Monsieur Calais-Auloy² ? Dans le même esprit, l'action en représentation conjointe vise la réparation des « préjudices individuels » de consommation, causés par le fait d'un même professionnel et qui ont une origine commune, conformément à l'article L. 622-1 du Code de la consommation. Le champ d'application de cette action est plus large que celui de l'action de groupe, dans la mesure où il inclut tous les préjudices et tous les faits générateurs. Cependant, son efficacité est réduite à néant par la condition de mandat, nous y reviendrons.

Parce que le domaine est chaque fois strictement défini par la loi, aucun ne permet d'embrasser la diversité des dommages de masse causés par une faute lucrative. Seul un champ d'application largement ouvert permettrait la constitution d'une action de groupe en cas de dommage de masse provoqué par une faute lucrative.

353. ***Le domaine de l'habilitation de lege feranda, l'existence d'un préjudice commun quel qu'il soit.*** Deux conditions du champ d'application garantiraient une couverture suffisante des dommages de masse provoqués par une faute lucrative, l'existence d'une cause commune des préjudices sériels et l'existence d'un préjudice individuel, quel qu'il soit.

La première condition est pour l'heure retenue dans les deux types de recours collectifs du droit positif, action en représentation conjointe et action de groupe. Elle consiste à rassembler les victimes au regard de la cause de leurs préjudices, ces derniers devant être causés par un même fait d'un professionnel.

La seconde condition serait un préjudice quel qu'il soit, c'est-à-dire quelque soit sa nature (patrimonial ou extrapatrimonial). Cette condition en revanche s'éloigne du système de l'action de groupe et se rapproche de l'action en représentation conjointe. L'habilitation ne doit pas être circonscrite à un type de préjudice déterminé (préjudice lié à l'intérêt collectif ou préjudice patrimonial), mais au contraire doit couvrir tout type de préjudice.

Avant l'adoption de la loi du 18 novembre 2016, nous plaiderions, à l'instar de Madame Guégan-Lecuyer³, en faveur de l'introduction d'un socle commun

1. Choné-Grimaldi (A.-S.), Raschel (L.), *op. cit.*, n° 8.

2. Calais-Auloy (J.), « Concurrence déloyale et protection des consommateurs », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 59 : Selon cet auteur, l'action en concurrence déloyale tend à protéger les intérêts des consommateurs mais ne peut être diligentée par eux ni par associations, l'action étant ouverte seulement aux professionnels. Pour résoudre ce paradoxe, il préconise l'élargissement de cette action.

3. Guégan-Lecuyer (A.), *Les dommages de masse et la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 372 et s., p. 428 et s. : les propositions pour l'élaboration d'une action en responsabilité civile adaptée aux particularités des dommages de masse faites par l'auteure dessinent une procédure unique qui a vocation à

de l'action de groupe reposant, notamment sur ces deux conditions. Or, désormais, depuis la loi portant réforme de la justice du XXI^e siècle, ces deux conditions sont énoncées à l'article 77-10-3 du code de l'organisation judiciaire, sous réserve des cadres spéciaux des actions de groupe sectorielles.

B. Les conditions d'efficacité du recours collectif

Annnonce. L'efficacité du recours collectif dans l'hypothèse d'une faute lucrative de masse repose sur deux conditions, la portée confiscatoire de l'habilitation (2) et la constitution *opt out* du groupe, sans laquelle les micro-surprofits des victimes non déclarées demeureraient dans les mains du fautif (1).

1. La constitution *opt out* du groupe en cas de faute lucrative

354. **L'inefficacité de la constitution *opt in* du groupe, en cas de faute lucrative.** Il existe deux modes de constitution du groupe. Soit les consommateurs victimes doivent donner mandat exprès à l'association pour agir, conformément à un modèle de l'*opt in*. Soit au contraire, le groupe est constitué automatiquement de tous les consommateurs potentiellement victimes, à défaut de leur exclusion expresse, conformément au modèle *opt out*.

Pour l'heure, le modèle majoritairement retenu en droit français est le premier, d'une part l'action en représentation conjointe requiert le mandat écrit d'au moins deux¹, d'autre part, l'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante pour l'action de groupe². Dans les deux recours, le groupe se constitue de manière expresse, ou *opt in*, les plaignants doivent manifester leur volonté d'adhérer à l'action en justice. En droit de la consommation néanmoins, la procédure dite simplifiée d'action de groupe offre un exemple d'action de groupe selon le modèle *opt out*³. Mais cette procédure suppose que les victimes soient identifiables (ce qui est possible grâce aux fichiers clients) et que leurs préjudices patrimoniaux soient d'un même montant (cette condition en revanche risque de rendre la procédure à titre exceptionnel). Une telle procédure pourrait porter des fruits intéressants (et dissuasifs) dans le cas d'un *cartel* comme celui de la téléphonie mobile.

Néanmoins, cette modalité du recours collectif a été le point d'achoppement des réflexions doctrinales et politiques, ce qui a sans doute participé au report de l'adoption d'une action de groupe en droit français. Une modalité supplémentaire a néanmoins été ajoutée à la nouvelle action de groupe pour rassembler le maximum d'adhésion, tandis que le système de l'action en représentation conjointe était fondé sur un modèle *opt in* sans publicité n'offrant que peu de garanties de succès⁴, c'est un système *opt in* avec publicité aux frais du profes-

répondre à la diversité des contentieux de masse. On regrette toutefois que l'auteure n'ait pas proposé des dispositions législatives *de lege feranda* destinées à s'insérer dans le Code de procédure civile.

1. Art. L. 622-1 C. conso.

2. Art. 77-10-10 C.O.J.

3. Art. L. 623-14 C. conso.

4. Art. L. 622-2 C. conso.

sionnel fautif, qui avait été consacré dans l'action en cessation d'agissements illicites¹ et repris dans l'action de groupe de la *loi Hamon*². Cette question de l'information est pourtant essentielle puisque de la portée de la mesure de publicité dépendra le nombre de victimes parties à l'action. Si l'article R. 623-16 du Code de la consommation précise le contenu des mesures d'informations des consommateurs, il demeure silencieux sur la forme que peut adopter la mesure de publicité. Le législateur avait déjà posé des restrictions concernant les actions en représentation conjointe, l'article L. 622-2 du dit Code dispose à cet effet que « le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée » et ce, même quand les préjudices individuels sont d'un faible montant³. Le décret d'application n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe n'apporte pas plus d'information à ce sujet. C'est à la circulaire d'application du 26 septembre 2014 qu'il faut donc se référer⁴. Celle-ci fait preuve d'une « ouverture » que certains auteurs comme Madame Choné-Grimaldi ont saluée, en effet, la circulaire autorise que l'information prenne la forme « d'une publication dans la presse locale ou nationale, d'un communiqué sur un site internet ou sur un support audiovisuel ou d'une information individuelle sur support papier ou électronique »⁵.

Malgré l'efficacité probable de telles mesures de publicité, grand est le risque qu'en cas de faute lucrative, un système *opt in* avec publicité risque de compromettre notre objectif de confiscation. *Car il suffit que certaines victimes n'adhèrent pas expressément à l'action pour que l'auteur conserve le profit illicite lié à leur préjudice individuel et que ce faisant, la faute demeure partiellement lucrative pour l'auteur.*

355. La constitution *opt out*, condition de la confiscation totale des micro-surprofits. L'objectif *a minima* de confiscation du surprofit ne peut être atteint avec une action de groupe type *opt in*. En effet, il suffit qu'une minorité de victimes ne se manifestent pas pour que la faute à l'origine du dommage de masse demeure lucrative.

À l'inverse, le système *opt out* parce qu'il recense l'ensemble des victimes potentielles, permet de confisquer tous les micro-profits retirés par l'auteur de la faute lucrative⁶.

1. Art. L 621-8 *in fine* C. conso.

2. Art. L. 623-7 C. conso. : dans la décision statuant sur la responsabilité du professionnel, le juge ordonne et met à la charge du professionnel, les mesures de publicité de cette décision pour informer les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe.

3. Application de l'art. L. 422-1 C. conso : Cass. civ. 1re, 26 mai 2011, n° 10-15.676 : la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par UFC que choisir contre un arrêt d'appel qui a déclaré nulle l'assignation en réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle, au motif que la Cour a exactement retenu que les mesures de démarchage et d'appel au public qui avaient effectuées pour solliciter le mandat étaient contraire aux prescriptions de l'article L. 422-1 du Code de consommation.

4. Choné-Grimaldi (A.-S.), Raschel (L.), « Le décret relatif à l'action de groupe, entre espoir et inquiétude », *Rev. Resp. civ. et ass.* 2014, n° 11, étude 9, spéc. n° 3.

5. Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, p. 9.

6. Système d'inclusion dit « *opt out* », pratiqué dans les législations d'Amérique du Nord, selon

Aussi préconisons-nous un système dualiste de constitution du groupe, *opt out/opt in*. Pour éviter que les associations ne recourent systématiquement à la constitution *opt out*, cette modalité pourra être réservée au cas de faute lucrative.

PROPOSITION DE THÈSE :

Ajout d'un troisième alinéa à l'article L. 623-9 du Code de consommation supprimant la condition de mandat en cas de faute lucrative, permettant ainsi la confiscation totale des micro-profits générés par un manquement professionnel similaire :

Art. L. 623-9 C. conso. « En cas de faute lucrative, l'adhésion au groupe n'est pas nécessaire pour constituer ledit groupe ».

2. La portée « extra-compensatoire » de l'habilitation

356. **La possibilité de demander une mesure de cessation aux effets intra-groupe.** Outre la réparation des préjudices individuels causés par le fait illicite, l'effet recherché par un recours collectif en cas de dommage de masse c'est en premier lieu, la cessation du fait illicite à l'origine du dommage sériel.

Or, le choix de la constitution du groupe est déterminant dans l'étendue des effets d'une telle mesure. Dans un système *opt in*, la cessation ne produit des effets qu'à l'égard des victimes déclarées. Par conséquent, la situation illicite demeure auprès des victimes non déclarées. À l'inverse, dans un système *opt out*, la mesure de cessation produit des effets à l'égard des victimes potentielles qui subissent la situation illicite. Seul ce système permettrait donc qu'une faute lucrative cesse d'être lucrative.

Sans méconnaître la prohibition des arrêts de règlement de l'article 5 du Code civil, cette disposition produirait un effet intermédiaire entre l'effet *erga omnes* et l'effet *inter partes*, qui est l'effet intra groupe. Adjoint à un système d'*opt out*, l'effet intra groupe d'une mesure de cessation garantirait la neutralisation pleine et entière d'une faute lucrative, sans enfreindre la prohibition de l'article précité.

Une telle habilitation existe déjà en droit positif, elle concerne l'action collective en cessation d'agissements illicites de l'article L. 621-7 du Code de la consommation. Parce que le fait fautif cause un préjudice personnel à l'association de consommateurs, celle-ci peut en demander la cessation. L'article L 621-8 alinéa 2 du code précité dispose en effet qu'il peut être demandé au juge de « déclarer cette [clause illicite ou abusive dans tout contrat type] clause réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs [...] ». Puisque la mesure de cessation est inhérente au préjudice de l'association, son effet s'étend inévitablement à tous les faits fautifs à l'origine de son dommage. Cette disposition a donc bien pour effet d'étendre la mesure de réparation en nature à toutes les victimes potentielles, y compris celles qui s'ignorent. Une telle modalité est indiscutablement propice à la cessation d'une faute lucrative de masse.

lequel les membres du groupe n'ont pas à s'inscrire ou à solliciter une personne pour bénéficier des effets du jugement.

Pour autant, si une telle mesure suffit à mettre fin à une faute lucrative de masse, elle ne permet pas de dissuader l'auteur de la commettre.

357. **La possibilité de demander des sanctions extra-compensatoires.** Pour l'heure, les recours collectifs ont vocation à faire cesser le manquement ou obtenir la réparation des préjudices des victimes de dommage de masse. Hormis ces mesures de « réparation » (en nature et par équivalent), ni l'action en représentation conjointe ni l'action de groupe ne peuvent donner lieu au prononcé d'une sanction normative, voire punitive.

Pourtant ces actions en représentation, ayant vocation à défendre les intérêts individuels de leurs membres, les conditions d'intérêt et de qualité à agir s'apprécient au regard des personnes représentées, en l'occurrence les victimes. Or, nous avons montré au préalable qu'en présence d'une faute lucrative, les victimes ont un intérêt à obtenir réparation du préjudice au même titre que la sanction de la faute qui en est l'origine et ainsi la confiscation du profit tiré de la faute dommageable.

Aussi, il n'y a pas d'obstacle théorique à ce qu'une association agissant dans l'intérêt individuel des victimes puisse exercer tous les droits de celles-ci, comme demander le prononcé d'une sanction extra-compensatoire. Libre au juge, en fonction de l'espèce, d'accorder l'une des trois sanctions confiscatoires du surprofit. Une réserve doit néanmoins être émise quant à l'association du recours collectif et de la *peine privée*. Le risque de sur-dissuasion entraînerait un effet contreproductif et une menace trop pesante pour les entreprises¹. Aussi, en cas de constitution du groupe selon la modalité *opt in*, le prononcé d'une *peine privée* ou *semi-privée* pourrait être souhaité pour compenser les victimes absentes. Alors qu'en cas de constitution du groupe selon la modalité *opt out*, le prononcé d'une simple mesure de confiscation suffirait.

358. **L'affectation du surprofit à l'association, source de financement de celle-ci.** Pour résoudre la difficulté du financement des associations habilitées à agir dans la défense d'intérêts collectifs, l'affectation des sanctions civiles (extra-compensatoire et compensatoire) pourrait constituer une solution.

Dans le cas où le juge refuserait l'affectation des micro-surprofits aux victimes déclarées, la somme des surprofits pourrait revenir à l'association qui aura porté l'action. De même, dans un système *opt out*, le reliquat des micro-profits, voire des dommages et intérêts compensatoires, non réclamé pourrait également revenir à l'association qui aura pris le risque de l'action. Une telle modalité présente deux vertus, la confiscation pleine et entière des surprofits des mains de l'auteur de la faute lucrative et le financement du risque pris par l'association.

Enfin, une telle modalité éviterait de recourir à des financements privés, même non corrélés aux marchés financiers, qui alimenteraient une spéculation sur l'issue des litiges. On pense notamment à ces sociétés privées cessionnaires auxquelles des victimes cèdent leur créance de réparation, et qui font appel à un

1. En droit *antitrust*, il est acquis que le risque d'une sur-dissuasion à l'encontre des firmes dominantes à travers un *over enforcement* des lois *Antitrust* lié au *private enforcement*, est tout aussi préjudiciable qu'un *under protection*, en termes de bien être collectif.

financement extérieur (fonds d'investissement, établissement bancaire) pour exercer les droits des cédants à travers une action commune.

Conclusion de la première section. Ces développements nous ont permis d'identifier principalement trois conditions pour augmenter la probabilité de l'action privée confiscatoire, et ce faisant celle de la sanction privée confiscatoire.

Il s'agit :

- d'une part de *reconnaître un intérêt à agir à fin de sanction extra-compensatoire de la faute, à la victime sur le fondement de l'article 31 du Code de procédure civile,*
- d'autre part, d'*admettre la recevabilité de toutes les actions menées par une association dès lors que l'intérêt qu'elle défend entre dans son objet social,*
- et enfin d'*affecter tout ou partie du surprofit à celui qui exerce l'action privée confiscatoire.*

SECTION II : LES FACTEURS D'EFFECTIVITÉ PROPRES À L'ACTION PUBLIQUE CONFISCATOIRE

359. **Les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de l'action publique confiscatoire.** Rappelons que l'action publique a pour but de « poursuivre et de constater les infractions »¹ en vue du prononcé d'une sanction répressive². Or, pour que l'action publique soit exercée à dessein, il faut au préalable que l'autorité de poursuite ait connaissance de l'existence d'une infraction. C'est le premier point d'achoppement de l'action publique confiscatoire. En effet, nous verrons que l'infraction lucrative, contrairement à une infraction ordinaire, est particulièrement opaque. Car plus longtemps elle demeure dans la confidentialité, plus grande sera sa rentabilité. Aussi les autorités de poursuite doivent-elles se doter de moyens de détection dérogatoire (§ 1).

Une fois informée, l'autorité de poursuite peut décider de mettre en œuvre ou non la sanction publique confiscatoire. Le pouvoir discrétionnaire dont certaines autorités disposent face à ce choix, appelé opportunité des poursuites constitue le second point d'achoppement de la sanction publique confiscatoire. Il conviendra donc de recenser les moyens permettant d'optimiser la mise en œuvre de l'action publique (§ 2).

§ 1 - ENCOURAGER LA DÉNONCIATION DES FAUTES LUCRATIVES OPAQUES

360. **L'opacité, facteur de rentabilité.** Parce qu'elles poursuivent un but lucratif, les fautes lucratives ont intérêt à prospérer pour être les plus rentables possible. Aussi présentent-elles une particularité par rapport aux autres fautes, intentionnelles et non intentionnelles, l'opacité. La maladresse et l'intention de nuire s'accommodent mal de la discrétion. En revanche, l'*animus cupidi* a tout

1. Idot (L.), « Articulation entre *private* et *public enforcement* », *Rev. Europe* n° 8, Août 2011, comm. 308, n° 1.

2. Art. 31 C.P.P.

intérêt à rester discret, car plus longue sera sa clandestinité, plus grande sera sa rentabilité.

On remarquera que cette opacité se vérifie surtout pour certaines infractions lucratives, *cartel*, contrefaçon, fraudes, etc. Pourquoi ? Sans doute à cause de la dilution des violations des droits subjectifs dans l'atteinte à l'intérêt général¹. L'atteinte au droit subjectif, moins ressentie par les victimes², est donc moins visible. À l'inverse, cette opacité se vérifie moins pour les délits civils lucratifs dans la mesure où, la menace d'atteinte à un intérêt subjectif, voire l'atteinte consommée provoque une réaction immédiate chez la victime, la faire cesser et sanctionner.

Or, tant que la faute lucrative demeure opaque, l'autorité de poursuite ne peut exercer son droit d'agir. Pour sortir de l'opacité, il faut donc que toute information quelle que soit la personne qui la détienne, soit portée à la connaissance de l'autorité de poursuite.

361. **L'alerte, outil de détection d'une faute lucrative opaque.** L'« alerte », traduction de son homonyme anglophone « *whistleblowing* »³, est aujourd'hui un remède très prisé par le législateur pour prévenir les scandales financiers, sanitaires ou écologiques. Il permet à celui qui en a connaissance de signaler des dysfonctionnements à une autorité compétente, soit interne à l'organisation à laquelle il appartient, soit externe à celle-ci⁴. Bien connue en droit des sociétés pour détecter les fraudes comptables et financières depuis l'*affaire Enron* et la *loi Sarbanes Oxley* qui s'ensuivit⁵, l'alerte se généralise aujourd'hui à tous les risques de l'entreprise.

Contrairement au dispositif américain très soucieux de l'efficacité de l'alerte et de la protection des *whistleblowers*, le législateur français s'est surtout inquiété de la protection des données personnelles de la personne mise en cause⁶. Parce que le procédé est potentiellement dangereux pour les libertés individuelles des salariés (cible et auteur de dénonciation), tout dispositif d'alerte doit être déclaré auprès de la CNIL⁷, qui en pose les conditions d'admission en vertu de l'autorisation unique AU-004⁸. Toutefois, sous l'impulsion du législateur^{8 bis}, la CNIL a du

1. Certaines infractions lucratives pouvant de surcroît constituer des infractions d'intérêt général : Voir *infra*, n° 127.

2. Si ce n'est existant, cas des infractions d'intérêt général.

3. Traduction littérale, « coup de sifflet », *whistleblower*, « lanceur d'alerte ».

4. L'article 6 de la Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin II » définit le lanceur d'alerte comme : « une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance ».

5. *Loi américaine Sarbanes Oxley* du 31 juillet 2002, section 301 (4) suite à l'*affaire Enron*, impose aux sociétés cotées à la bourse de New York et à leurs filiales de mettre en place des procédures permettant aux salariés de dénoncer des fraudes comptables et financières en interne.

6. Deckert (K.), Sweeney (M.), « L'alerte professionnelle », *RIDC* 2014-2, p. 495-528, spéc. p. 523.

7. Cass soc, 8 décembre 2009, n° 08-17.191, *RSC* 2010.483, note F. Barrière.

8. Délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle, modifiée par la délibération n° 2014-042 du 30 janvier 2014, *JO* 11 févr. 2014, puis par la délibération n° 2017-191, 22 juin 2017.

élargir le champ d'application des dits programmes. On voit donc fleurir des procédures d'alerte dans tous les domaines présentant un risque pour l'entreprise, comptable¹, santé au travail², environnemental et sanitaire³, délinquance fiscale et conflit d'intérêts⁴, concurrence⁵ et dernièrement en matière de corruption⁶.

Parce qu'elle facilite la détection d'infraction, l'alerte peut constituer un moyen précieux de détection des fautes lucratives auprès des autorités de poursuite. On s'interrogera sur les moyens d'encourager les signalements de faute lucrative. Ces facteurs incitatifs varient selon qu'il s'agisse de stimuler l'autodénonciation (A) ou la dénonciation d'autrui (B).

A. Inciter l'auteur d'une faute lucrative à se dénoncer, la prime à l'autodénonciation

362. **La prime à l'autodénonciation.** La prise de conscience du « coût » pour l'État⁷, ou plutôt de son manque à gagner, que représente l'évasion fiscale a redonné à la « prime à l'autodénonciation » une dose d'actualité^{8,9}. Bien ancrée en droit pénal pour démanteler les réseaux de criminalité organisée, elle est aujourd'hui un outil imparable de détection des ententes en droit de la concurrence. Il ressort des travaux d'analyse économique du droit que cette « prime à la dénonciation »¹⁰, pour reprendre l'expression de Madame Chagny, est un pre-

8 bis. Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

1. Voir Art. 11-2 du règlement CRBF n° 97-02 relatif au contrôle interne des établissements de crédit des entreprises d'investissements. Article met en place une procédure d'alerte des dysfonctionnements relatifs aux mécanismes et procédure de contrôle interne permettant à tout dirigeant ou préposé de faire part au responsable d'un dysfonctionnement (non respect des dispositions législatives et réglementaires régissant activité de l'établissement de crédit ou entre d'investissement).

2. Alerte spécifique en matière de santé publique et d'environnement : Art. L. 4133-1 C.T, Art. L. 1351-1 C.S.P.

3. Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, Décret n° 2014-324 du 11 mars 2014 relatif à l'exercice du droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement dans l'entreprise.

4. Loi n° 2013-907, 11 octobre 2013, Loi n° 2013-1117, 6 déc. 2013, Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin II ».

5. Autorité de la concurrence, Document - cadre 10 février 2012, sur les programmes de conformité aux règles de concurrence.

6. Loi n° 2016-1911 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 6 et s.

7. Chiffré entre 30 et 36 milliards le coût pour l'État de l'évasion fiscale, voir rapport Bocquet (E.), (dir.), *Commission d'enquête sur l'évasion fiscale et les actifs hors de France et ses incidences fiscales*, n° 673, juillet 2012, en ligne [http://www.senat.fr].

8. C'est la circulaire Cazeneuve du 21 juin 2013 qui initia le mouvement d'amnistie fiscale, les personnes qui entendaient régulariser leur situation devaient alors s'acquitter des impôts dus majorés des intérêts de retard mais se voyaient en contrepartie exemptées pour partie des pénalités légales. Le manque de transparence des remises a cependant fragilisé l'efficacité du système.

9. Loi n° 2013-1117, 6 déc. 2013, JO 7 décembre, relative à la lutte contre la fraude fiscale, l'article 5 prévoit un statut de repentir pour l'évadé fiscal coopératif. À ce titre, tous ceux dont la coopération avec l'administration fiscale permet d'empêcher la réalisation d'une infraction ou de la faire cesser, bénéficient d'une réduction de moitié de la peine privative de liberté.

10. Chagny (M.), « La prime à la dénonciation (clémence et repentis) », in *La dénonciation en droit privé*, colloque, dir. M. Behar-Touchais, Economica, 2010, p. 137.

mier levier d'incitation incontournable à la détection des fautes lucratives les plus opaques. La doctrine économique en pose les conditions de succès, parmi lesquelles figure la criminalité organisée.

On ne s'étonnera pas de constater le développement de la prime à l'autodénonciation dans des contentieux particulièrement touchés par une délinquance d'affaires organisée (1). Toutefois, pour que ce mécanisme de détection des fautes lucratives opaques fonctionne, il faut que la prime soit « assurée », consolidée. Ainsi le demandeur de clémence de type 1 en droit de la concurrence doit pouvoir bénéficier d'une clémence répressive totale, immunité pénale et immunité commerciale (2). Pour autant, l'impunité répressive n'est pas synonyme d'irresponsabilité, défend Madame Chagny¹. Nous ajouterons qu'en présence d'une faute lucrative, l'impunité répressive ne doit en aucun cas permettre au délinquant économique de conserver le surprofit (3).

1. *Pour un recours systématique à la prime à l'autodénonciation dans tous les cas de délinquance d'affaires organisée*

363. *Les conditions de succès de l'autodénonciation posées par la doctrine économique : les enseignements du dilemme du prisonnier.* Pour comprendre le succès de ce mécanisme d'autodénonciation notamment en matière de fautes lucratives, il faut au préalable identifier les deux raisons qui peuvent pousser le délinquant à s'autodénoncer, la rationalité économique de l'auteur d'une faute lucrative et l'instabilité endémique de la situation illicite pour le(s) délinquant(s)².

L'autodénonciation s'inspire des enseignements de la microéconomie, et plus précisément de la théorie des jeux, qui a pour objet d'expliquer et d'anticiper les comportements humains. Parmi les jeux dits de coopération, l'un d'eux, appelé « le dilemme du prisonnier »³ permet de comprendre l'intérêt retiré par un délinquant dans l'autodénonciation. Ce « jeu » part du postulat que les délinquants économiques sont des joueurs rationnels qui veulent maximiser leurs gains. Ils agissent donc de façon stratégique⁴. Or, l'idée véhiculée par un jeu de coopération sous-tend que « la coopération est avantageuse et préférable au refus des joueurs de coopérer »⁵.

1. *Loc. cit.*

2. À propos de l'instabilité d'un cartel, Philippe (J.), Guyon (A.), Gurov (I.), « Les cartels internationaux », in *La modernisation du droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 178-248, spéc. p. 181 : l'auteur l'explique cette instabilité endémique par « la tentation permanente d'adopter des comportements maximalisant le profit individuel aux dépens des autres membres du cartel ». Il ajoute qu'« en termes de théorie des jeux, le point de cartel n'est pas « un équilibre de Nash », ce n'est pas un point spontanément stable, chaque joueur ayant envie de s'en écarter ».

3. Inventé par Albert W. Tucker à Princeton en 1950 voir, Mackaay (E.), Rousseau (S.), *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, n° 192 et s.

4. Petit (N.), *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2013, spéc. n° 318, p. 136, note 6 : « la théorie des jeux est une théorie mathématique. Elle part du postulat que les producteurs sont des joueurs qui cherchent à maximiser leurs gains. Ils agissent donc de façon stratégique ».

5. Mackaay (E.), Rousseau (S.) *op. cit.*, n° 177, p. 49 : si l'un dénonce l'autre, le délateur est remis en liberté alors que le second obtient la peine maximale (3 ans de prison), si les deux s'accusent mutuellement, ils seront condamnés tous deux à une peine moindre (2 ans), si les deux refusent de dénoncer, la peine sera minimale faute d'éléments et ils seront condamnés pour une infraction mineure à une peine mineure (1 an).

En effet, la particularité de ce jeu est qu'il offre aux joueurs, suspectés d'avoir commis un meurtre, la possibilité de coopérer avec la police moyennant une remise de peine. Diluée dans trois options¹, cette offre a pour effet de créer un climat délétère entre les joueurs, favorable à l'enquêteur. Il résulte du jeu que l'option optimale est la « délation réciproque ». La solution de ce jeu consiste donc en un comportement agressif. *Il nous enseigne d'une part qu'une offre de collaboration avec les autorités alimente l'instabilité du crime et la désolidarisation des joueurs. Il nous enseigne d'autre part que dans une telle conjoncture, la rationalité conduit à une solution très favorable à l'enquêteur puisqu'elle lui permet de récolter le maximum d'informations pour son enquête.*

Ce jeu est donc tout à fait adapté à une situation de faute lucrative, opaque, en offrant aux délinquants la possibilité de dénoncer leurs complices aux autorités moyennant une remise de peine, il crée un climat d'insécurité propice à la détection de l'infraction. Par conséquent, on ne s'étonnera pas d'observer que le droit positif a institué des mécanismes d'autodénonciation moyennant remise de peine, notamment dans les contentieux les plus opaques et lucratifs.

Bien que sa légitimité ait pu être discutée d'un point de vue moral^{2,3}, la prime à l'autodénonciation a le mérite d'être en adéquation avec le raisonnement des bénéficiaires potentiels, des agents doués de rationalité économique, exclusivement. Son but consiste à susciter la coopération des délinquants économiques pour détecter l'indétectable et prévenir la réalisation de dommage irréversible. On ne s'étonnera donc pas de constater le déploiement d'un tel mécanisme de détection en droit positif, notamment dans les contentieux de délinquance d'affaires.

364. Pour une extension du statut repentir à tous les cas de délinquance d'affaires. Inspiré du « système des récompenses »⁴ institué par une législation italienne anti-mafia de 1992, le « statut de repentir » offre à celui qui dénonce les auteurs ou complices d'une infraction en cours de préparation, et permet ainsi d'en éviter sa réalisation ou la cessation, une exemption ou diminution de peine.

Développé par la *loi Perben II* du 9 mars 2004⁵, ce statut est régi à l'article 132-78 alinéa 2 du Code pénal qui le quel « *Dans les cas prévus par la loi, la durée de la peine privative de liberté encourue par une personne ayant commis un crime*

1. *Ibid.* n° 192 et s., p54 et s..

2. Guevel (D.), « Le concept de clémence », in *La clémence et le droit*, J.-M. Jude (dir.), Economica, 2011, p. 1-14, spéc. n° 28, p. 10 : Cette « délation rémunérée » traduit une philosophie utilitariste, une stratégie économique efficiente de détection de l'illicite, désincarnée de toute morale.

3. Guevel (D.), préc, n° 13, p. 5 : l'auteur explique que traditionnellement, la clémence est une exemption désintéressée accordée à un bénéficiaire, gratuitement, spontanément et sans contrepartie. Elle est une « vertu », une grâce qui ne se commande pas, et qui est réservée à ceux qui témoignent une démarche sincère de repentir.

4. Papa (M.), « La nouvelle législation italienne en matière de criminalité organisée », *RSC* 1993, p. 725, spéc. n° 3-1 : l'auteur explique que ce mécanisme avait pour but de susciter la « dissociation » des membres d'une organisation mafieuse et permettre ainsi son démantèlement. Une importante réduction de peine (un tiers à la moitié de la peine encourue) était accordée à ceux qui se dissociaient d'un crime d'association mafieuse ou d'un crime commis en profitant des conditions créées par l'association ou dans le but de l'aider. Voir aussi : Palazzo (F.), « La législation italienne contre la criminalité organisée », *RSC* 1995, p. 711, spéc. n° 4, Ducouloux-Favard (C.), « Réflexions sur les repentis et les collaborateurs au regard du droit italien », *Gaz. Pal.* 2003, p. 2045.

5. Sur cette réforme : Mihman (A.), « Exemption et réduction de peine pour les repentis, apports de la loi du 9 mars 2004, dite loi Perben II », *Droit pénal* 2005, chr. 1, p. 6.

ou un délit est réduite si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou complices »¹. Lorsque la dénonciation a « permis de faire cesser ou d'éviter la commission de l'infraction », elle entraîne une réduction de peine allant jusqu'au tiers de la peine prononcée, conformément à l'article 721-3 Code de procédure pénale. Une telle réduction s'imposant au juge, précise l'article 132-78 alinéa 2 du Code pénal.

Par conséquent, ce texte réserve le bénéfice du statut de repent, aux cas d'infractions commises à plusieurs et qui ne sont pas détectables par l'autorité de poursuite. Cependant, il résulte de ce texte que le statut de repent est distribué par le législateur spécialement. Parfois, la loi prévoit un statut de repent spécifique pour certaines infractions de criminalité et délinquance organisées (trafic de stupéfiants², fausse monnaie³, proxénétisme⁴, vol ou extorsion en bande organisée⁵, etc.). On notera que ce mécanisme de réduction de peine a été étendu à de nouvelles infractions par la loi du 6 décembre 2013⁶ notamment à toutes les atteintes à la probité ainsi qu'au blanchiment général⁷, aux divers délits de corruption active et passive⁸ et à la fraude fiscale⁹. Toutefois, l'attribution de ce statut étant limitée par le principe de légalité, il est des fautes lucratives opaques et commises en bande organisée, pour lesquelles il n'existe pas une telle prime à l'autodénonciation, la contrefaçon.

Si, l'essence du mécanisme de récompense réside précisément dans la criminalité organisée¹⁰, il faudrait ouvrir le bénéfice de ce statut à toutes les infractions de délinquance économique, potentiellement commise en groupe.

Synthèse. Pour améliorer la détection des fautes lucratives opaques et ainsi augmenter la probabilité de la sanction publique confiscatoire, nous préconisons l'application systématique du mécanisme des récompenses, en cas d'infraction lucrative, afin d'inciter les auteurs à se dénoncer.

PROPOSITION DE THÈSE :

Pour une réécriture de l'article 132-78 alinéa 2, « Dans les cas prévus par la loi, *et en cas de dol lucratif*, la durée de la peine privative de liberté encourue par une personne ayant commis un crime ou un délit, est réduite si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou complices ».

1. Art. 132-78 alinéa 3 C.P.

2. Art. 222-43 C.P.

3. Art. 442-9 et 442-10 C.P.

4. Art. 225-11-1 C.P.

5. Art. 311-9-1 et 312-6-1 C.P.

6. Art. 5 et 9 de la Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

7. Art. 324-6-1 C.P.

8. Art. 432-11-1 C.P.

9. Art. 1741 C.G.I.

10. Desportes (F.), Le Guhenec (F.), *op. cit.*, n° 886, p. 843.

2. Pour une consolidation de la prime en droit de la concurrence

365. **L'irresponsabilité des demandeurs de clémence de type 1 en droit de la concurrence.** En 1991, des études montrèrent que seuls 13 à 17 % des ententes étaient mises à jour par les autorités de concurrence¹. Fortes des enseignements de la théorie économique et des expériences américaines concluantes du *leniency program*², les autorités de régulation nationales, sous l'égide de la Commission européenne, se sont dotées d'un mécanisme de clémence pour détecter les *cartels*. Depuis sa consécration en droit communautaire par la communication du 1^{er} août 1996³ et en droit français par la *loi NRE* du 15 mai 2001 inséré à l'article L. 464-2, IV du Code de commerce⁴, la procédure de clémence n'a cessé de se perfectionner⁵.

L'objectif consiste à privilégier le premier délateur d'un *cartel* sur lequel l'autorité de concurrence ne dispose d'aucune information. En d'autres termes, en droit de la concurrence, « le terme clémence désigne tous les systèmes qui offrent l'immunité totale ou une réduction des amendes en échange d'une divulgation librement consentie avant ou pendant la phase d'enquête »⁶. Cet outil de détection s'ensuit de *down raids*, soit d'une investigation sur décision en droit de l'Union européenne⁷ ou d'une enquête lourde en droit français⁸.

À cet effet, la Commission européenne précise dans sa dernière communication relative à la clémence, que le premier délateur d'un *cartel* se voit assuré d'une exonération totale si les éléments de preuve fournis permet à la Commission d'effectuer une inspection ciblée ou de constater une infraction à l'article 81 CE (art 101 *TFUE*)⁹, sauf s'il est l'initiateur du *cartel*. Ici, la clémence semble conditionnée à la pertinence des informations fournies. Au-delà de ces conditions relatives à la preuve, l'entreprise dénonciatrice doit souscrire à trois autres conditions¹⁰. L'incitation à la délation-détection est plus manifeste dans le dernier communiqué de l'Autorité de la concurrence du 2 mars 2009. Ce dernier réserve un traitement très favorable au « cas de type 1 » défini comme le « cas dans lequel l'Autorité ne dispose pas d'informations sur l'entente présumée »¹¹. Ainsi, l'exonération totale sera offerte à la première entreprise, satisfaisant certaines conditions de fond¹² qui fournit à l'Autorité des éléments de preuve de l'exis-

1. Bryant (P. G.) Eckard (E. W.), « *Price-fixing, the probability of getting caught* », *The Review of Economics and Statistics*, 1991, p. 531-536.

2. Pour aller plus loin : Roda (J. C.), *La clémence en droit de la concurrence. Étude comparative des droits américain et européen*, PUAM, 2008.

3. Communication Com. Eur, 1^{er} août 1996, concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes.

4. Art. L.464-2, IV, C. com, Art. 450-2 C.P.

5. Sur l'évolution voir : Idot (L.), « Les procédures de clémence en droit de la concurrence », in *La clémence et le droit*, op. cit., p. 105, n° 1 à 8.

6. Communication Com. Eur, 27 avril 2004, *JOUE* n° C-101, relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, note 13.

7. Règlement n° 1/2003, Art. 20.

8. Art. L. 450-4 C. com.

9. Communication Com. Eur, 8 décembre 2006, *JOCE* n° C-298, sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, spé n° 8.

10. *Ibid.* n° 11.

11. Communiqué. Aut. Conc., 2 mars 2009, relatif au programme de clémence, n° 13, p. 3.

12. *Ibid.* n° 18, p. 4.

tence d'une entente à deux conditions, d'une part que l'autorité ne détienne aucun indice préalable lui permettant de procéder à des mesures d'investigations et d'autre part que les informations fournies par ladite entreprise permettent à l'Autorité d'y procéder. Il s'agit donc bien d'inciter en récompensant au maximum (exonération totale) le premier délateur d'une entente encore secrète.

366. **Pour une irresponsabilité « répressive » entière du repent.** En droit pénal, l'exemption de peine s'impose au juge chaque fois qu'une autodénonciation permet d'empêcher l'infraction et d'identifier les complices du repent, conformément à l'article 132-78 du Code pénal. Aucune peine ne peut donc être prononcée contre le repent qui fait connaître l'existence d'une infraction au Parquet.

En droit de la concurrence, la situation du demandeur de clémence de type 1 est plus précaire. Quand bien même la personne morale échapperait à toute sanction pécuniaire devant l'Autorité de la concurrence¹, il demeure un risque pénal pour les personnes physiques, dirigeants de la personne morale repentie. Toutefois, selon une pratique assumée de l'Autorité, « la clémence est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non-transmission au parquet d'un dossier dans lequel les personnes physiques appartenant à l'entreprise qui a bénéficié d'une exonération de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de faire l'objet de telles poursuites »². En d'autres termes, la clémence empêche toute transmission d'informations concernant le repent au Parquet. Cette pratique est toutefois précaire pour une raison, les victimes conservent le droit de déposer une plainte avec constitution de partie civile³. L'indépendance des procédures pénale et administrative expose donc le bénéficiaire de clémence, personne physique à une sanction pénale. Le *Rapport Coulon* préconise de renforcer le dialogue entre Procureur de la République et autorité de la concurrence. À cet effet, il propose d'une part la mise en place d'une transmission obligatoire des dossiers de clémence au parquet⁴ et d'autre part la mise en place d'une procédure d'homologation par le parquet de la clémence accordée⁵. Ainsi, nous préconisons une communication obligatoire des dossiers de clémence au Parquet afin que ce dernier puisse exercer l'opportunité des poursuites⁶ à l'égard des autres participants à l'entente, ce qui renvoie à l'obligation de transmission des affaires dans lesquelles des personnes physiques sont identifiées et dont les actes peuvent relever de l'article L. 420-6 du Code de commerce⁷.

1. Communiqué relatif à la clémence, *op. cit.*, pnt 14-15, Art. L. 464-2-IV C. com.

2. Communiqué relatif à la clémence, *op. cit.*, pt. 48, Comm. CE, Communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, *JOCE C 298*, 8 décembre 2007, p. 17.

3. Lemaire (C.), « La coordination entre les juges répressifs et le Conseil de la concurrence », in « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles » (colloque), *Concurrences*, 2008-1.

4. Coulon (J.-M.), *Rapport*, préc, p. 65 : « Il convient cependant de souligner que cette homologation est indispensable, la transmission de pièces et la dénonciation de faits délictueux au parquet étant, pour le Conseil de la concurrence, un devoir et non une faculté. Il ne peut donc, seul, s'engager à ne pas transmettre des éléments au parquet en contrepartie d'une dénonciation dans le cadre d'une procédure de clémence ou d'une transaction ».

5. *Ibid.* p. 64.

6. Voir *infra*, n° 382.

7. Voir *supra*, n° 296.

L'irresponsabilité répressive du repentant étant actée, qu'en est-il de l'effet de la clémence sur les obligations civiles de ce dernier ?

3. Pour le maintien d'une responsabilité civile du repentant

367. **Pour une responsabilité civile limitée du « repentant ».** Doctrine et droit positif semblent s'accorder sur la limite à la « protection » du repentant, la prime à la dénonciation ne doit pas être accordée au détriment des victimes. Aussi, le « repentant » doit rester civilement responsable des dommages qu'il a causés par sa faute.

Il en est ainsi en droit pénal. Quand bien même un repentant serait exempté, il serait déclaré coupable et le tribunal statue s'il y a lieu sur l'action civile, conformément à l'article 468 du Code de procédure pénale. L'exemption de peine n'empêche donc pas la victime de « demander réparation du dommage résultant de la faute de l'accusé », conformément à l'article 372 du code précité.

En droit de la concurrence, la question de l'irresponsabilité civile du demandeur de clémence a été particulièrement discutée. La doctrine attire l'attention du législateur français et européen sur la nécessité de préserver l'efficacité de la procédure de clémence. Si les bénéficiaires de clémence sont exposés aux actions en responsabilité civile, ces derniers n'auront plus d'intérêt à demander la clémence. La lutte contre les ententes secrètes en sera considérablement affaiblie. Le droit positif excluait jusqu'alors l'irresponsabilité civile du demandeur de clémence. En effet, selon le communiqué de l'Autorité de la concurrence « l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires accordée par l'Autorité à une entreprise ne la protège pas des conséquences civiles »¹ résultant d'une pratique anticoncurrentielle. Mais le droit européen a ouvert la voie d'un juste milieu exprimé par une responsabilité civile limitée. Après avoir admis la clémence civile dans le *Livre vert* du 20 décembre 2005², puis réservée dans le *Livre blanc* du 2 avril 2008³, le législateur européen a admis une clémence civile limitée dans la directive du 26 novembre 2015⁴. Ainsi par exception au principe de responsabilité solidaire des auteurs d'une pratique anticoncurrentielle (art. 1§1), le bénéficiaire d'un programme de clémence n'est responsable qu'à l'égard de ses « acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects » (art. 11§3 a), sauf si les parties lésées n'obtiendraient pas une réparation intégrale auprès des autres coauteurs (art. 11§2). En outre, la clémence plafonne les recours en contribution contre le demandeur de clémence au « montant du préjudice qu'il a causé à ses propres acheteurs ou fournisseurs directs et indirects » (art. 11§5). Il en résulte une responsabilité civile limitée des bénéficiaires de clémence, solution sans doute ins-

1. Communiqué relatif à la clémence, *op. cit.*, pt. 47.

2. Comm. CE, *Livre vert Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 19 décembre 2005, COM (2005) 672 final, option 29, « octroi d'une remise conditionnelle sur toute demande d'indemnisation pour l'entreprise ayant demandé à bénéficier de la clémence [...] ».

3. Comm. CE, *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 2 avril 2008, COM (2008) 165 final, p. 12 clémence civile réservée au premier dénonciateur et serait sans effet à l'égard de ses « partenaires contractuels directs et indirects ».

4. Directive relative aux actions réparation pour les infractions au droit de la concurrence, préc.

pirée du programme de clémence américain¹. Cette solution sera finalement consacrée en droit français suite à l'ordonnance du 9 mars 2017, transposant la directive *Damages*. Désormais, l'article L. 481-11 du Code de commerce prévoit que les bénéficiaires d'une exonération totale de sanction pécuniaire ne sont pas tenus solidairement de réparer les préjudices des victimes autres que ceux de leurs acheteurs directs et indirects, si ces victimes n'ont pas obtenu réparation auprès de leurs codébiteurs solidaires^{2,3}.

Cette solution est sans doute une voie médiane qui permet de préserver à la fois l'attractivité du programme de clémence et le droit à réparation des victimes directes du repent. Néanmoins, cette responsabilité civile limitée ne doit pas permettre au repent de conserver les surprofits qui n'auront pas été confisqués, faute de sanction pécuniaire confiscatoire.

368. ***Pour le maintien de l'effet confiscatoire de la responsabilité civile.*** Les solutions proposées par le droit pénal et le droit de la concurrence convergent vers une même idée, le statut de « repent » doit entraîner une irresponsabilité « répressive » au sens européen.

Pour autant, cette irresponsabilité répressive ne prive pas la responsabilité civile de ses effets normatifs. Aussi la clémence civile doit-elle permettre le prononcé d'une mesure de confiscation, ayant pour assiette les profits illicites retirés par le repent. Le juge civil ou consulaire devra alors prononcer une sanction purement confiscatoire, donc normative et non une peine privée ou publique.

L'incitation à dénoncer ne doit pas viser exclusivement l'auteur de la faute lucrative. Au contraire, de même que le droit d'agir à fin de sanction doit être distribué largement, le droit d'alerter une autorité de poursuite doit également être ouvert à tout citoyen, qui a eu connaissance d'un fait d'une situation de faute lucrative.

B. Inciter le citoyen économique à dénoncer l'auteur d'une faute lucrative

369. ***L'alerte, instrument controversé.*** Depuis quelques années se multiplient les cas d'alerte éthique, révélant au grand public des situations illégales ou contraires à l'intérêt général. Conscient du risque pris par le lanceur d'alerte, le législateur est d'abord intervenu pour lui offrir un statut protégé dans des secteurs spéciaux⁴ avant d'instituer un cadre normatif global^{4bis}. Pourtant, l'alerte a

1. Donnedieu de Vabres-Tranié (L.), « Adoption à l'unanimité par le Sénat des États-Unis du projet de loi relatif à la protection des « whistleblowers » en droit de la concurrence », *RLDC* 2014, n° 38 : depuis la loi « *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004* » (ACPERA), la clémence en droit antitrust américain entraîne désormais une irresponsabilité civile partielle, le whistleblower n'est responsable que des dommages qu'il a lui-même causés et échappe au *treble damages*.

2. Conformément à l'article 11 de la Directive relative aux actions réparation pour les infractions au droit de la concurrence.

3. On exclut le cas des PME qui bénéficient d'une clémence civile non pas en raison de la dénonciation des faits mais pour leur petite taille et le risque que ferait peser la réparation solidaire de l'art. L. 481-1 du C. Com. sur leur viabilité économique : voir conditions de clémence civile des PME art. L. 481-10 C. com.

4. Loi n° 2007-1598 du 14 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption. Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé. Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Loi n° 2013-

longtemps souffert d'une image négative¹. Ce faux ami de la dénonciation et de la délation se voit aujourd'hui retrouver les lettres de noblesse de la Grèce ancienne², car qui mieux que le citoyen peut veiller au maintien de l'ordre public ?

Contrairement à l'autodénonciation qui nous l'avons vu est principalement stimulée par une « prime » en l'occurrence judiciaire, la dénonciation d'autrui ne peut être encouragée que par l'existence de procédures structurées d'alerte externe ou interne (1) assorties d'une protection du *whistleblower* (2).

1. Multiplication des procédures d'alerte ouvertes au citoyen

370. **L'alerte interne, un pré-requis.** L'alerte interne est avant tout un mécanisme d'auto-correction, qui a pour but de détecter les dysfonctionnements³ d'une entreprise de les corriger en interne pour éviter toute conséquence juridique. C'est en effet le « premier destinataire » du signalement qui est visé par l'article 8 de la *loi Sapin II* du 9 décembre 2016.

Solidement instituée en droit du travail à l'origine, l'alerte permet à des salariés d'une entreprise d'informer l'employeur, soit directement soit par l'intermédiaire du représentant personnel au CHSCT (Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail)⁴, d'un dysfonctionnement menaçant pour l'entreprise, afin de le traiter en interne. Il s'agit donc d'un mécanisme d'autocorrection puisque c'est l'organe référent de l'entreprise qui a vocation à traiter le dysfonctionnement. Ce n'est seulement qu'à défaut de diligence de ce dernier, que l'alerte peut être externalisée⁵.

On l'a dit, ce procédé de cessation de l'illicite (plus que de détection) connaît une actualité vive. Le législateur est intervenu deux fois⁶ pour renouveler fondamentalement le droit français de la *compliance* (ou alerte interne) et le soumettre à un régime plus contraignant⁷. Désormais les sociétés concernées sont soumises à une obligation⁸ de mise en place d'un *process* afin de souscrire à un standard de conformité renforcé en matière de lutte contre la corruption, de res-

1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

4 *bis*. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite *loi Sapin II* : JO 10 déc. 2016.

1. Behar-Touchais (M.), « Propos introductifs », in *La dénonciation en droit privé*, *op. cit.*, 2010, p. 2-3.

2. En référence aux « sycophantes », dénonciateurs privés professionnels considérés comme des gardiens des lois voir : Doganis (C.), *Aux origines de la corruption, démocratie et délation en Grèce ancienne*, PUF, cité in Behar-Touchais (M.), *La dénonciation en droit privé*, *op. cit.*, n° 5, p. 3.

3. Sur l'objet de l'alerte, voir art. 6 de la loi Sapin II : le signalement peut porter sur « [...] un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général [...] ».

4. Art. L. 4133-1 C. trav.

5. Art. 8, I alinéa 2 de la *loi Sapin II*.

6. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite *Sapin II*, puis la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

7. Boucobza (X.), Serinet (Y.-M.), « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *D.* 2017.28, p. 1619-1625.

8. Le manquement à cette obligation exposant les auteurs à des recours de droit commun de la responsabilité civile.

pect des droits humains et des libertés fondamentales, de la santé et sécurité des personnes et de l'environnement¹.

Si le risque « concurrence » n'est pas expressément visé par les textes, la conformité en droit de la concurrence se généralise sur les encouragements des autorités de concurrence², tant le coût de la réalisation du risque est important en la matière (et va se voir décupler avec le déploiement prochain des contentieux privés). Parce que cette procédure a pour but l'auto-correction, les autorités refusent pour l'heure de lui attribuer tout effet modérateur sur l'éventuelle amende en cas de la persistance d'une infraction dont aurait connaissance l'autorité de concurrence³. Or, selon l'état des lieux dressé en France par *European Economics* en 2008, l'alerte interne en concurrence se heurte encore à certaines difficultés⁴ parmi lesquelles nous retiendrons, l'absence d'évaluation des programmes de compliance, l'inefficacité du système d'alerte, le développement inégal de la compliance (selon la taille de l'entreprise) et le statut du *whistleblower*⁵ (qui doit être concilié avec le secret d'affaires⁶)⁷. Nul doute que la *loi Sapin II* va répondre à une partie de ces griefs : l'infraction au droit de la concurrence constituant un « délit » qui peut donc faire l'objet d'un signalement en interne, selon le « droit commun » de l'alerte défini par la *loi Sapin II*.

371. **L'alerte externe, une nécessité en cas d'échec de l'alerte interne.** À défaut de réponse du supérieur hiérarchique, premier destinataire du signalement, ce dernier peut être porté « externalisé » selon l'ordre suivant : d'abord auprès d'une autorité (de poursuite ou de régulation) indépendante de l'orga-

1. Reposant sur des mesures d'évaluation des risques, de formation et de sensibilisation des acteurs, de la détection des non-conformités.

2. Comm. Europ, *Compliance matters*, novembre 2011, Autor. Conc, *Document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence*, 10 février 2012.

3. [<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/>]: « *If an infringement is found, however, the mere existence of a compliance strategy will not be taken into consideration when setting the fine: the best reward for a good compliance strategy is not to infringe the law. This standing policy has been confirmed publicly* ». Autor. Conc, *op. cit.*, § 24 : « (...) l'Autorité considère qu'il n'est pas justifié de tenir compte de l'existence de son programme de conformité dans le cadre de la détermination de sa sanction pécuniaire ».

4. Europe Economics, *État des lieux et perspectives des programmes de conformité, Une étude réalisée pour le Conseil de la concurrence*, p. 94-95.

5. Le document-cadre sur les programmes de conformité aux règles du droit de la concurrence précité prévoit pour l'heure des mesures de protection des personnes dénoncées, confidentialité de la transmission des informations et bonne foi du salarié sous peine d'encourir les sanctions de la dénonciation calomnieuse.

6. Directive (UE) 2016/943, PE et Cons. UE, 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites : *JOUE* n° L 157, 15 juin 2016, p. 1. L'article 5 de la directive précitée prévoit quatre dérogations à la divulgation d'informations protégées par un secret d'affaires.

7. Sur le statut du *whistleblower* en droit antitrust américain, voir : Donnedieu de Vabres-Tranié (L.), « Adoption à l'unanimité par le Sénat des États-Unis du projet de loi relatif à la protection des « whistleblowers » en droit de la concurrence », *RLDC*, 2014, n° 38 : le projet de loi adopté par le Sénat dit CAARA pose comme premier principe qu'aucun employeur ne peut modifier les conditions de travail d'un employé du fait de sa dénonciation (section 216), la loi crée également un droit de recours spécial pour le *whistleblower* victime de représailles, exercé devant le ministère du travail, voir devant la district court fédérale compétente dans le silence du premier, enfin il est prévu que le *whistleblower* lésé pourrait obtenir la réintégration ainsi qu'une indemnité compensatrice pour tous les dommages subis. Il en résulte trois garanties, principe de non discrimination, un droit de recours en cas de discrimination et un droit à réintégration et à compensation.

nisation en faute, puis, à défaut de traitement de cette dernière dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public¹. Cette « externalisation » permet de dépasser l'omerta interne. Les divers scandales financiers, sanitaires et écologiques ont déterminé le législateur à développer et renforcer l'alerte externe, que ce soit en matière de blanchiment de capitaux et de lutte contre le terrorisme *via* la déclaration de soupçon auprès de Tracfin², en matière de fraude comptable et financière³, en matière environnementale⁴ ou encore en matière sanitaire⁵. L'expérience de l'*Erika*, du *Mediator* ou de la viande chevaline, a montré l'importance du signalement. En donnant la parole à tout citoyen, dont au premier chef les associations, chacun peut devenir acteur de la régulation sociale. On ne s'étonnera donc pas de voir fleurir un « droit général d'alerte » au service de la protection des valeurs les plus essentielles, telles que l'environnement ou la santé publique. Qu'il s'agisse de « la demande d'action » en matière de risque environnemental⁶, issu du Grenelle de l'Environnement de 2007 et de la transposition de la directive 2004/35⁷, ou du « droit général d'alerte » en matière sanitaire⁸, l'objectif est identique, prévenir la réalisation de catastrophe.

372. ***L'alerte est-elle un droit ou une obligation ?*** En d'autres termes, comment inciter un citoyen à lancer une alerte ? Parce qu'elle s'inscrit dans une perspective de préservation collective de l'ordre public, l'alerte doit rester une faculté, un « droit de ». Cette mission de régulation sociale n'incombe alors à personne en particulier, mais est l'affaire de tous. Aucune responsabilité individuelle ne peut en découler. C'est non seulement la position de la CNIL, qui précise que « l'utilisation des dispositifs d'alerte ne doit pas faire l'objet d'une obligation, mais d'une simple incitation »⁹. C'était également l'optique du *rapport Antonmattéi*

1. Art. 8, I alinéas 2 et 3 de la *loi Sapin II*.

2. Art. L 561-2 C.M.F.

3. Loi du 4 août 2008 n° 2008-776 vient renforcer l'alerte en matière de fraude financière (ajoute 6° alinéa à art. L. 511-41 du C.M.F, modifié par arrêté du 14 janvier 2009 modifiant le *règlement CRBF* n° 97-02 : l'alerte ne doit concerner que les incidents significatifs. La loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, crée un Procureur de la République financier à compétence nationale.

4. Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte créé la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement. Décret n° 2009-468 du 23 avril 2009 relatif à la prévention et à la réparation de certains dommages causés à l'environnement met en place une « demande d'action » ouverte aux tiers dont au premier chef les associations instituée à l'article Art. R. 162-3 C. envir.

5. Art. 8 de Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte met en place un droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement.

6. Décret n° 2009-468 du 23 avril 2009 relatif à la prévention et à la réparation de certains dommages causés à l'environnement, Décret no 2014-324 du 11 mars 2014, précise les modalités de consignation écrite de cette alerte environnementale.

7. Art. 12 « demande d'action » de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux.

8. Art. 1 de Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte.

9. Türk (A.), *Annexe, document d'orientation adopté par la Commission le 10 novembre 2005 pour la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, en ligne sur site CNIL.

et Vivien du 1^{er} janvier 2007, qui définit l'alerte professionnelle comme la « possibilité pour un salarié ou autre personne de signaler »¹. L'alerte doit être une faculté, un droit discrétionnaire, laissant au titulaire le choix entre signaler ou ne pas signaler le dysfonctionnement dont il a connaissance. En revanche, pour que cette faculté puisse être exercée, encore faut-il que des procédures d'alerte soient mise en place en interne, rappelons que le responsable hiérarchique est le premier destinataire de l'alerte. C'est la raison pour laquelle une procédure d'alerte interne, et plus précisément un « plan de vigilance » fait désormais l'objet d'une obligation, pour certaines entreprises, depuis la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre². Il s'agit incontestablement d'une avancée majeure vers une « économie libérale éthique », avancée qui participe à une prévention des fautes lucratives créant des dommages graves ou irréversibles pour le Vivant.

Si l'alerte est une faculté, il faut donc inciter les citoyens à l'exercer. La rémunération du risque pris par le lanceur d'alerte aurait pu constituer un renforçateur efficace^{3,4}. Mais le législateur en a décidé autrement : l'alerte doit être exercée de manière « désintéressée et de bonne foi »⁵. Finalement, c'est l'existence protection juridique contre les représailles, notamment de l'employeur, qui déterminera le choix du lanceur d'alerte d'exercer ou non cette faculté.

2. La protection du whistleblower

373. **La protection juridique du lanceur d'alerte.** Parce que l'alerte expose le *whistleblower* à des représailles, notamment de son employeur (licenciement, mutation), la protection juridique de ce dernier est un facteur d'effectivité de ce mécanisme de détection. Aussi, la protection du *whistleblower* fait-elle l'objet

2. Antonmattei (P. -H.), Vivien (P.), *Charte d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français, état des lieux et perspectives*, La documentation française, 2007, n° 49, p. 28 : « Ensemble de règles organisant la possibilité pour un salarié ou toute autre personne exerçant une activité dans une entreprise de signaler au chef d'entreprise ou à d'autres personnes désignées à cet effet, des actes contraires à des dispositions législatives ou réglementaires, aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables à l'entreprise ou à des règles d'origine éthique ou professionnelles, qui nuisent gravement au fonctionnement de l'entreprise, - des atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché - des atteintes à la santé physique et mentale des salariés ».

3. Art. 1 de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

4. Bordenave (Y.), « De la théorie à la pratique, la délicate gestion des "indics" », *Journal Le Monde* 4 octobre 2011, Art. 15-1 de la Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité dispose que : « les services de police et de gendarmerie peuvent rétribuer toute personne étrangère aux administrations publiques qui leur a fourni des renseignements ayant amené directement soit la découverte de crimes ou de délits, soit l'identification des auteurs de crimes ou de délits » et prévu par Arrêté du 20 février 2014 relatif aux modalités de règlement des frais d'enquête et de surveillance par les régisseurs d'avance de l'État.

5. Rebeyrol (V.) « La réception du "whistleblowing" par le droit français », *JCPE* 2012, 1386, spé n° 15, Art. 922 DFA de la loi *Dodd Frank* du 21 juillet 2010 prévoit dorénavant des récompenses financières au profit des personnes physiques qui fournissent spontanément des « informations originales » relatives à une violation du droit boursier à la SEC, lorsque l'information aboutit à une sanction pécuniaire d'au moins 1 M \$. Le *whistleblower* peut se voir attribuer, à titre de récompense, entre 10 % et 30 % de la somme recouvrée suite au prononcé d'une condamnation basée sur ces informations.

6. Art. 6 de la loi *Sapin II*.

d'une actualité particulièrement vive¹. Le renforcement de cette protection est intervenu par secteur tout d'abord : en 2013 trois lois sont venues renforcer le statut du lanceur d'alerte en matière de santé, de vie politique et de fraude fiscale². Pour inciter davantage les « citoyens économiques » à recourir à une procédure d'alerte, certains auteurs ont préconisé de « généraliser » la protection à tous et pour tout type de dysfonctionnement³. C'est également la *loi Sapin II* du 9 décembre 2016 qui répondra à de telles attentes. La protection du lanceur d'alerte repose sur la liberté d'expression et le principe de non-discrimination.

Avant que le législateur n'édicte des mesures spéciales de protection des *whistleblowers*, les juges français⁴ et européens⁵ utilisaient la liberté d'expression des salariés assurant à ces derniers le droit de s'exprimer librement dans et hors de l'entreprise⁶. Les actes passés en violation de la liberté d'expression encourageaient à ce titre la nullité, au visa de l'article L. 1121-1 du Code du travail.

Depuis la loi du 16 avril 2013 sur protection des lanceurs d'alerte, toute mesure dite « disciplinaire »⁷ encourt la nullité de plein droit et le cas échéant la réintégration du salarié en cas de licenciement abusif. Cette protection initialement limitée à un champ d'application strict, la lutte contre la corruption, la prévention des conflits d'intérêts, la santé publique et l'environnement, la délinquance économique et financière, est désormais généralisée par la loi du 9 décembre 2016⁸. La *loi Sapin II* a également institué, au profit du lanceur d'alerte, une irresponsabilité pénale, sous condition, pour la divulgation d'une information relevant d'un secret protégé par la loi⁹.

1. Sur le renforcement de la protection du *whistleblower* : Laude (A.), « Science et démocratie, garantir un juste équilibre. À propos de la loi du 16 avril 2013 », *JCP G*, n° 24, 10 Juin 2013, doct. 690, Deckert (K), Sweeney (M.), « L'alerte professionnelle », *RIDC* 2-2014, p. 493, Bacache (M.), « Risque grave pour la santé - Protection du lanceur d'alerte - Déontologie de l'expertise - Commission », *RTD. civ.*, 2013, p. 689.

2. Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

3. Monkam (A.-C.), « Whistleblowing, une protection en demi-teinte », *Jurisprudence Sociale Lamy* 2015, n° 238, p. 388. De Silguy (S.), « Lanceurs d'alerte, une protection juridique discrète », *Rev. Lamy de droit civil*, 2014, n° 111, p. 67-71.

4. Cass. soc. 28 avril 1988, n° 87-41.904, *Bull.* n° 257 : Le licenciement d'un ouvrier de Dunlop France fondé sur les critiques de ses conditions de travail avait alors été déclaré nul, comme portant atteinte à la liberté d'expression, Cass. soc. 14 décembre 1999, n° 97-41.995, *Bull.* n° 488, arrêt rendu au visa de l'article L. 120-2 C. Trav. (devenu art. L. 1121-1 C. trav.) aux termes duquel, « nul ne peut apporter aux droits des personnes et des libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

5. Junod (V.), « Lancer l'alerte, quoi de neuf depuis Guja ? », *RTDH*, 2014, n° 98, p. 459. *Arrêt Guja c. Moldova* du 12 février 2008 au terme duquel la Cour européenne des droits de l'homme consacrait pour la première fois la protection des lanceurs d'alerte au visa de l'article 10 de la convention. En l'espèce, un employé du ministère public moldave dénonçait des soupçons d'abus de fonctions.

6. Auroy (N.), « La protection du dénonciateur dans l'alerte professionnelle », in *La dénonciation en droit privé, op. cit.*, p. 124-135, spéc. p. 125.

7. Sur la définition de la mesure discriminatoire, voir : Art. 1332-1 C. T.

8. Art. L.1132-3-3 C.T.

9. Art. 122-9 C.P. : « N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ».

Cette protection n'est offerte qu'aux lanceurs d'alerte de « bonne foi », condition qui a été considérablement assouplie par la loi du 16 avril 2013 puisque celle-ci est désormais présumée. L'article L. 1351-1 du Code de la santé publique, établit une présomption légale de bonne foi résultant de la preuve apportée par le demandeur du lien de causalité entre l'alerte et la mesure défavorable. Ce qui revient à un renversement de la charge de la preuve, il incombe à l'employeur de prouver que la décision qui a été prise (licenciements, mutation) était justifiée par des éléments objectifs étrangers à la révélation. Cette présomption de bonne foi a été généralisée par la *loi Sapin II*¹.

374. **L'anonymat du lanceur d'alerte.** Lors de l'introduction du mécanisme de *whistleblowing*, par la *loi Sarbanes-Oxley*, l'anonymat était présentée comme l'une des principales conditions d'efficacité de l'alerte. En effet, les salariés ont des réticences légitimes et évidentes à signaler un dysfonctionnement, notamment lorsqu'il est imputable à un supérieur hiérarchique. L'anonymat offre donc un bouclier efficace contre toute mesure de représailles, ce qui indubitablement participe à l'efficacité du mécanisme d'alerte.

Pourtant, craignant une dérive de « système organisé de délation professionnelle », la CNIL avait exprimé son hostilité à l'égard de l'anonymat et émis une réserve de principe dans la délibération du 26 mai 2005 portant Autorisation unique². Ainsi l'article 2 du document officiel précité dispose que l'émetteur de l'alerte doit s'identifier par principe, mais son identité « est traitée de façon confidentielle ». À titre d'exception toutefois, la CNIL autorise l'anonymat à deux conditions, que les faits révélés soient graves et décrits de manière détaillée et que des précautions soient prises. Il est intéressant de noter par ailleurs que la préférence pour la confidentialité à l'anonymat, est également partagée par des instances européennes³. Dans la recommandation du Conseil de l'Europe du 30 avril 2014, le Conseil des ministres fonde l'exclusion de l'anonymat, dans l'exposé des motifs, sur l'absence de « garantie de la source d'information » ou le risque de délation de mauvaise foi⁴. En contrepartie, la recommandation européenne fixe un principe de protection du lanceur d'alerte contre toute forme de représailles tout en laissant la latitude aux États membres de l'organiser⁵.

En dépit de cette hostilité européenne et française à la dénonciation anonyme dans le domaine des affaires, on ne peut s'abstenir de citer l'exemple contraire en matière pénale. En effet, si l'identité du déclarant est en principe une condition de recevabilité d'une dénonciation⁶ et par ailleurs une condition du procès équitable^{7, 7 bis}, le législateur a pris conscience de l'enjeu de l'anonymat dans la

1. Art. L. 1132-3 C.T.

2. Confirmée par la Délibération n° 2017-191 du 22 juin 2017 portant modification de la délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositif, article 2.

3. Recommandation CM/Rec (2014) 7, adoptée par le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe le 30 avril 2014, relative à la Protection des lanceurs d'alerte, principe 18, p. 16.

4. *Ibid.* § 12.

5. *Ibid.* principe 21, § 78 et s.

6. Bonis-Garçon (E.), « Plainte et dénonciation », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2013, n° 3 : selon l'auteur, tandis que la dénonciation est un « acte neutre et altruiste » réalisé par un tiers, la plainte est déposée par la victime et « traduit un besoin de justice » de celle-ci.

7. Art. 6 § 1 et § 3 d) de la CEDH.

collecte de preuve et la manifestation de la vérité. Nous citerons deux aménagements, l'un est admis par la jurisprudence, l'autre est institué légalement. Au titre du premier, « pour la jurisprudence, l'anonymat n'est pas un obstacle à la réception de la dénonciation par les autorités policières »¹. Seulement, une information anonyme limite les pouvoirs d'enquête des officiers de police à ceux d'une enquête préliminaire² et non à ceux d'une enquête de flagrance³. En d'autres termes, l'anonymat de la dénonciation a pour effet de réduire les pouvoirs des officiers de police chargés d'enquêter sur les faits portés à leur connaissance⁴. Au titre du second, le législateur a organisé un statut du « témoignage anonyme » au cours de l'instruction, sous certaines conditions néanmoins⁵. Ainsi, le juge des libertés et des peines peut autoriser le dépôt d'une déclaration d'une personne sans que son identité apparaisse dans le dossier de la procédure, si son audition « est susceptible de mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité physique de cette personne, des membres de sa famille ou de ses proches » énonce l'article 706-58 du Code de procédure pénale. Madame Bonis-Garçon fait observer que « le dispositif garantissant l'anonymat du témoin ou de la victime permet à la justice de disposer du témoignage de personnes qui se seraient abstenues de parler si leur anonymat n'avait pas été garanti »⁶.

Finalement, tous ces dispositifs convergent vers l'idée que l'identification du lanceur d'alerte doit demeurer le principe, mais que certaines circonstances justifient l'anonymat de celui-ci à titre d'exception. Toutes les procédures d'alerte interne et externe devraient donc offrir ces deux options aux potentiels *whistle-blowers*, en précisant le champ d'application de chacune d'elles.

Conclusion-transition. L'opacité de certaines fautes lucratives, les plus graves et les plus lucratives, est un obstacle à l'information des autorités publiques et ce faisant à la mise en œuvre de l'*action publique confiscatoire*. Pour y remédier, le système juridique prévoit des moyens de détection, certains sont ouverts aux auteurs de faute lucrative moyennant remise de peine, d'autres sont ouverts aux citoyens qui ont connaissance d'informations compromettantes.

Une fois l'information parvenue aux autorités publiques, celles-ci peuvent encore choisir de ne pas mettre en œuvre l'action publique confiscatoire, conformément au principe d'opportunité des poursuites.

7 bis. CEDH 27 mai 2008, *Unel c/Turquie*, req. n° 35686/02, § 31 : « À cet égard, il convient de rappeler que la Convention n'empêche pas de s'appuyer, au stade de l'instruction préparatoire et lorsque la nature de l'infraction peut le justifier, sur des sources telles que des indicateurs occultes, mais leur emploi ultérieur par le juge du fond pour justifier une condamnation peut soulever un problème au regard de l'équité de la procédure ».

1. *Ibid.* n° 22.

2. *Ibid.* n° 23.

3. Cass. crim., 21 juillet 1982, *Bull. crim.* n° 196, jurisprudence constante, cité in Bonis-Garçon (E.), *loc. cit.*

4. À titre d'exemple, les perquisitions et saisies au cours d'une enquête préliminaire doivent être opérées avec le consentement de la personne qui la subit conformément à l'article 76 alinéa 2 du C.P.P.; tandis qu'ils peuvent être opérés sans ce dernier au cours d'une enquête de flagrance : voir Pradel (J.), *Procédure pénale*, Éd. Cujas, 17^e éd. spéc. n° 556 et 571.

5. Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.

6. Bonis-Garçon (E.), *Plainte et dénonciation*, préc. n° 21.

§ 2 - INCITER LE MINISTÈRE PUBLIC À EXERCER L'ACTION PUBLIQUE

375. **Décloisonner les contentieux, facteur d'effectivité de la sanction publique.** En droit français, la frontière entre les contentieux public et privé générés par une faute lucrative n'est pas étanche. Les actions confiscatoires publique et privée peuvent être mises en œuvre dans des contentieux qui ne leur sont *a priori* pas réservés. L'action privée peut s'inviter dans un contentieux public pour déclencher l'action publique. De même, l'action publique peut s'inviter dans un contentieux privé lorsqu'un intérêt public le justifie. Ce decloisonnement des actions nous intéresse particulièrement dans la mesure où il va permettre d'optimiser la probabilité de sanction publique.

Ainsi, nous étudierons l'un après l'autre les facteurs d'effectivité de l'action publique devant le juge pénal (A) et devant le juge civil ou commercial (B).

A. Maintenir le rôle de la victime dans la mise en œuvre de l'action publique

Annonce. Parce que l'action publique est tributaire de l'opportunité des poursuites, elle peut être exercée ou ne pas l'être. Pour augmenter la probabilité de sanction publique, le droit de déclencher l'action publique a été conféré aux victimes (1) et à certains groupements en cas d'infraction de masse (2).

1. La mise en œuvre partagée de l'action publique

376. **Le principe d'opportunité des poursuites, facteur d'incertitude de la mise en œuvre de l'action publique.** Contrairement à un système de légalité des poursuites qui commande la mise en mouvement systématique de l'action publique pour toutes les affaires connues¹, le système de l'opportunité des poursuites offre une faculté à l'autorité de poursuite d'agir ou de ne pas agir.

Inscrit à l'article 40 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale, le principe d'opportunité des poursuites implique que « le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner ». En vertu de cette liberté d'appréciation des suites à donner, le procureur de la République qui a connaissance des faits, décide « s'il est opportun » d'ordonner les poursuites ou de mettre en œuvre une procédure alternative ou encore de classer sans suite.

En d'autres termes, si le principe d'opportunité garantit une réponse judiciaire systématique, il ne garantit pas la mise en œuvre systématique de la sanction publique confiscatoire. Certaines infractions lucratives peuvent faire l'objet de classement sans suite lorsqu'elles sont « non poursuivables » ou pour des raisons d'opportunité². En effet, sont considérées comme non poursuivables des affaires non élucidées, ou lorsque l'auteur présumé des faits est non identifiable notamment en matière de cyberdélinquance, ou encore faute d'éléments de

1. Ce qui est le cas en droit des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité de la concurrence doit examiner la légalité de toutes les pratiques dont elle a connaissance : Art. L 462-6 C. com.

2. Art. 40-1 et 40-2 C.P.P. auxquels cas le procureur de la République doit néanmoins justifier la décision par ces circonstances particulières liées à la commission des faits et en informer les éventuels plaignants.

preuve caractérisant l'infraction, ou encore faute de gravité suffisante de l'infraction ce qui peut être le cas lorsqu'une infraction de masse représente à l'échelle individuelle un faible préjudice social.

Aussi pour combattre l'inaction du ministère public, la loi offre à la victime le droit de mettre en mouvement l'action publique au moyen de l'action civile.

377. Le déclenchement de l'action publique par l'action civile, un palliatif à l'inertie du ministère public. Lorsque le parquet ne met pas en mouvement l'action publique, celle-ci peut encore être mise en œuvre par la victime conformément à l'article 2 du Code de procédure pénale, dès lors que la victime justifie d'un préjudice né d'une infraction punissable et qu'il ne s'agit pas d'une infraction d'intérêt général^{1, 2}. Pour ce faire, la victime peut soit saisir un juge d'instruction par une plainte avec constitution de partie civile³ ce qui déclenche les poursuites, mais ne saisit pas la juridiction de jugement, soit citer directement l'auteur des faits délictueux devant le tribunal compétent ce qui déclenche les poursuites et saisit la juridiction de jugement⁴.

Si ce rôle de la victime dans l'initiation du procès pénal est peu répandu dans les systèmes étrangers⁵, il se justifie dans notre système juridique en grande partie par l'intérêt retiré par la justice pénale. Comme le rappelle Monsieur Pradel, « une bonne administration de la justice pénale suppose aussi la collaboration des personnes privées, dont la victime ». Il explique que cette « action pénale privée » est triplement utile à l'ordre répressif⁶, au stade des poursuites pour pallier l'inertie volontaire ou non du parquet, au stade de la recherche des preuves et au stade de la détermination de la sanction.

Ce qui explique sans doute l'habilitation de l'action collective à exercer l'action civile en cas d'infraction de masse.

2. L'action civile de groupe en cas d'infraction lucrative de masse

378. L'habilitation hétérogène du droit d'exercer l'action civile dans un intérêt collectif. Pour l'heure, le droit d'exercer l'action civile est distribué ponctuellement aux groupements habilités par la loi, et ce pour une habilitation d'une portée inégale.

1. Sur la notion d'infraction d'intérêt général, voir : Desportes (F.), Lazerges-Cousquer (L.), *op. cit.*, n° 1375-1376, p. 944-945 : il s'agit d'une infraction qui ne cause qu'un préjudice social et entraîne ce faisant l'irrecevabilité de l'action civile en réparation d'un préjudice particulier.

2. Desportes (F.), Lazerges-Cousquer (L.), *ibid.*; Pradel (J.), *Procédure pénale*, Éd. Cujas, 17^e éd. 2013, n° 308-312, p. 256-258 : La doctrine constate que ce domaine prohibé tend à fléchir, de nombreuses infractions économiques autrefois considérées comme des infractions d'intérêt général, peuvent désormais causer à des particuliers des préjudices personnels de nature à fonder l'action civile.

3. Art. 85 C.P.P. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007, la victime ne peut saisir le juge d'instruction en matière délictuelle qu'après avoir déposé plainte simple auprès du procureur de la République à laquelle il n'a pas donné suite (écoulement d'un délai de 3 mois sans réponse ou réception d'un avis de classement sans suite).

4. Art. 392 et 392-1 C.P.P.

5. Pradel (J.), *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 275, p. 230 : l'auteur observe que dans les législations anglo-saxonnes, l'exercice de l'action civile est radicalement exclu au pénal. Tandis qu'en Suisse et en Hollande la victime n'est recevable qu'à titre d'intervention.

6. *Loc. cit.*

Le premier groupement à s'être vu doté du droit d'exercer l'action civile pour un groupe de victimes est le syndicat. Conformément à l'article L. 2132-3 du Code du travail, il est aujourd'hui le seul organisme qui jouit d'une habilitation générale à se porter partie civile chaque fois qu'une infraction porte un « préjudice à l'intérêt collectif de la profession qu'il représente ». Encore faut-il toutefois qu'il ait été constitué légalement. À peine d'irrecevabilité, le syndicat doit démontrer l'existence d'un préjudice dont souffre la profession qu'il représente du fait de l'infraction.

À la différence des syndicats, l'habilitation des ordres professionnels est doublement spéciale, elle ne concerne que certains ordres professionnels et que certaines infractions¹. Il faut en outre que l'ordre professionnel invoque un préjudice porté à l'intérêt collectif de la profession qu'il défend.

Quant aux associations, après s'être longtemps vu refuser ce droit², ce droit leur a été reconnu par la jurisprudence³ au visa de l'article 2-1 du Code de procédure pénale, puis accordé par le législateur, mais de manière très hétérogène. Aussi l'habilitation résulte-t-elle souvent d'une autorisation spéciale pour certaines associations et pour certaines infractions. Pour l'heure, il n'y a qu'en matière de protection de consommateurs que l'habilitation vise toutes les infractions portant atteinte à l'intérêt collectif défendu, conformément à l'article L. 621-1 Code de la consommation. Le texte prévoit toutefois une condition supplémentaire d'habilitation de l'association, l'agrément pour exercer l'action civile. À l'inverse, lorsque l'habilitation de l'association est largement admise, la portée est restreinte à certaines infractions comme en matière de protection de l'environnement⁴ et plus récemment en matière de délinquance économique et financière (corruption)⁵. Aucune association ne bénéficie, comme le syndicat, d'une disposition générale admettant leur action en cas de préjudice porté à l'intérêt collectif qu'elle représente.

Une telle hétérogénéité dans la distribution du droit de mener l'action civile dans un intérêt collectif trahit une certaine ambiguïté, voire contradiction du législateur. D'un côté, la distribution à tous types de groupements de ce droit d'agir révèle une admission de principe de l'action civile collective. D'un autre côté, l'enfermement de ces droits d'agir dans des conditions de régularité et de recevabilité variables et pis le cantonnement initial de l'action de groupe créée par la *loi Hamon* aux juridictions civiles⁶, témoignent d'une hésitation, une méfiance à l'égard d'une action civile de groupe qui viendrait phagocyter l'action publique.

379. Vers un droit de mener l'action civile dans l'intérêt d'un groupe de victimes. Pour réduire les disparités de l'action civile de groupe, ne convien-

1. Concernant les professions de pharmacie : Art. L. 4232-2 alinéa 8 et L. 4231-2 du C.S.P, concernant les professions médicales : art. L. 4122-1 et 4123-1 C.S.P.

2. Le législateur craignait que les associations ne viennent concurrencer l'action du ministère public, tant intérêt collectif et intérêt général sont inextricables.

3. Cass. crim. 18 octobre 1913, Sirey, 1920.I.321, note L. Huguency.

4. Art. L. 142-2 C. envir.

5. Article 2-23 C.P.P.

6. Art. L. 623-1 C. conso, l'action de groupe de la *loi Hamon* ne peut être menée que devant une juridiction civile.

drait-il pas de reconnaître à tous groupements agréés d'exercer les droits reconnus à la partie civile dès lors qu'une infraction cause un préjudice à l'intérêt collectif qu'il défend ?

Une telle habilitation a déjà été validée par la jurisprudence, dans un arrêt du 9 novembre 2010, la chambre criminelle a déclaré recevable l'action civile d'une association non habilitée « à raison de la spécificité, du but et de l'objet de l'association »¹. Mais la décision n'ayant pas été publiée, la chambre criminelle semble avoir voulu limiter sa portée. Cependant, compte tenu de ces signaux, bien que faibles de la jurisprudence de la chambre criminelle, on pourrait déjà imaginer une action civile menée par une association de consommateurs, sur le fondement de l'article L. 420-6 du Code de commerce, devant le juge pénal.

Plus audacieuse, serait une action civile menée par une association de professionnels, légalement constituée, sur ce même fondement, dès lors qu'elle justifie que la participation personnelle frauduleuse à l'entente des dirigeants a causé un préjudice à l'intérêt collectif qu'elle défend. Si certains auteurs à l'instar de Madame Matsopoulou encouragent ce type de recours², ce n'est pas sans souligner les difficultés auxquelles une telle action sera confrontée. La première étant « qui peut se déclarer victime d'une participation à l'entente » ? Si l'entente n'est plus une infraction d'intérêt général, encore faut-il démontrer que le dommage qui est invoqué à l'appui de l'action civile de groupe, découle directement du délit et a été subi personnellement par les prétendues victimes.

Voyons à présent les facteurs d'effectivité de l'action publique confiscatoire devant le juge non répressif.

B. Le rôle du ministère public dans le contentieux civil économique

380. *L'ordre public économique, un domaine d'habilitation du ministère public.* Si le rôle du ministère public est bien connu de tous en matière pénale, on oublie parfois que ce dernier a un tout aussi grand rôle à jouer dans le domaine civil et commercial. Certes, le droit civil régit les rapports privés qui doivent en principe demeurer la chose des parties. Néanmoins, dans un contexte de dépenalisation du monde des affaires, certaines activités économiques privées abandonnées à la régulation privée requièrent une régulation publique³. Ainsi, lorsque l'ordre public est bafoué par une activité privée, le ministère public a vocation à

1. Cass. crim. 9 nov. 2010, pourvoi n° 09-88272, non publié, *RSC* 2011.858, note X. Salvat, « affaire des biens mal acquis » : La chambre criminelle censure un arrêt d'appel qui déclare irrecevable une constitution de partie civile d'une association ayant pour objet statutaire de combattre et de prévenir la corruption mais dépourvue d'habilitation légale au motif qu'« elle ne justifie d'aucun préjudice personnel économique directement causé par les infractions qu'elle dénonce », alors que les délits poursuivis seraient de nature à causer à cette association « un préjudice direct et personnel en raison de la spécificité du but et de l'objet de sa mission ».

2. Matsopoulou (H.), « L'exercice de l'action civile devant le juge répressif en matière d'entente », *in* « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles par recours à l'article L 420-6 du Code de commerce », (colloque), *Concurrences*, 2008-1, p. 37-42.

3. Blanchot (M.), « La collaboration du Parquet et des juges consulaires pour l'application de l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} déc 1986 », *Rev. Conc. Conso.* 1989, n° 48, p. 3 : À propos de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, un substitut à la section économique du Parquet de Paris présageait que l'article 36 de l'ordonnance permettrait au ministère public de retrouver son rôle de faire « respecter l'ordre public aussi bien lorsqu'il faut réclamer une peine qu'en l'absence d'incrimination pénale ».

intervenir, si ce n'est à agir pour rétablir le bon ordre¹. Or, lorsqu'une faute lucrative ne fait l'objet d'aucune action privée, pour l'une des raisons d'inaction que nous avons identifiées (peur des représailles d'une personne faible, recours collectif restrictivement ouvert), le profit illicite est conservé par l'auteur de l'inconduite. Une telle impunité ne heurte-t-elle pas l'ordre public économique, si l'on considère que le profit illicite est un indu, soit un avantage illicite dans la concurrence ? Par conséquent, à défaut d'action privée confiscatoire, seule une action publique confiscatoire permettrait de rétablir un ordre public de marché.

Une telle ingérence du ministère public dans un contentieux privé est toutefois encadrée par les textes. L'action publique doit nécessairement se fonder sur l'un des deux fondements du droit de la procédure civile prévus à cet effet, les articles 422² et 423³ du Code de procédure civile. Respectivement, soit le ministère public agit en justice dans les cas prévus par la loi, soit à défaut, il agit à condition de justifier d'une atteinte à l'intérêt général. Dans ces deux cas, il s'invite au procès civil comme « plaideur de l'ordre public »⁴ pour reprendre l'expression de Monsieur Solus. Notons que le législateur l'autorise également à donner son avis pour éclairer la cour, soit de sa propre initiative, soit à la demande de celle-ci. Auxquels cas, il intervient à titre de partie jointe conformément à l'article 424 du Code précité et ne joue qu'un rôle de « commissaire de la loi » selon l'expression de Monsieur Cadiet⁵.

Parmi les deux types d'intervention du ministère public qui existent, à savoir l'action et l'avis, il ne sera ici question que du premier dans la mesure où le second suppose une action préalable de la victime. Or, si l'on s'intéresse au ministère public, c'est dans la perspective d'une action publique confiscatoire subsidiaire, en cas d'inaction de la victime.

381. ***L'ordre public civil économique, un domaine d'action délaissé par le ministère public.*** Hormis les cas où la loi l'institue comme partie nécessaire au procès civil⁶, le ministère public est libre d'agir ou non⁷. Ainsi, à l'instar du droit pénal, l'action publique souffre de l'aléa inhérent au principe d'opportunité des poursuites. Or, si l'on pense à l'action attitrée du ministère public en matière de pratiques restrictives de concurrence, fondée sur l'article L. 442-6, III du Code de commerce, force est de constater que pour l'heure, le ministère public ne l'a jamais exercée. Et en dépit de son droit général d'action en défense de l'ordre public économique, force est de constater une fois encore la rareté de ses initiatives.

1. Cottin (M.), (dir.), *Le parquet en matière civile, sociale et commerciale*, CERCRID, 2011, p. 39-40 : Domaines d'action du ministère public dans le Code civil : absents, personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux, majeurs sous tutelle, mineurs, mariage, filiation. Domaines d'action du ministère en dehors du Code civil : procédures collectives, santé publique, matière disciplinaire, baux et urbanisme etc.

2. Art. 422 C.P.C. « Le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi ».

3. Art. 423 C.P.C. « En dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ».

4. Solus (H.), « Le jurisprudence contemporaine et le droit du ministère public d'agir en justice au service de l'ordre public », in *Études de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, p. 769-780, spé p. 777.

5. Cadiet (L.), Jeuland (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 10^e éd. 2017, p. 267.

6. Auxquels cas son action est obligatoire : en matière de nationalité art. 1040 C.P.C ou de nullité du mariage art. 190 C. civ.

7. En cas d'action d'office et d'action non attitrée, le ministère public conserve toute liberté d'agir ou non. Il est libre d'apprécier l'opportunité de son action, son action est donc facultative.

Pourtant, selon un bilan statistique sur les sources des textes concernant le ministère public en matière extra-pénale, c'est le Code de commerce qui contiendrait, en proportion, le plus d'articles, soit 27,1 %¹. En effet, devant le foisonnement des dispositions d'ordre public en vue d'assurer la protection des faibles (droit de la consommation, droit du travail) ou de lutter contre les forts (droit de la concurrence), l'action du ministère public ne devrait que prospérer. En dépit des invitations du législateur, il semblerait que le ministère public délaisse son rôle de défense de l'ordre public en matière de contentieux civil économique. Autrement, on pouvait expliquer l'action timide du ministère public devant les tribunaux de commerce ou les conseils de prud'hommes par la rareté des dispositions légales d'ordre public qui s'appliquaient devant ces juridictions. Cet argument n'est aujourd'hui plus recevable².

Par conséquent, au terme d'une recherche sur les origines historiques de la prudence du ministère public à agir dans le contentieux privé (1), il conviendra de réfléchir aux moyens d'inciter le ministère public à user de son droit d'agir (2), pour façonner une action publique confiscatoire subsidiaire (3).

1. *Un domaine d'action historiquement controversé*

382. ***La controverse historique sur le droit d'agir du ministère public.*** Le droit d'agir du ministère public comme partie principale a suscité une controverse célèbre au début du siècle dernier.

Cette action était alors régie par la loi du 20 avril 1810, considérée comme la pierre angulaire des pouvoirs du ministère public en matière civile³. L'article 46 était découpé en deux alinéas dont la conciliation s'avéra délicate, tandis que l'alinéa 1^{er} disposait qu'« en matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi », le second alinéa ajoutait que « ce dernier poursuit d'office cette exécution [loi, jugement, arrêt] dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ». C'est sur l'interprétation de ce texte que la controverse s'est cristallisée, ces deux alinéas devaient-ils s'appliquer de façon combinée, ou bien instituaient-ils deux cas distincts d'action du ministère public ?

Tandis que les uns optèrent pour la première lecture qui nécessitait une habilitation expresse (tenants de la thèse restrictive), les autres adoptèrent la seconde lecture autorisant l'action du Parquet toutes les fois où l'ordre public était intéressé, même en l'absence de texte formel (tenants de la thèse extensive).

383. ***Essor et consécration de la thèse extensive.*** Bien que la doctrine majoritaire se montrât favorable à la thèse restrictive, le législateur ouvrit les pouvoirs du ministère public. Dans un article de référence consacré au « droit d'agir du ministère public d'agir en justice au service de l'ordre public »^{3 bis}, Monsieur Solus

1. Cottin (M.) (dir.), *Le parquet en matière civile, sociale et commerciale*, CERCRID, 2011, p. 39-40 : tandis que le Code de l'organisation judiciaire rassemblerait 15 %, le Code de procédure civile 11, 2 %, le Code civil 8, 5 % et le Code de santé publique 3, 9 %.

2. Chagny (M.), « Frank Gentin, le juge du commerce, juge naturel des contentieux de la concurrence », *Concurrences*, entretien 2014/4.

3. Bekaert (H.), « La mission du ministère public en droit privé », in *Mélanges en l'honneur de J. Dabin*, II, 1963, Bruylant, p. 419.

retrace cette évolution. Il évoque des circulaires ministérielles¹ qui sans prévoir expressément le droit du ministère public d'agir d'office, « invitaient les parquets à agir d'office pour prononcer la nullité de conventions contraires à des dispositions d'ordre public ». Puis, ce fut à la Cour de cassation de confirmer cette orientation. Dans un arrêt rendu le 17 décembre 1913, la Cour de cassation annonça dans un attendu de principe l'extension prochaine des pouvoirs du parquet. Si le pourvoi du Procureur général fut rejeté en l'espèce, la juridiction suprême déclara que le droit d'action du ministère public « ne s'explique et ne se justifie que dans les cas où l'ordre public est directement et principalement intéressé, à l'occasion des faits qui y portent une grave atteinte, sans léser aucun intérêt rival »².

Quelques années plus tard, la Cour de cassation consacra, et sans restriction cette fois, la thèse extensive du droit d'agir du Parquet. À l'issue d'une série de trois arrêts³, la juridiction suprême proclama en termes généraux et abstraits, sans référence à la loi, « attendu que le ministère public a le droit d'action directe dans toutes les circonstances où l'ordre public est intéressé ». Un nouveau standard juridique était né et le ministère public se voyait intronisé comme défenseur attitré de l'ordre public et chargé à ce titre, de représenter les intérêts de la société dans le contentieux civil.

384. *Invitation doctrinale et politique du Parquet à remplir son rôle de plaideur.* Dans une thèse consacrée à l'étude « du rôle du ministère public, partie principale en matière civile en tant que défenseur des intérêts particuliers », Monsieur Leloutre conclut en invitant les membres du Parquet à user de ce droit de « façon complète et utile »⁴. À l'appui de cette incitation, il produit un extrait d'une circulaire datant du 14 décembre 1900, dans laquelle M. le Garde des Sceaux Monis s'adresse aux procureurs généraux dans les termes suivants :

« Mes prédécesseurs, ont à différentes reprises, appelé l'attention des magistrats du Ministère public sur l'intérêt qui s'attache à ce qu'ils prennent une part active aux débats des affaires civiles en portant le plus souvent possible la parole à l'audience. Il m'a paru utile de rappeler ces instructions, qui semblent avoir été quelque peu perdues de vue dans certains tribunaux. Je vous prie, en conséquence, de vouloir bien inviter vos substituts à prendre des conclusions orales dans les causes civiles, chaque fois que leur intervention sera justifiée par l'importance de l'affaire ou par l'intérêt de la question soumise au tribunal ».

Sous ses auspices favorables à l'action du ministère public dans le contentieux privé, elle ne pouvait que prospérer. Examinons à présent les conditions d'exercice d'une telle action et celles qui en permettent l'essor.

3 bis. Solus (H.), *op. cit.*, p. 769.

1. Circulaire ministérielle du 11 octobre 1909 invitant les parquets à faire annuler les accords contrevenant à la loi du 8 avril 1898 sur les accidents du travail, circulaire du 9 décembre 1912 sur l'application de la loi du 16 novembre 1912 sur la recherche de paternité naturelle.

2. En l'espèce, dans son pourvoi le Ministère public demandait la nullité de reconnaissances mensongères d'enfants naturels indigènes faites par un citoyen français. La Cour de cassation a jugé que « les questions de paternité et filiation intéressent moins l'ordre public que l'honneur et le repos des familles », l'ordre public n'était donc en l'espèce pas intéressé.

3. Cass.civ. 30 novembre 1920, Cass.civ. 9 janvier 1924, Cass.civ. 15 décembre 1924 cité in Solus (H.), *op. cit.*, p. 773.

4. Leloutre (E.), *Du rôle du ministère public, partie principale en matière civile en tant que défenseur des intérêts particuliers*, Thèse Caen, 1904, p. 212.

2. *Les conditions d'exercice de l'action publique du ministère public dans un contentieux civil économique*

385. *L'information préalable du ministère public.* Le droit d'agir conféré au ministère public, qu'il s'agisse d'un droit exclusif ou concurrent, suppose au préalable qu'il ait eu connaissance de l'affaire. C'est en effet une condition indispensable pour que le ministère puisse exercer son droit d'agir¹.

Il existe des dispositions du Code de procédure civile visant à attirer l'information vers le ministère public généralement pour lui permettre d'intervenir, voire l'y contraindre. Lorsque la « communication » n'est pas obligatoire ou instituée par la loi en vertu de l'article 425 du Code de procédure, elle peut être ordonnée par le juge². La « communication judiciaire » permet au juge de décider d'office la communication d'une affaire au ministère public « lorsqu'il souhaite obtenir son avis », en vertu de l'article 427 du dit code.

Dès lors, on perçoit l'enjeu déterminant que représente la « collaboration » ou le « dialogue » entre juges civils ou consulaires et le parquet pour que ce dernier daigne exercer son rôle de plaideur de l'ordre public. Certains auteurs soulignèrent cette nécessité notamment en droit des pratiques restrictives de concurrence³. Un tel contentieux n'étant pas soumis à une communication obligatoire, il nous semble raisonnable d'imaginer une communication judiciaire « d'usage » en la matière. Chaque fois que les juges civils et consulaires seraient saisis d'une telle affaire, ils pourraient en informer le ministère public, afin que ce dernier sollicite une amende confiscatoire, comme partie principale⁴.

Enfin, la communication peut être réclamée par le ministère public dans les affaires « dans lesquelles il estime devoir intervenir », conformément à l'article 426 du code précité. Cette disposition suppose qu'il ait connaissance d'une affaire, de manière officieuse, par le juge ou les parties⁵. Cette « communication facultative » peut être intéressante lorsque le ministère public use de son droit d'agir général sur le fondement de l'article 423 du Code de procédure civile. Ainsi, dans une affaire de concurrence déloyale générant un profit illicite notoire, à l'instar des affaires *Champagne* ou *Vin Baillat*, le ministère public pourrait réclamer qu'on lui communique l'affaire, à défaut d'une communication judiciaire, afin qu'il use de son droit d'agir. Il lui faudra alors justifier d'un intérêt à agir.

1. Dreyer (E.), « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », *D.* 2017.1136, spéc. n°17. En réponse à l'interrogation de l'auteur sur l'information préalable du ministère public, une communication judiciaire d'« usage » en matière de faute lucrative pourrait s'installer entre magistrats.

2. Sur les diverses sortes de communication au ministère public voir : Héron (J.), Le Bars (T.), *Droit judiciaire privé*, Domat, Monchrestien, 5^e éd. 2012, n° 470 et s., p. 387 et s.

3. Blanchot (M.), « La collaboration du Parquet et des juges consulaires pour l'application de l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} déc 1986 », *op. cit.*, n° 48, p. 3, Faletti (M.), « Le rôle du ministère public devant les juridictions civiles et répressives », *Rev. conc. conso.*, 1987, n° 40, p. 21. Ces auteurs plaident en faveur d'une collaboration entre les juridictions consulaires et le Parquet, suggérant à ces premières de recourir plus fréquemment à la transmission de dossiers pour avis au ministère public.

4. Carval (S.) *op. cit.*, n° 333, p. 377 : l'auteur préconise le développement de « passerelle procédurale » qui permettrait au juge civil saisi d'une affaire susceptible de donner lieu à des dommages et intérêts punitifs, de transmettre le dossier au ministère public afin qu'il requiert ou non une sanction confiscatoire. La présence du ministère public influencerait le juge notamment sur le type de sanction, dommages et intérêts seulement confiscatoire ou multiples, affectés à la victime ou à un tiers.

5. Cadiet (L.), Jeuland (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 8^e éd. 2013, n° 378, p. 281.

386. **L'intérêt à agir, l'existence d'un surprofit.** Le droit d'agir du ministère public repose non pas sur un intérêt personnel et direct, mais sur l'intérêt général. Et quand bien même le procès civil opposerait traditionnellement des droits subjectifs, certains comportements nuiraient également au Marché. Ce qui peut justifier l'action du ministère public.

La condition d'intérêt à agir de ce dernier varie selon le fondement de son action, lorsqu'il agit dans un cas spécifié par la loi, l'article 422 du code précité précise qu'il s'agit d'une « action d'office »¹ du ministère public. Par conséquent, nul besoin de justifier d'un intérêt à agir, la qualité du titulaire de l'office est alors nécessaire et suffisante. Dans les cas spécifiés par la loi, sauf disposition expresse contraire, le ministère public n'aura donc même pas besoin d'établir que l'ordre public est intéressé. Aussi, l'action fondée sur l'article L. 442-6, III du Code de commerce ne requiert pas la caractérisation d'une atteinte à l'ordre public économique.

À l'inverse lorsque le ministère public use de son droit d'agir en général, il doit justifier d'une atteinte à l'ordre public, à peine d'irrecevabilité². L'article 423 du Code de procédure civile subordonne l'action du Parquet à une condition d'intérêt, c'est ce que signifie la mention légale « que si l'ordre public est intéressé ».

Qu'il exerce l'action attitrée de l'article L. 442-6, III du Code de commerce ou l'action en défense de l'ordre public sur le fondement de l'article 423 du Code de procédure civile, l'intérêt à agir en matière de faute lucrative, ne résulte-t-il pas de l'existence d'un profit illicite ? Dans le premier cas, cet intérêt ressort des travaux parlementaires, l'existence d'un surprofit généré par une pratique déloyale sur les marchés constitue un avantage illégitime sur le marché qui compromet le fonctionnement normal d'un marché concurrentiel, ce qui justifie l'action confiscatoire de l'article étudié. Dans le second cas, le profit illicite tiré d'une activité économique illicite ou exercée de manière illicite, déloyale ou parasitaire, nuit également au fonctionnement normal et loyal du marché.

Partant, quelle que soit l'habilitation du Parquet à agir, l'existence d'un profit illicite constitue un intérêt à agir du ministère public en défense de l'ordre public économique. La seule différence entre l'action attitrée de l'article L. 442-6, III du Code de commerce et d'une action fondée sur l'article 423 du Code de procédure civile, c'est que, dans le premier cas, le ministère n'a pas besoin de le justifier expressément tandis que dans le second, il doit en justifier à peine d'irrecevabilité.

Les conditions attenantes au droit d'agir du ministère public ayant été clarifiées, il convient de délimiter la portée d'une telle action.

3. La portée du droit d'agir

387. **Le droit d'agir à fin d'une sanction pécuniaire confiscatoire.** La question que l'on se pose est la suivante, le ministère public peut-il, en dehors de

1. Capitant (H.), *Vocabulaire juridique*, V° « Action d'office », « action intentée au nom de la société par le ministère public, en vertu du seul devoir de sa charge, et sans en être requis par une personne intéressée, soit en matière pénale, soit en matière civile dans les cas où le ministère public peut agir comme partie principale ».

2. Guinchard (S.), *Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., n° 102.232, p. 35.

toute habilitation légale, requérir le prononcé d'une sanction confiscatoire du profit illicite lorsqu'il agit contre l'auteur d'une faute lucrative ?

En matière d'actions attitrées, il semblerait qu'un texte d'habilitation soit nécessaire. C'est en effet ce qui ressort du régime des rares sanctions pécuniaires extra-compensatoires dont il est habilité à demander le prononcé. En matière de procédures collectives, l'article L. 651-3 du Code de commerce prévoit expressément, le droit du ministère public à demander le prononcé de la sanction visée à l'article L. 651-2 du Code de commerce, à savoir la sanction en comblement de passif prononcée à l'encontre des dirigeants fautifs d'une entreprise. De même, en matière de pratiques restrictives de concurrence, le droit de demander une amende civile lui est expressément confié à l'article L. 442-6, III du Code de commerce. On en déduit que pour l'heure, la confiscation du surprofit doit être expressément visée par un texte lorsque le ministère agit dans un cas spécifié par la loi. Pourrait-il demander le prononcé d'une sanction extra compensatoire, sur le fondement de l'article 423 du Code de procédure civile, en dehors de toute habilitation légale ?

Nous avons expliqué un peu plus tôt dans nos développements que l'existence d'un surprofit, parce qu'il génère une atteinte à l'ordre public de marché, pourrait justifier l'exercice par le ministère public de son droit général d'agir. Naturellement, la finalité d'une telle action consisterait à la confiscation de cet indu. Parce que la confiscation ne constitue pas une sanction répressive, on peut espérer qu'une telle demande, en dehors de toute habilitation légale, soit recevable. Notons à propos de la répétition de l'indu en matière de pratiques commerciales déloyales que le Conseil constitutionnel¹ et la Cour européenne des droits de l'homme² ont soumis la recevabilité de la demande de répétition de l'indu du Ministre de l'Économie à une condition d'information préalable des victimes. Partant, dans un contentieux de *dol contractuel lucratif*, le ministère public pourrait réclamer la répétition de l'indu qu'à la même condition, ce qui a été confirmé par la chambre commerciale de la Cour de cassation³. En dehors de ce contentieux de faute lucrative, il faudrait toutefois une autre sanction confiscatoire publique, type amende civile, souscrivant aux modalités dissuasives que nous avons élues.

Cependant, parce que l'amende civile constitue une sanction répressive, elle est soumise au principe de légalité des délits et des peines. Ce qui suppose une

1. Cons. constit., déc. 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC, *Société Système U Centrale Nationale et autre*.

2. CEDH, 17 janv. 2012, n° 51255/08, *Galec c. France*, *JurisData* n° 2012-006077.

3. Cass. com. 3 mars 2015, n° 13-27525 et n° 14-10907, *D.* 2015. 620 et 1021, note F. Buy, *JCPE* 2015, n° 17, 1207, note S. Le Gac-Pech : « Il résulte de la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011 que c'est seulement lorsque l'action engagée par l'autorité publique tend à la nullité des conventions illicites, à la restitution des sommes indûment perçues et à la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés que les parties au contrat doivent en être informées. Une cour d'appel retient ainsi à bon droit la recevabilité de l'action engagée par le ministre chargé de l'économie sur le fondement de l'article L. 442-6 III, du code de commerce, après avoir constaté que celle-ci, après renonciation à la demande de nullité des clauses illicites, ne tend plus qu'à la cessation des pratiques et au prononcé d'une amende civile ». La haute cour rappelle que l'action du ministre tendant à la cessation de pratiques illicites et au prononcé d'une amende civile est recevable même si les victimes ne sont pas informées de l'action (conformément à la réserve d'interprétation émise par le conseil constitutionnel dans sa décision 2011-126 QPC du 13 mai 2011 selon laquelle la condition d'information préalable ne concerne que l'action du ministre à fin de nullité du contrat litigieux et restitution). *A contrario*, la recevabilité de l'action du ministre tendant à la nullité et à la répétition de l'indu est soumise à l'information préalable des victimes.

habilitation légale expresse du ministère public pour agir à cette fin. Habilitier le ministère public à réclamer une amende civile sur le modèle de celle de l'article L. 442-6, III du Code de commerce en dehors des cas légaux, est une préconisation avancée avec force par Monsieur Fasquelle et Monsieur Mesa, en matière de concurrence déloyale et de parasitisme¹. Une telle habilitation permettrait en effet de voir prononcer une sanction particulièrement dissuasive dans des affaires notoires de faute lucrative, comme il aurait été utile dans les affaires *Champagne* et *Vin de Baillat*. Une telle sanction s'ajouterait alors à la liste des sanctions civiles confiscatoires énumérées dans le titre premier, à la différence près, cette sanction, étant une peine publique, elle ne pourrait être requise que par le ministère public².

Outre la sanction pécuniaire confiscatoire, le ministère public peut-il demander le prononcé d'une sanction non pécuniaire ?

388. **Le droit d'agir à fin d'une sanction non monétaire.** Deux sanctions non monétaires seraient pertinentes, la cessation de l'illicite et une mesure d'interdiction professionnelle.

En ce qui concerne la première, pour l'heure le droit la distribue de manière expresse et spéciale. Rappelons que le ministère public s'est vu investi du droit de réclamer la cessation de l'illicite (au même titre que le Ministre de l'Économie) en matière de pratiques commerciales déloyales, en vertu de l'article L. 442-6, III du Code de commerce. Et en droit de la consommation, s'il n'a pas un pouvoir autonome équivalent, il a un pouvoir d'avis auprès de la DGCCRF, préalable à la mise en place d'une transaction (et tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement) conformément à l'article L. 523-1 du Code de la consommation³. Il en résulte que le ministère public jouit, *de lege lata*, d'un rôle légalement institué en matière de cessation de pratiques contractuelles et commerciales illicites. Toutefois, une telle habilitation expresse et spéciale ne permettra pas d'embrasser la diversité des fautes lucratives⁴. L'article 423 du Code de procédure civile parce qu'il dote le ministère public d'un droit d'agir général chaque fois que l'ordre public économique est en jeu, ne l'habilite-il pas par la même à demander la cessation de l'illicite ? Nous rappellerons qu'une pratique illicite est nécessairement une violation de l'ordre public⁵. Une mesure générale de cessation de l'illicite pourrait donc être réclamée par le ministère public sur le seul fondement de l'article 423 du code précité.

En ce qui concerne la seconde, de nombreux textes habilite le ministère public en acteur de la discipline professionnelle. À titre d'exemple, nous citerons la possi-

1. Fasquelle (D.), Mesa (R.), « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le Rapport Catala », *D.* 2005, p. 2666, Fasquelle (D.), « Concurrence déloyale, amende civile ou "dommages et intérêts punitifs" », *in* « Conquête de la clientèle et droit de la concurrence », G. Canivet (dir), CREDA, *Gaz. Pal.* nov.-déc. 2001, p. 1681.

2. La possibilité offerte à la victime de réclamer le prononcé d'une amende civile au cas de faute lucrative, telle que le prévoit l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile rend cette sanction tout à fait originale. On pourrait le qualifier de « peine semi-publique ».

3. La transaction entraînant nécessairement cessation des pratiques interdites constatées et visées par l'art. L. 523-1 C. conso.

4. Voir *supra* n° 20 et s.

5. Voir *supra* n° 33.

bilité pour le Parquet de formuler une demande de faillite personnelle à l'encontre du dirigeant fautif ce qui entraîne de nombreuses interdictions professionnelles¹, une demande d'injonction à un agent commercial de procéder à la radiation de son immatriculation². Il est par ailleurs, un acteur disciplinaire de nombreuses professions réglementées ce qui lui permet de demander une destitution ou révocation d'un avocat³, commissaire aux comptes⁴, administrateur et mandataire judiciaire⁵.

L'énumération de ces exemples nous amène à deux constats, d'une part, le parquet est une personne habilitée par la loi à réclamer une sanction professionnelle d'un agent malhonnête, d'autre part, chaque sanction que le parquet peut invoquer résulte d'un texte d'habilitation limitant son champ d'application.

Par conséquent, le Parquet pourrait demander le prononcé d'une sanction stigmatisante à l'encontre de l'auteur d'une faute lucrative à condition qu'un texte le prévoit et précise le type de sanction.

PROPOSITION DE THÈSE :

Admettre la recevabilité d'une mesure de cessation de l'illicite réclamée par le ministère public sur le fondement de l'article 423 du Code de procédure civile.

Créer une disposition habilitant le ministère public à réclamer le prononcé d'une amende civile, d'une interdiction professionnelle en cas de faute lucrative.

Article 1240-1 alinéa 3 du Code civil : « Le ministère public peut réclamer le prononcé d'une amende civile dont le montant ne pourra dépasser trois fois le profit illicite ou 5 % du chiffre d'affaires et le prononcé de mesures d'interdiction prévues à l'article L. 653-2 du Code de commerce ».

1. Art. L. 653-2 C. com.

2. Art. R. 134-9 C. com.

3. Demande d'incapacité d'exercice d'une personne morale dont le dirigeant pratique illégalement des consultations juridiques prévue à l'article 54 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

4. Demande de récusation ou révocation d'un commissaire aux comptes, prévue aux articles L. 823-6 et L. 823-7 du C. com.

5. Demande d'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur ou mandataire judiciaire, article R. 811-58 du C. com.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Dans ce premier chapitre, nous avons mis en exergue les facteurs d'effectivité de la sanction dissuasive propre à ses deux acteurs, la victime et l'autorité publique. L'optimisation des actions privée et publique confiscatoire repose en effet sur des mécanismes procéduraux différents.

Pour optimiser l'action privée confiscatoire, il faut d'une part conférer aux victimes un droit d'agir à fin de sanction extra-compensatoire, d'autre part le distribuer pour pallier l'inaction des victimes et enfin regrouper les droits d'agir lorsqu'une faute lucrative de masse génère une multitude de micro-profits disséminés.

Par ailleurs, l'optimisation de l'action publique confiscatoire suppose au préalable l'information de l'autorité de poursuite, condition *sine qua non* de la mise en œuvre de l'action publique. Pour lutter contre l'opacité de certaines infractions lucratives, des moyens de détection sont institués pour faciliter l'information des autorités publiques. Une fois informé, encore faut-il que celles-ci daignent exercer l'action publique. Dans ces développements, il nous est également apparu l'utilité d'une immixtion de la victime dans la mise en œuvre de l'action publique et *vice versa*. En cas d'inertie des victimes, l'intervention du ministère public dans un contentieux *a priori* privé de faute lucrative permettrait de confisquer le surprofit. La distinction des contentieux générés par une faute lucrative doit donc être poreuse afin d'augmenter la probabilité de confiscation du surprofit.

Après avoir identifié les facteurs d'effectivité propres à chaque action confiscatoire, examinons les facteurs communs d'effectivité.

CHAPITRE II

Les conditions de mise en œuvre communes aux deux actions confiscatoires

389. *Les conditions de succès des actions confiscatoires, publique et privée.* Pour que la demande de sanction dissuasive soit accueillie, il faut d'une part que la demande soit déclarée bien fondée et d'autre part que les arguments en défense soient réfutés.

Le succès de l'action repose tout d'abord sur le bien-fondé de la demande de sanction dissuasive. Pour ce faire, le demandeur à l'action doit prouver l'existence d'une faute lucrative imputable à son auteur. Qu'il s'agisse de la victime¹ ou de l'autorité de poursuite², il incombe au demandeur de « démontrer l'existence »³ de la faute lucrative. Au-delà de la charge de la preuve, il conviendra de traiter les questions relatives à l'objet de la preuve et des modes de preuve, que faut-il concrètement prouver et par quels moyens ? Nous verrons comment la preuve de la faute lucrative peut être apportée conformément aux règles de procédure civile et pénale et aux exigences du procès équitable (Section I).

Le succès de l'action suppose également de réfuter les arguments invoqués en défense par l'auteur présumé de la faute lucrative. À ce titre, nous évoquerons les obstacles propres à la faute lucrative dressés par son auteur, l'extinction de l'action par l'effet de la transaction et les stratégies de *forum* et *Law shopping*. Toutefois, ces obstacles peuvent être contrés, par des moyens permettant de préserver l'effet confiscatoire d'une transaction ou par des mécanismes garantissant l'application de la règle confiscatoire française (Section II).

1. En cas d'action privée confiscatoire, l'administration de la preuve obéit aux règles de procédure civile. Or, le procès civil ou commercial, étant la chose des parties, c'est à chacune d'apporter la preuve de leurs prétentions conformément à l'article 9 C.P.C.

2. En cas d'action publique confiscatoire, l'administration de la preuve obéit aux règles de procédure pénale. Or, la charge de la preuve pèse sur les acteurs de l'accusation (ministère public et partie civile) et/ou sur le juge investigateur si une information est ouverte, conformément à l'article 81 C.P.C. En matière de preuve, le procès pénal apparaît donc comme un système mixte : Rassat (M.-L.), *Traité de procédure pénale*, PUF, 2^e éd. 1995, n° 193, p. 304.

3. Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, Précis, 33^e éd. 2016, n° 594, p. 454 : « La preuve est la démonstration de la vérité d'un fait qui est affirmé dans une instance par l'une des parties et qui est nié par l'autre ».

SECTION I : LA PREUVE DE LA FAUTE LUCRATIVE, CONDITION DE BIEN-FONDÉ DE L'ACTION CONFISCATOIRE

390. *L'objet de la preuve, les composantes de la faute lucrative.* Une fois la barrière de la recevabilité franchie, l'action doit encore être jugée bien fondée. Une demande de sanction dissuasive à l'égard de l'auteur d'une faute lucrative suppose donc l'établissement des conditions de responsabilité (civile ou pénale) et notamment la preuve de la faute lucrative. La première question à se poser en matière de preuve judiciaire porte donc sur l'objet de la preuve.

Or, comme pour toute faute dommageable la mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur suppose l'établissement des composantes de la faute lucrative, à savoir son élément matériel et son élément moral. Rappelons que lorsqu'elle constitue une infraction, nous avons préconisé d'appliquer une circonstance aggravante, le *dol lucratif*, à l'infraction pour aggraver la responsabilité de son auteur. Auquel cas, il faudra établir les caractéristiques de ladite circonstance aggravante, à savoir, un résultat économique lié à l'infraction et l'intention lucrative. Par ailleurs, lorsqu'elle constitue un délit civil, nous avons suggéré de consacrer une nouvelle faute qualifiée, la faute lucrative, caractérisée par un élément intentionnel renforcé et un surprofit lié au délit.

Partant, établir la faute lucrative revient à prouver l'existence, d'un surprofit (§ 1) (ce qui suppose aussi de le quantifier), d'une intention lucrative (§ 2) et d'un lien de causalité entre le gain illicite et le délit/infraction de base (§ 3). Nos propos se limiteront donc à résoudre la question de la preuve des éléments caractérisant une faute lucrative, ce qui conduit à évincer la question de la preuve du résultat dommageable, qui est une caractéristique de la faute lucrative par ailleurs bien connue du Droit.

391. *Les modes de preuve à l'épreuve des garanties du procès équitable.* Parce que la faute lucrative est un fait juridique, son établissement est régi par le principe de liberté de la preuve¹, que la faute lucrative constitue un délit civil² ou une infraction³.

Le choix des modes de preuve dépendra de deux facteurs, d'une part la qualité du demandeur et d'autre part la difficulté à établir le fait. Ainsi, dans un contentieux privé de faute lucrative, la victime se heurtera aux limites d'un système accusatoire. En d'autres termes, elle sera confrontée à des difficultés matérielles notamment pour établir le surprofit, dont les éléments probants seront détenus par le défendeur. Pour y remédier, plusieurs voies sont possibles, inverser la charge de la preuve⁴ ou adapter les modes de preuve. Pourra être admise

1. Contrairement au système de preuves légales dans lequel le législateur attribue à l'avance une valeur tarifée à chaque preuve, liant le juge, le système de la preuve morale ou de l'intime conviction laisse toute liberté au juge de former sa conviction à partir des éléments de preuve présentés à lui.

2. Mazeaud (H.) (L.), Mazeaud (J.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, op. cit., n° 1702, p. 814 : « Quant à la faute contractuelle, elle est, elle aussi, comme la faute délictuelle, un fait, l'inexécution d'un contrat ou son exécution défectueuse, reprochée au défendeur, est un simple fait qui, par sa nature, ne diffère pas de l'acte fautif en matière délictuelle, [...] la faute contractuelle, le fait reproché au cocontractant, peut donc se prouver par tous moyens ».

3. Art. 427 alinéa 1^{er} C.P.P.

4. La charge de la preuve de l'élément intentionnel ou du caractère illicite du profit pourra être

la preuve par *indice*¹ ou par expertises, pour établir le résultat économique ou par *présomption du fait de l'homme*² notamment pour établir l'élément moral « l'intention lucrative ».

Dans un contentieux public de faute lucrative, la difficulté probatoire est autre. Si l'autorité de poursuite bénéficie des moyens classiques (aveu, témoignages³, écrits⁴, indice ou présomption du fait de l'homme⁵), mais aussi des procédés modernes d'investigations (enregistrements audio, vidéos, écoutes téléphoniques...), la liberté de la preuve s'arrête néanmoins à la limite de la déloyauté, une preuve obtenue de manière déloyale pouvant être déclarée irrecevable⁶. En dépit des moyens dont dispose l'accusation dans la recherche de la preuve, celle-ci se heurte toujours à la difficulté de prouver l'élément moral d'une infraction. Or, le recours aux présomptions est moins libéral qu'en droit de la procédure civile, en raison des garanties fondamentales que le procès pénal doit satisfaire. Ainsi, en théorie, la présomption d'innocence prohibe l'établissement de présomption de culpabilité. Toutefois pour permettre l'établissement d'une preuve impossible, la Cour européenne des droits de l'homme⁷ et le Conseil constitutionnel⁸ autorisent le recours à des présomptions de culpabilité sous réserve qu'elles soient réfragables.

§ 1 - LA PREUVE DU RÉSULTAT ÉCONOMIQUE

Annnonce. La preuve du résultat économique requiert une évaluation chiffrée du surprofit (A). C'est la conséquence du caractère quantifiable du profit, préalablement établi⁹. Il en découle la nécessité d'un accès aux documents comptables détenus par le défendeur (B). Or, les capacités probatoires des autorités

reportée sur le défendeur, qui devra alors prouver sa bonne foi ou l'absence de lien entre la faute et son profit.

1. Art. 1353 C.P.C.

2. Art. 1353 C.P.C. : « indices graves précis et concordants », la loi exige un faisceau de présomptions concordantes, bien que les tribunaux se contentent parfois d'une présomption unique si elle est grave et précise.

3. Déclaration faite en justice sous la foi du serment.

4. Écrits émanant des parties, procès verbaux : art. 429 C.P.P.

5. Art. 54 C.P.P. catégorie large comprenant « tout ce qui, sans fournir une preuve immédiate, rend possible le fait recherché ».

6. Ainsi, en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'assemblée plénière a jugé déloyal et irrecevable un enregistrement clandestin d'une conversation téléphonique : Ass. Plén. 7 janvier 2011, n° 09-14.316, au visa de l'article 9 C.P.C. et art. 6 § 1 CEDH : « enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ».

7. CEDH, 7 octobre 1988, *aff. Salabaji c/France* : présomption de culpabilité quasi irréfragable posée par le Code des douanes (art. 329 § 1) n'est pas incompatible avec le respect de la présomption d'innocence.

8. Cons. const. 16 juin 1999, déc. n° 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, csdt. 5 : « il résulte du principe de présomption d'innocence qu'en principe le législateur ne saurait instituer des présomptions de culpabilité en matière répressive, toutefois de telles présomptions peuvent être établies notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas un caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité ».

9. Voir *supra*, n° 95.

publiques et des victimes étant inégales, il conviendra d'adapter le degré de preuve du profit illicite en fonction de l'accès aux documents comptables.

A. L'évaluation du profit illicite

392. **Méthodes d'évaluation du profit illicite.** Il nous faut tout d'abord distinguer deux situations de faute lucrative, soit l'activité est illicite auquel cas le profit illicite est égal à l'entier profit généré l'activité interdite, soit l'activité est licite, mais exercée de manière illicite, auquel cas, le gain illicite constitue seulement un surprofit. Selon que l'on se trouve dans la première ou la seconde situation, la méthode d'évaluation du profit illicite diffère.

Deux méthodes sont envisageables, la première est la plus couramment mise en œuvre par les juges civils et commerciaux. Elle consiste en une méthode dite « comptable » qui repose sur l'analyse d'évolutions d'indicateurs de l'activité illicite, le chiffre d'affaires notamment, à partir de documents comptables. L'évaluation du surprofit est donc réalisée à partir du profit réellement engrangé (1).

La seconde est utilisée notamment en droit de la concurrence¹, à l'aide d'experts en économie, pour évaluer les préjudices des victimes. Appliquée au surprofit, cette méthode consiste à évaluer le surprofit à partir d'une comparaison entre deux situations, la situation illicite réelle et une situation licite fictive, appelée « contrefactuelle » (2).

1. La quantification du profit illicite tiré d'une activité illicite

Décomposition du profit illicite. L'enrichissement illégitime de l'auteur d'une faute lucrative procède de deux stratégies différentes, cumulatives ou non. Soit l'agent économique cherche à diminuer son passif de manière illégitime, son gain est alors négatif puisqu'il résulte d'une « économie de dépenses » (a). Soit l'agent cherche à augmenter son actif de manière illégitime, son gain est alors positif (b).

a. Quantification du gain négatif

393. **Les redevances non payées.** Le non-paiement de *royalties* au titulaire victime du droit de propriété intellectuelle est indiscutablement la première et principale économie de dépense réalisée par le contrefacteur. Le profit illicite de toute contrefaçon inclut donc nécessairement « l'indemnité d'occupation pour le passé »² non payée par le contrefacteur, selon l'expression de Monsieur Grynbaum, ce qui correspond aux redevances que le contrefacteur aurait dû payer au titulaire du droit, pendant toute la durée de l'infraction.

1. Comm. Eur, *Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 et 102 du TFUE*, pt. 11, définit l'analyse contrefactuelle comme « une comparaison entre la situation réelle de la partie lésée et celle dans laquelle elle aurait été en l'absence d'infraction ».

2. Grynbaum (L.), *Une illustration de la faute lucrative, le piratage de « logiciels »*, op. cit. Grynbaum

Ce gain négatif est visé expressément par le droit civil de contrefaçon soit au titre du « manque à gagner » de la victime titulaire du droit¹, soit au titre de l'indemnisation forfaitaire de cette dernière (visé dans l'article précité *in fine*). Ce mode de calcul alternatif de l'indemnisation de la victime consiste alors à évaluer le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Nous ajouterons que si les redevances non payées constituent un manque à gagner du titulaire du droit et doivent de ce chef être remboursées au titre de dommages et intérêts compensatoires, ces mêmes redevances composent également une partie du surprofit, et doivent être prises en compte à ce titre dans le *quantum* de la sanction extra-compensatoire (qui sera assortie ou non d'un coefficient multiplicateur).

Par ailleurs, on pourrait imaginer ce même chef de surprofit en droit de la presse, pourquoi ne pas prendre en compte le coût de l'autorisation d'exploiter l'image d'autrui ? C'est une économie de dépense non négligeable surtout quand la victime possède une notoriété qui assure une vente spectaculaire du numéro la représentant².

Outre les redevances non payées, un autre type d'économie de dépense est désormais pris en compte par la loi et la jurisprudence, les économies d'investissement.

394. **Les économies d'investissement.** Notion introduite par la loi du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon³, l'article L. 615-7, 3° du Code de propriété intellectuelle dispose que l'indemnisation fixée par le juge prendra en compte « [...] les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels » retirées de la contrefaçon. Il est désormais communément admis que ces économies d'investissement participent de « l'avantage indûment perçu du fait de la contrefaçon par le contrefacteur »⁴, souligne Monsieur Ouaniche. Ils doivent donc être pris en compte dans le calcul du surprofit. Selon cet expert, cette économie d'investissement comprend les dépenses effectuées par le titulaire du droit de propriété « en terme de recherche et développements, de procédé de fabrication, publicité, etc. ».

En dehors de toute habilitation légale, cette notion est également invoquée en jurisprudence, au titre de l'indemnité d'un préjudice causé par un acte de concurrence déloyale ou parasitaire. Les prétendues victimes d'agissements déloyaux ont pu invoquer « des économies d'investissement publicitaire de prospection et de charges de personnel »⁵, des « économies d'investissement de

(L.), Le Goffic (C.), Morlet-Haidara (L.), *Droit des activités numériques*, Dalloz, Précis, 1^{re} édition, 2014, n° 1319, p. 959.

1. Art. L. 615-7, 1° C.P.I. : « Les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, dont le manque à gagner [...] ».

2. *Affaire Julie Gayet c/Closer* : l'article titré « l'amour secret du président » illustré d'une photo du président de la république et de Julie Gayet a permis à Closer de doubler la vente de ce numéro (610 000 exemplaires).

3. Art. 2 de la loi n° 2014-315, 11 mars 2014.

4. Ouaniche (M.), « Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon », *JCPE*, 2014, n° 15, p. 1194.

5. CA Nancy, ch. com., 10 octobre 2002, n° 10/01499 : en l'espèce, l'acte de concurrence déloyal

marketing »¹ ou encore « d'économies d'investissement nécessaires à la commercialisation du produit litigieux »².

Par ailleurs, des économies d'investissement peuvent également résulter de l'omission volontaire et calculée de contrôle, d'audit, réparations omission imputable au responsable. Dans l'*affaire Erika*, la minimisation des contrôles et des réparations par l'armateur et le gérant technique, ainsi que l'absence de procédure de *vetting* de l'affréteur ont été mises en évidence par les juges du fond³. Ces éléments révèlent des économies de dépenses effectuées par les personnes responsables. On regrette toutefois que ce « gain négatif » n'ait pas été chiffré par ces derniers. Pourtant, le chiffrage de ce type d'économie serait tout à fait concevable, dès lors qu'elles sont identifiées, mais à l'appui d'expertises. À titre d'exemple, elles ont pu être évaluées dans l'*affaire Chimirec* en 2013 à partir des subventions perçues et dévoyées, au titre d'une activité frauduleuse de dépollution de déchets industriels⁴. Évalué par une agence publique à 500 000 €, ce profit illicite n'a pourtant pas été confisqué compte tenu des *quanta*, nettement inférieurs à ce gain négatif, des dommages et intérêts et des amendes prononcées dans cette affaire.

Par conséquent, ces économies d'investissement devraient faire l'objet d'un examen systématique et plus précis par les juges, qu'ils aient été expressément invités à le faire par le législateur ou non. Analysons à présent les composantes du gain positif.

b. Quantification du gain positif

395. ***Le calcul des recettes de l'activité illicite au regard du chiffre d'affaires.*** Pour paraphraser Monsieur Bouchon, « dès que l'on parle de résultat d'activité, le réflexe est de s'intéresser au chiffre d'affaires réalisé »⁵. Cet indicateur de base⁶ révèle le volume d'activité généré par l'activité courante d'une entreprise. En outre, cet indicateur présente l'avantage d'être « facilement vérifiable grâce à la comptabilité générale et aux déclarations fiscales »⁷ ajoute Monsieur Belot.

n'est pas établi, la cour d'appel infirme donc le jugement de première instance qui avait alloué une indemnisation notamment au titre de l'économie d'investissement de 10 000 €.

1. CA Poitiers, 2^e civ, 4 octobre 2011, n° 10/02787 : à propos d'une reproduction de packaging d'un concurrent, acte de concurrence déloyal et de parasitisme commercial confirmé par la Cour d'appel mais ordonne une expertise relative à l'indemnisation.

2. CA Bordeaux, 17 mars 2005, n° 03/01278 : en l'espèce, l'acte de concurrence déloyal est établi et résulte d'une démarche publicitaire entretenant une confusion avec des produits concurrents.

3. CA Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278, Cass. crim. 25 sept. 2012, n° 10-82.938.

4. TGI Paris 31-1, ch. corr, 18 déc 2013, *aff. Chimirec*, note L. Neyret, *Envir*, n° 6, juin 2014, comm. 48 : en l'espèce, la société Chimirec percevait des subventions pour son activité de dépollution et revendait les produits contaminés (huiles industrielles) au prix de produits décontaminés au moyen de documents administratifs falsifiés.

5. Bouchon (F.), *L'évaluation des préjudices subis par les entreprises*, Litec, avril 2002, n° 147, p. 46 : l'auteur faisait cette remarque à propos du préjudice : « dès que l'on parle de perte d'activité, le réflexe immédiat est de s'intéresser au chiffre d'affaires réalisé ».

6. D'après l'Insee, « le chiffre d'affaires représente le montant des affaires (hors taxes) réalisées par l'entreprise avec les tiers dans l'exercice de son activité professionnelle normale et courante. Il correspond à la somme des ventes de marchandises, de produits fabriqués, des prestations de services et des produits des activités annexes ». Ce faisant, il témoigne du volume d'affaires généré par l'activité courante de l'entreprise.

7. Belot (F.), « L'évaluation du préjudice économique », *D.* 2007, p. 1681.

Ce qui en fait un paramètre essentiel à toute analyse financière et à la compréhension de l'entreprise, ou encore, « la base de toute analyse est l'évolution du chiffre d'affaires qui doit être décomposée en termes de volumes (quantités vendues) et de prix, de croissance interne et de croissance externe »¹. Aussi, cet indicateur peut-il être utilisé pour mesurer le profit positif retiré par l'auteur d'une faute lucrative pendant toute la durée de l'activité illicite. Cette première démarche est en effet courante en jurisprudence.

Tout d'abord, on a pu voir dans le cas de la violation d'une clause de non-concurrence figurant dans un contrat de travail, la chambre sociale valide une évaluation à partir du chiffre d'affaires réalisé par la société en faute, pendant la période visée dans la clause litigieuse². En matière de contrefaçon, le gain illicite peut être calculé à partir des recettes de l'activité contrefaisante³. Ainsi dans l'*affaire Radioblog*⁴, l'éditeur du site internet mettant à disposition des œuvres musicales sans autorisation, le gain illicite correspondait aux recettes publicitaires, soit l'intégralité du chiffre d'affaires réalisé au cours des deux années de l'infraction. De même, des juges du fond ont déduit le profit illicite retiré d'une exploitation illicite d'un film par un distributeur, du chiffre d'affaires obtenu pendant la période litigieuse⁵. En matière d'atteinte aux droits de la personnalité, le profit illicite retiré de l'exploitation non autorisée d'une image a également pu être quantifié à partir du chiffre d'affaires résultant des ventes des cartes postales la reproduisant⁶.

Toutefois, la doctrine est unanime sur les limites de cet indicateur. Il ne constitue pas toujours un indicateur significatif pour deux raisons. La première tient au fait qu'il fluctue en fonction du marché concerné, et de ce fait son évolution peut être aussi altérée par des facteurs exogènes. La seconde tient à l'imprécision de cet indicateur, « de par sa nature d'agrégat complexe de ventes de biens ou de services, à des prix différents, chaque groupe de biens et services ainsi que prix subissant des influences particulières »⁷. Selon l'Insee, « il peut inclure ou non des achats pour la revente et des sous-traitances selon le mode de comptabilisation retenu » ce qui compromet sa fiabilité⁸. Par conséquent, il peut conduire à une évaluation très approximative du profit illicite surtout lorsque le

1. Verminem (P.), *Finance d'entreprise*, 5^e éd. par P. Quiry et Y. Le Fur, Dalloz, p. 237, cité in Belot (F.), *op. cit.*

2. Cass. soc, 6 novembre 1984, 82-41.888 et 82-41.889, *Bull. civ. V*, n° 409.

3. Sur la définition de la « masse contrefaisante », voir : Stenger (J.-P.), *JCl. Brevets*, Fasc. 4680, « Sanctions de la contrefaçon », n° 102 et s. : La masse contrefaisante correspond au nombre de produits litigieux fabriqués, importés, vendus ou commercialisés par le contrefacteur pendant la période de l'infraction. Elle comprend alors, non seulement l'objet breveté, mais aussi, les objets non brevetés qui forment, avec l'objet breveté « un tout commercial indivisible ».

4. TGI Paris, 3 septembre 2009, *Propr. Intell.* 2009, p. 377 obs. J.-M. Bruguière confirmé par CA Paris, 22 mars 2011, *RLDI* 2001, n° 73, p. 15, obs. O. Pignatari.

5. CA Paris ch 5, section B, 19 janvier 2006, *SARL Films sans Frontières /SA TVOR*, n° 02/21085, *JurisData* 2006-300814 : en l'espèce, un ancien concessionnaire a continué d'exploiter un film malgré le non renouvellement de sa licence d'exploitation. Le gain illicite ainsi que le préjudice, évalués à 65 000 € en première instance, ont été confirmés en appel.

6. CA Aix en provence, ch. 2, 10 février 2000, n° 96.6294 *Giani /Sarl Marineland et autres*, *JurisData* 2000-128816 : en l'espèce, l'exploitation de l'image du défendeur avait été détournée de son objet initial, publicité d'un parc aquatique et non pas édition et vente de cartes postales. Le gain illicite dilué dans le préjudice du défendeur évalué et à 30 000 francs et confirmé en appel.

7. Belot (F.), *op. cit.*, voir aussi : Bouchon (F.), *op. cit.*, § 148, p. 46.

8. [<http://www.insee.fr/fr/methodes/>].

fautif exerce une activité « hétérogène » (contrairement à une activité monoproduit). Il est donc préférable d'avoir recours à un autre indicateur plus spécifique à l'activité illicite.

396. **Le calcul des recettes de l'activité** illicite au regard d'un autre indicateur. Monsieur Belot explique que certains indicateurs spécifiques reflètent mieux le volume de l'activité économique illicite que le chiffre d'affaires¹. Selon Monsieur Bouchon, il peut s'agir d'un nombre d'unités, tel que le tirage pour la presse écrite, d'un volume ou d'un poids notamment dans le commerce des matières premières, ou encore d'un pourcentage comme le taux de marche pour une machine ou le taux de remplissage dans l'hôtellerie ou d'une donnée plus spécifique encore². Dans tous les cas, l'indicateur doit correspondre à une réalité tangible et vérifiable, telles que certaines données comptables, le chiffre d'affaires, ou non-comptable, nombre de véhicules vendus³. La référence à ce type d'indicateur permet donc de chiffrer le gain généré par certaines fautes lucratives.

En droit de la presse, le gain produit par la commercialisation d'un journal publié au mépris des droits de la personnalité pourra s'évaluer au regard du nombre de tirages et du prix de vente à l'unité. Appliqué à l'estimation du gain illicite et non plus du préjudice de la victime, ce type de calcul préconisé par l'avocat général Lindon devrait échapper à toute censure. Les juges du fond semblent réticents à se livrer à ce calcul quand bien même le nombre de tirages serait livré aux débats. Dans l'*affaire Julie Gayet contre Closer*, la publication de l'image litigieuse avait permis au magazine de doubler ses ventes pour ce numéro⁴. Pour autant, le surprofit n'a pas été calculé. De même, dans l'*affaire Belluci*, la victime avait invoqué, vainement, le nombre de tirages porté à 315 000 exemplaires à l'appui d'une demande d'indemnisation prenant en compte le profit illicite⁵. Par ailleurs, en droit de la concurrence déloyale ou parasitaire, tout comme en droit de la contrefaçon, le gain peut être calculé à partir du volume des ventes du produit litigieux. Ce qui revient à multiplier le nombre de copies serviles ou de copies illicites⁶ par le prix pratiqué par l'opérateur fautif. Ainsi dans l'*affaire LVMH et Dior Parfums contre Ebay*⁷, les juges ont condamné Ebay à indemniser les deux sociétés en réparation des préjudices résultant de l'usage illicite d'un actif patrimonial. Monsieur Nussenbaum explique qu'en l'espèce, la redevance indemnitaire a été déterminée « à partir des commissions sur les ventes perçues

1. Belot (F.), *L'évaluation du préjudice économique*, op. cit., spéc. A.2. : l'auteur explique que « chaque métier a ses particularités et ses indicateurs usuels de gestion ». Aussi, dans la plupart des métiers, il se forme un consensus sur un indicateur spécifique d'activité « supposé mesurer au mieux l'activité de l'entreprise ».

2. Bouchon (F.), op. cit., n° 148-149, p. 46-47.

3. *ibid*, annexe 3.2, p. 221 et s.

4. Alors que le magazine a été condamné à verser 15 000 € de dommages et intérêts à la victime : TGI Nanterre, 1^{re} chambre, 27 mars 2014, RG, 14/02736.

5. CA Versailles 1^{re} ch 31 octobre 2006 N° 05/07242, *Hachette c/Belluci* : Un magazine publie deux photographies reproduisant Monica Belluci avec son enfant de trois mois dans ses bras et est condamné à faire cesser la reproduction illicite sous astreinte. La demande d'indemnisation de la victime est déboutée en première instance et en appel.

6. CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 décembre 2011, n° 10/04481, *JurisData*, 2011-030824.

7. CA Paris, 3 sept. 2010, pôle 5, ch. 2, *eBay Inc et eBay International AC c/SA Christian Dior Couture et SA Louis Vuitton Malletier*.

par eBay (qui s'est substituée à LV et Dior en prélevant des commissions sur des ventes de produits utilisant leurs droits de PI) \times taux de produits contrefaisants – (ii) sur lesquelles un coefficient de 2 \times a été appliqué pour tenir compte du fait que cette exploitation n'a pas été librement consentie (jurisprudence sur les marques et brevets) »^{1,2}.

397. **Conclusion-transition.** Ce type d'évaluation du surprofit repose sur une analyse factuelle, réelle du gain illicite. En d'autres termes, le profit illicite est quantifié à partir de ce que l'agent économique a réellement gagné de manière illicite. Cette méthode est naturellement pratiquée par les juges lorsque le gain illicite est identifiable.

Or, il est des cas où cette évaluation est délicate, voire impossible, notamment lorsque le gain illicite ne peut être dissocié du gain licite. Ce qui correspond aux hypothèses d'une activité par nature licite, mais exercée de manière illicite. L'illicéité peut résulter d'une contravention au droit de la concurrence déloyale, parasitaire ou au droit des pratiques anticoncurrentielles. Les autorités juridictionnelles, recourent (ou devraient recourir) alors à une estimation du surprofit à partir d'un contrefactuel.

2. L'estimation du surprofit d'une activité exercée de manière illicite

398. **L'utilisation de l'analyse contrefactuelle dans l'estimation du surprofit d'une activité exercée de manière illicite.** C'est à la doctrine économique que l'on doit une telle démarche, qualifiée de « finance fiction ou industrie fiction » selon l'expression de Monsieur Bouchon. Cette méthode d'évaluation est habituellement utilisée pour évaluer le préjudice économique des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Parce qu'elle repose sur une approche « intelligente » et réaliste des dommages, elle est fortement revendiquée par la doctrine économique, notamment en droit de la concurrence (déloyale et illicite)³. Appliquée au surprofit, la méthode contrefactuelle propose de comparer le surprofit généré par l'activité illicite au profit qu'aurait généré la même activité exercée de manière licite. Cette méthode s'applique donc aux hypothèses dans lesquelles, une activité licite est exercée de manière illicite (ce qui exclut les hypothèses d'activité entièrement illicite telles que la contrefaçon). Aussi, nous préconisons son application pour estimer le surprofit d'une faute lucrative, notamment en droit de la concurrence (déloyale et illicite).

Après avoir posé les bases de la méthode contrefactuelle pour comprendre ses enjeux (a), nous en étudierons l'application faite par les autorités de régulation, en droit des pratiques anticoncurrentielles (b).

1. Nussembaum (M.), *L'évaluation des préjudices économiques*, *Rev. Droit banc et fin.*, 2013, n° 3, p. 32, spéc. n° 29.

2. Ici l'analyse économique a permis d'intégrer le mécanisme de restitution des gains illicites dans la réparation intégrale en considérant ceux-ci comme un manque à gagner et un coût d'opportunité pour la victime.

3. Boskovic (O.), *Les dommages et intérêts en droit international privé. Ne pas manquer une occasion de progrès*, *JCP G* 2006, n° 31, I 163, De Gildas (M.), *Évaluation des préjudices, il ne suffit pas de savoir compter*, *Rev. Décideurs juridiques et financiers* 2013, n° 155, p. 6-7.

a. *La méthode*

399. **L'estimation ou « l'analyse contrefactuelle » du surprofit.** Contrairement à la quantification qui emploie une démarche factuelle pour quantifier le surprofit, l'estimation nécessite un raisonnement spécifique dit de « finance-fiction ou d'industrie-fiction »¹ selon l'expression de Monsieur Bouchon. Une telle approche résulte de ce qu'on appelle les « analyses contrefactuelles ». Habituellement employées pour estimer les préjudices économiques des victimes de pratiques anticoncurrentielles², ces analyses consistent à comparer la situation réelle des victimes, situation infractionnelle causant un préjudice, à une situation hypothétique sans infraction et sans dommage pour ces dernières³. L'intérêt de l'analyse économique c'est qu'elle permet de mieux apprécier la perte d'activité qui n'est pas toujours reflétée par une analyse comptable (notamment lorsque des coûts supplémentaires sont assumés par l'entreprise pour atténuer les effets de la faute lucrative). Comme l'énonce Monsieur Nussenbaum : « L'intérêt de l'approche économique des coûts est de mieux cerner la réalité de l'activité opérationnelle de la victime et de prendre en compte, toutes les dépenses réelles supplémentaires qu'elle devra supporter pour restaurer sa situation »⁴.

Appliquée au surprofit, cette méthode consisterait donc à mesurer la différence entre ce qui a été gagné pendant l'infraction (situation réelle) et ce qui aurait été gagné en l'absence d'infraction (situation hypothétique) dite aussi « contrefactuelle ». Il faut donc estimer les gains perçus effectivement et les comparer aux gains qui auraient été engrangés en l'absence d'infraction, la seconde étape supposant l'établissement d'une situation hypothétique dans laquelle l'activité fautive qui a généré le gain illicite aurait été non fautive.

400. **Les étapes de la l'analyse contrefactuelle.** Trois étapes sont donc requises. La première consiste à étudier la situation réelle, soit la situation infractionnelle, les effets de l'infraction et le profit dégagé par l'activité illicite ou exercée de manière illicite. La seconde étape consiste à établir la situation hypothétique de référence, soit la situation sans infraction, dans laquelle le profit est licite. C'est au juge, aidé d'un expert, de tenter de reconstruire intellectuellement cette situation sans infraction. Il existe plusieurs méthodes d'élaboration d'un *contrefactuel*. Selon Monsieur Nussenbaum, il peut être conçu à partir de, « la comparaison avec d'autres situations ou sociétés comparables non affectées

1. Bouchon (F.), *op. cit.*, spéc. p. 44, n° 142 : l'auteur faisait cette remarque à propos du préjudice, « l'évaluation du gain manqué procède d'une démarche intellectuelle totalement différente de celle suivie en ce qui concerne les pertes matérielles subies. En d'autres termes, l'évaluation du gain manqué résultera, au moins partiellement, d'un raisonnement de finance-fiction ou d'industrie-fiction, que se serait-il passé si... ».

2. Comm. Eur, *Projet de document d'orientation la quantification du préjudice*, pt. 10 : l'analyse contrefactuelle est définie comme « une comparaison entre la situation réelle de la partie lésée et celle dans laquelle elle aurait été l'absence d'infraction ». Voir aussi : fiche n° 1110, Comment réparer les préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle, CA Paris, oct. 2017, en ligne.

3. Nussembaum (M.), Perrin (A.), « Comment évaluer un préjudice industriel et commercial ? », *Option finance*, 2002, n° 690, p. 31 : Le préjudice économique s'analyserait comme la différence entre : « une situation réelle, la situation dans laquelle la victime se trouve effectivement et une situation théorique, la situation dans laquelle se trouverait la victime en l'absence du fait dommageable ».

4. Nussembaum (M.), *op. cit.*, n° 15.

(méthode comparative) ; par référence au passé et au futur lorsque la situation normale est rétablie, par référence à des invariants préexistants tels que part de marché, par modélisation comptable¹, économique² et économétrique et statistique³ »⁴. En résumé, le contrefactuel peut être élaboré à partir d'une comparaison, d'une simulation ou d'analyses de coûts.

En droit de la concurrence, la Commission européenne a détaillé ces méthodes d'approximation (appliquées au calcul des dommages causés par une pratique anticoncurrentielle), dans son guide pratique d'évaluation des préjudices, pour faciliter la tâche des juges nationaux⁵. Il en résulte qu'un *contrefactuel* peut reposer sur des comparaisons de marchés, analogue ou distinct, dans le temps, à partir des données économiques disponibles. Il peut également être reconstitué à partir de simulations de situation de marché basées sur des modèles économiques, ou à partir d'analyse des coûts de production et des marges bénéficiaires raisonnables. Le choix de méthode est laissé à l'appréciation souveraine des juges et dépendra des données disponibles, des ressources mobilisables (coût et temps) compte tenu du montant des dommages et intérêts en cause⁶. Quelle que soit la méthode choisie, elle requiert des données économiques fiables sur l'entreprise auteur de la pratique, des documents comptables sur les années antérieures conformément à l'article L. 123-23 du Code de commerce. À défaut, la situation théorique de cette dernière ne pourra être dessinée, le risque étant d'évaluer à la baisse le montant du surprofit (ou du préjudice)⁷.

Enfin, la troisième étape consiste à quantifier le surprofit en comparant les valeurs dégagées dans les deux étapes précédentes. La comparaison des valeurs de référence aux valeurs réelles mettra en exergue un « surprofit » engrangé par les auteurs de l'infraction. Il ne s'agira toutefois que d'une estimation minimale du surprofit qui devra être corrigée, pondérée par certains facteurs, tels que l'élasticité-prix de la demande, la marge des entreprises, la taille du marché affecté⁸.

b. *Application, estimation du gain mal acquis d'une entente*

401. **La situation de cartel.** La première étape consiste à étudier la situation réelle, soit la situation d'entente sur les prix. Or, en présence d'une entente, le prix observé met en exergue un « surcoût » payé par les clients directs⁹

1. Comparaison avec des prévisions budgétaires.

2. Simulation du prix de marché concurrentiel, ce qui implique de se référer à des modèles de marché en concurrence imparfaite (duopole, oligopole...).

3. Pour effectuer des projections ou chercher des éléments comparables.

4. Nussembaum (M.), « L'évaluation des préjudices économiques », *Rev. droit banc et fin.* 2013, n° 3, étude 13, n° 16.

5. Comm. Eur., *Guide pratique de quantification du préjudice*, *op. cit.*

6. *Ibid.* spéc. § 124, p. 46.

7. Belot (F.), « L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante », *D.* 2008, p. 1569 : l'auteur explique qu'à défaut de contrefactuel fiable, seul le préjudice de perte de chance pourra être réparé et non le préjudice économique lié au fait générateur, ce sera notamment le cas du préjudice d'une entreprise naissante.

8. Sur les paramètres voir : *Rapport Folz*, *op. cit.*, p. 12. Voir aussi : Combe (E.), Monnier (C.), « Les amendes contre les cartels, la Commission européenne en fait elle trop ? », *Concurrences* 2009-4, p. 41 et s.

9. Contrairement au préjudice, l'éventuelle répercussion du surcoût du client direct auprès de ses clients (clients indirects) n'impacte pas le surprofit des auteurs de l'infraction.

et un surprofit capté par les parties à l'entente. Partant, le profit récolté par ces dernières englobe d'une part, le profit normalement gagné sur un marché concurrentiel, appelé « profit des entreprises » (zone triangulaire claire sur le graphique) et d'autre part, le profit résultant du surpris, appelé « transfert de revenu des consommateurs aux entreprises »¹ (rectangle clair sur le schéma²). Ce surpris correspond à la fraction des consommateurs qui n'ont pas abandonné le marché et qui subissent la hausse des prix du fait du *cartel*³. Le surpris est à distinguer du surcoût subi par les consommateurs, autrement appelé « perte sèche » (triangle foncé sur le graphique), qui est nécessaire pour calculer le dommage à l'économie (et les dommages individuels des victimes), mais non pertinent pour calculer le gain mal acquis, assiette de la sanction optimale, sauf si le dommage est supérieur au surprofit auquel cas la théorie économique contemporaine préconise de l'inclure dans le montant de l'amende⁴.

Toujours est-il qu'en situation de *cartel*, on observe une hausse des prix pratiqués par les auteurs, qui d'après les études avoisinent 25 %⁵, une baisse de la demande plus ou moins forte selon l'élasticité-prix de la demande du produit litigieux⁶. La diminution des quantités vendues sur lesquelles l'entreprise réalisait une marge positive vient donc tempérer le gain illicite réel.

402. **La situation sans cartel.** La seconde étape consiste à établir la situation hypothétique, soit la situation de marché concurrentiel, dans laquelle le profit est licite. Or, lorsque le marché fonctionne selon les règles de concurrence, le prix observé est le prix d'équilibre. Partant, le contrefactuel va donc permettre de dégager un prix de marché, un prix d'équilibre qui aurait été pratiqué sur un marché concurrentiel⁷ ainsi qu'un profit licite (Sur le graphique, ce dernier correspond au triangle bleu plus la partie inférieure du triangle rouge)⁸.

403. **Le gain mal acquis.** La troisième étape consiste à quantifier le « gain mal acquis » pour les entreprises qui se livrent à une pratique anticoncurrentielle, en comparant les valeurs dégagées dans les deux études précédentes, soit le surpris et le prix d'équilibre. Selon une étude de Monsieur Nussenbaum, le gain mal acquis découlerait du calcul suivant :

1. *Rapport Folz, op. cit.*, p. 10-11.

2. Voir annexe 1 « graphique ».

3. Kopp (P.), « Compte rendu réunion ayant pour thème la distinction du dommage à l'économie et du préjudice subi par les victimes », in *Intensification de la sphère privée, Trans europe Expert en droit*, juin 2014, p. 11.

4. *Rapport Folz, loc. cit.*

5. *Rapport Folz, op. cit.*, p. 12 : « Il faut donc estimer la hausse des prix due à un cartel (la Commission européenne retient une estimation de 20-25% correspondant au résultat médian des études empiriques sur des cas historiques ».

6. Combe (E.), Monnier (C.), « Les amendes contre les cartels, la Commission européenne en fait elle trop ? », *op. cit.*, spéc. n° 5, p. 43 : « ce paramètre influe négativement sur le montant du gain illicite, en effet, si les clients sont très sensibles au prix, la hausse du prix entraîne une réduction significative des quantités vendues, ce qui minore le montant du gain illicite ». Selon les études des auteurs, les tests d'élasticité font apparaître des élasticités toujours inférieures à -2.

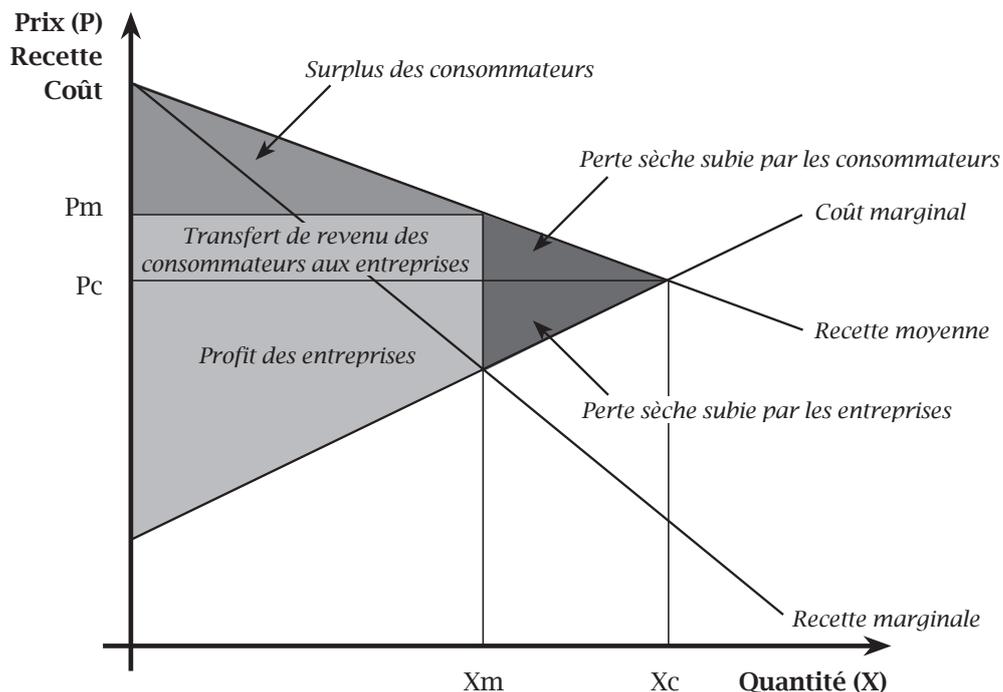
7. Le prix de concurrence est déterminé au regard des prix avant les pratiques prohibées, prix comparables ou prix théoriques, il comprend les coûts de fonctionnement variables et fixes, amortissements, impôts.

8. *Rapport Folz, op. cit.*, p. 11.

Gain mal acquis = (prix effectif - prix de concurrence) x quantités vendues¹.

Cependant, cette valeur théorique obtenue devra être pondérée par certains paramètres², l'élasticité prix de la demande et la marge concurrentielle réalisée par les entreprises avant la mise en place du *cartel*³. C'est en effet la méthode appliquée pour l'heure par les autorités de la concurrence, qui revient à estimer l'augmentation du prix qu'on peut attribuer à la pratique fautive et à l'appliquer au montant des ventes concernées⁴.

Graphique illustrant le dommage à l'économie d'une pratique anticoncurrentielle, tiré du *Rapport Folz*, p. 11



404. **Les difficultés soulevées par l'analyse contrefactuelle, accès à la preuve et incertitude.** L'élaboration du scénario contrefactuel met en lumière deux difficultés, la seconde découlant de la première.

Tout d'abord, la description de l'analyse contrefactuelle a montré l'importance des données, notamment pour établir le contrefactuel. La première diffi-

1. Nussembaum (M.), « Approche économique, financière et comptable du préjudice », in « La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger, bilan et perspectives, cycle de conférences de la Cour de cassation tenu à Paris le 17 octobre 2005 », spéc. p. 14.

2. Sur les paramètres voir : *Rapport Folz*, *op. cit.*, p. 12, Combe (E.), Monnier (C.), « Les amendes contre les cartels, la Commission européenne en fait elle trop ? », *op. cit.*, p. 42 et s.

3. Combe (E.), Monnier (C.), *ibid*, n°5, p.42 : les auteurs expliquent que « le gain illicite réalisé par les membres du cartel est une fonction décroissante de la marge concurrentielle [...] plus la marge est forte, plus le gain illicite est faible ».

4. *Rapport Folz*, *op. cit.*, p. 12 : « La mesure du gain illicite pour chaque année repose sur le surcroît de prix dû à la pratique anticoncurrentielle, sur la diminution des ventes due à cette hausse de prix et sur la marge que les entreprises obtenaient avant la mise en place des pratiques anticoncurrentielles. La méthode appliquée par la plupart des autorités de concurrence dans le monde consiste à estimer l'augmentation du prix qu'on peut attribuer à la pratique fautive et à l'appliquer au montant des ventes concernées ».

culté tient donc à l'accès à la preuve, d'autant que les données requises (analyses comptables, financières et commerciales) sont détenues par les auteurs de la faute lucrative. Il va de soi que plus les données seront rares, moins l'estimation sera fiable.

Aussi, cette méthode recèle un vice qui s'accommode difficilement des règles de responsabilité civile¹ et pénale² : l'incertitude du gain mal acquis. Cette méthode ne permettrait pas l'établissement exact du surprofit. On pourrait objecter que la condition de certitude s'attachant essentiellement au dommage, le résultat économique pourrait s'y soustraire. Mais ce serait inutile pour la raison suivante, la condition de certitude ne requiert pas une détermination précise du dommage ou du surprofit, mais le constat de son existence. C'est en effet ce que rappellent à titre liminaire Monsieur Jourdain et Madame Viney : « Dire que le dommage doit être "certain" n'est pas affirmer un caractère particulier du préjudice, mais constater qu'il doit exister [...] ». Or, ce sont les composantes du surprofit qui permettent d'en constater l'existence ou non. La méthode contre-factuelle ne propose qu'une estimation de ce dernier, dont seul le degré de fiabilité est variable. Par conséquent, une telle méthode de quantification ne semble pas contredire la condition de certitude à laquelle le résultat économique devrait souscrire, au même titre que le résultat dommageable. En outre, il conviendra de citer l'article 17.1 de la directive n° 2014/104 du 26 novembre 2014 relative aux actions en réparation des dommages concurrentiels, lequel admet « l'estimation » du montant des préjudices concurrentiels³, faute de pouvoir les quantifier avec exactitude⁴. Au-delà des apports d'une telle disposition au droit commun de la responsabilité, Madame Carval s'interroge sur les perspectives d'une telle innovation⁵. Selon l'invitation européenne à « estimer » le montant des préjudices concurrentiels causés par une pratique anticoncurrentielle, concerne aussi les préjudices économiques causés par des actes de concurrence déloyale ou des dommages causés à des consommateurs par un manquement d'un professionnel entrant dans le champ d'application de l'action de groupe⁶. Si le juge se voit désormais légalement habiliter à « estimer » le montant des préjudices économiques, gageons qu'il usera de cette nouvelle compétence pour estimer le montant des surprofits, profits illicites causés par une faute lucrative.

1. Jourdain (P.), Viney (G.), Les conditions de la responsabilité, *op. cit.*, n° 275, p. 82. À propos du préjudice économique issu d'une pratique anticoncurrentielle : Carval (S.), « La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité, le point de vue d'un civiliste », *Concurrentes* 2014-2, spéc. n° 12.

2. En matière d'infractions de résultat, le résultat détermine la qualification des faits.

3. Art. 17.1 Directive n° 2014/104 du 26 novembre 2014 relative aux actions en réparation des dommages concurrentiels : « [...] Les États membres veillent à ce que les juridictions nationales soient habilitées, conformément aux procédures nationales, à estimer le montant du préjudice, s'il est établi qu'un demandeur a subi un préjudice, mais qu'il est pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice subi sur la base des éléments de preuve disponibles ».

4. Csd. 46, directive préc. : « [...] Cette évaluation suppose une comparaison avec une situation qui est hypothétique par définition et ne peut donc jamais être absolument exacte. Il convient donc de veiller à ce que les juridictions nationales aient le pouvoir d'évaluer le montant du préjudice causé par l'infraction au droit de la concurrence ».

5. Carval (S.), « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels », *D.* 2015.1290.

6. *Ibid.* spéc. IV « autres perspectives ».

En outre, l'approche contrefactuelle présente des garanties de justesse que n'offrent pas les méthodes de quantification factuelle, nettement plus livrées à l'arbitraire des juges du fond.

Quelle que soit la méthode d'évaluation du surprofit retenue par les juges, le succès de l'une et l'autre repose sur un accès effectif à la preuve comptable.

B. L'accès à la preuve comptable

405. **Annonce.** L'évaluation du profit illicite d'une faute lucrative suppose une collecte préalable aussi fructueuse que possible de preuves comptables et financières. Or, nous avons observé à titre liminaire que les capacités probatoires de l'accusation sont inégales selon le type de faute lucrative¹.

Il conviendra dans un premier temps d'énumérer les moyens procéduraux permettant un accès effectif à la preuve du surprofit, selon que l'auteur de l'action confiscatoire est une autorité publique ou la victime (1). En outre, l'établissement du surprofit se heurtera à une difficulté commune, le secret des affaires. Pour la surmonter, il conviendra dans un second temps d'imaginer certains aménagements probatoires (2).

1. Les modes d'accès à la preuve

406. **Les pouvoirs d'investigation coercitifs des autorités de poursuite.** La sophistication de la délinquance, notamment économique et financière, pousse le législateur à renforcer les pouvoirs d'investigation des autorités de poursuite. Parmi eux, deux seront particulièrement pertinents pour la collecte des preuves comptables, le pouvoir d'enjoindre la production de pièces et les perquisitions et saisies.

Les autorités de poursuite sont tout d'abord dotées d'un pouvoir de *réquisition* ou d'*injonction*, par lequel elles peuvent enjoindre, à peine d'amende, à tout établissement ou organisme privé ou public ou d'une administration publique, de leur fournir un document, ou une prestation², le cas échéant des données informatiques. Ces mesures d'investigation peuvent être diligentées par un magistrat, un officier de police judiciaire ou par des agents des services d'instruction d'une autorité de régulation³ (avec autorisation préalable du Procureur de la République). Si la personne refuse, malgré la menace d'amende, de répondre aux réquisitions, les documents peuvent encore être saisis sur place.

Plus intrusives et plus coercitives, les *perquisitions* et *saisies* consistent en la recherche d'éléments de preuve, au domicile⁴ d'une personne qui paraît avoir participé à l'infraction ou détenir des informations relatif à celle-ci. Les objets ou systèmes informatiques⁵, saisis sont alors inventoriés sur place et placés

1. Voir *supra*, n° 391.

2. Art. 60-1 C.P.P. dans l'enquête de flagrance ; Art. 77-1-1 C.P.P. dans l'enquête préliminaire ; Art. 99-3 C.P.P. dans l'information.

3. Art. L. 461-4 alinéa 1 et 2 C. com, agents visés à l'Art. L. 450-1 C. com.

4. Desportes (F.), Lazerges-Cousquer (L.), *Traité de procédure pénale, op. cit.*, n° 2330, p. 1550, « domicile » doit s'entendre comme un « lieu clos à usage privé ».

5. Art. 36 loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique.

sous scellé. Ces mesures d'investigation peuvent également être menées par les enquêteurs de droit commun¹ ou des agents de l'autorité de la concurrence, dans le cadre d'une enquête dite lourde², généralement sur autorisation expresse d'un magistrat. Enfin, on observera que ces pouvoirs d'investigation des autorités de poursuite sont assortis d'un pouvoir de sanction³ en cas d'obstruction aux investigations menées, ce qui contribue à leur efficacité.

Moins armé, le juge civil ou commercial dispose toutefois de certains pouvoirs, pour forcer la diligence d'une partie rétive.

407. Les moyens de production forcée d'une pièce devant le juge civil ou commercial. Les parties ont l'obligation de contribuer à la « manifestation de la vérité » conformément à l'article 10 du Code de procédure civile. Il n'empêche que le procès civil étant la chose des parties, libre à elles de taire des pièces qui les compromettraient, arguant d'un empêchement légitime à leur production.

Pour déjouer cette réticence d'une partie (notamment le défendeur, auteur de la faute lucrative), le juge peut tout d'abord enjoindre d'office, les parties ou un tiers, à produire un élément de preuve, en vertu des articles 138 et 142 du code précité. Mais cela implique que la partie qui forme une telle demande ait été en mesure d'identifier la pièce, ou au moins, de la désigner de manière suffisamment précise pour qu'elle soit légitime⁴. Donc si le détenteur est seul à connaître l'existence d'une pièce utile à la manifestation de la vérité, cet élément risque de ne jamais être produit.

Il peut également « ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles » conformément à l'article 10 du Code de procédure civile. Non destinées à pallier la carence des parties, ces mesures doivent être diligentées pour étayer des faits allégués par une partie⁵. Le juge dispose alors d'une grande liberté dans le choix de la mesure, dès lors qu'il opte pour « le plus simple et le moins onéreux », conformément à l'article 147 du dit code. Parmi ces mesures, on distingue deux catégories⁶, les constatations, consultations et expertises⁷ d'une part et les vérifications personnelles du juge, comparution personnelle des parties ou déclaration de tiers d'autre part⁸. Les premières s'avèrent à l'évidence indispensables pour la quantification du surprofit, tant dans la collecte des pièces économiques et financières que dans la réalisation des analyses contrefactuelles.

Néanmoins, aucun de ces moyens n'est contraignant. Quand bien même l'injonction serait prononcée sous astreinte, si la partie refuse de produire certaines pièces, le juge ne pourrait qu'« en tirer les conséquences » conformément à l'article 11 du Code de procédure civile. Ce qui rendrait tout aussi impossible et peu

1. Art. 56 et s. C.P.P. dans le cadre d'une enquête de flagrance, Art. 76 et s. C.P.P. dans le cadre d'une enquête préliminaire.

2. Art. L. 450-4 C. com.

3. À titre d'exemple, sur les pouvoirs des enquêteurs de l'Autorité de la concurrence, Art. L. 450-8 C. com, Art. L. 464-2 C. com.

4. Amaro (R.), *op. cit.*, n° 335, p. 353.

5. Art. 146 C.P.C.

6. Amaro (R.), *op. cit.*, n° 326, p. 346 : dont nous reprenons la distinction et présentation.

7. Art. 249 C.P.C., Art. 256 C.P.C., Art. 263 C.P.C.

8. Art. 179 C.P.C., Art. 184 C.P.C., Art. 199 C.P.C.

crédible l'analyse contrefactuelle du profit illicite. Pour pallier les carences du droit de la preuve en matière civile et commerciale, certains auteurs préconisent l'adoption d'un mécanisme de production forcée, inspiré de la procédure de *discovery* anglo-saxonne. D'une redoutable efficacité notamment dans les affaires complexes, cette procédure implique une véritable obligation pour une partie de communiquer les éléments de preuve dont elle dispose à son adversaire¹. Une telle procédure permet donc d'avoir accès à des documents dont on ignore l'existence, mais qui sont essentiels à la manifestation de la vérité². Il va de soi qu'un tel mécanisme permettant d'ordonner la communication de tous les documents comptables et financiers utiles à l'évaluation du surprofit d'une faute lucrative dans un contentieux privé, faciliterait et optimiserait le travail de quantification. Mais pour l'heure, il ne semble pas d'actualité si l'on s'en réfère aux modes de production de preuve définis dans la directive relative aux actions privées des victimes de dommages concurrentiels³ et transposés par l'ordonnance du 9 mars 2017 à l'article L. 483-1 du Code de commerce⁴. La possibilité pour le juge d'ordonner la production de pièces ou de catégories de pièces reste soumise à une condition de « précision ».

2. *Le secret des affaires, une difficulté surmontable*

408. ***Le secret des affaires garanti devant l'autorité publique, par la non-divulgaration des pièces.*** Le secret des affaires connaît une actualité brûlante. La directive du 8 juin 2016 sur la protection du savoir-faire et secrets d'affaires vient renforcer et uniformiser la protection d'informations protégées par un secret des affaires légitime dans les États membres^{5,6}. Pour autant, dans une procédure dite « pénale » au sens européen, la protection des droits de la défense ne doit pas obérer la manifestation de la vérité. Un équilibre entre respect du secret professionnel et succès des mesures d'investigation doit donc être recherché, quand bien même il aurait été délicat. Le droit positif semble toutefois privilégier la manifestation de la vérité, sous réserve d'exceptions.

1. Jolowicz (J.-A.), « La production forcée des pièces en droits français et anglais », in « *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* », in *Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 157.

2. *Ibid.* p. 170.

3. Art. 5.2 de la Directive 2014/104 du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommage et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne : « les États veillent à ce que les juridictions nationales puissent ordonner la production de certains éléments de preuves ou de catégories pertinentes de preuves, circonscrites de manière aussi précise et étroite que possible, sur la base de données factuelles raisonnablement disponibles dans la justification motivée ».

4. L'ordonnance du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles insère un article L. 483-4 C. com. prévoyant la possibilité pour la juridiction d'ordonner la production de pièces ou de « catégories de pièces ». L'article R. 481-3 C. com. impose toutefois que la catégorie soit identifiée de manière précise.

5. Directive (UE) 2016/943, PE et Cons. UE, 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites : *JOUE* n° L 157, 15 juin 2016, p. 1.

6. L'article 14 de la directive précitée prévoit la mise en place dans les États membres d'une procédure en indemnisation du préjudice subi par une personne morale ou physique victime de la divulgation illicite d'un secret d'affaires.

Le principe est celui-ci, les autorités de droit commun ont le pouvoir de mettre à jour des informations couvertes par le secret professionnel. Ce dernier ne peut donc être utilement opposé par les destinataires des mesures d'investigation¹. Il en est de même concernant les autorités spéciales, les agents des services d'instruction de l'autorité de la concurrence ne sont plus tenus au secret professionnel depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (art. 51)². Toutefois, le secret professionnel peut constituer un « motif légitime » de refus de communiquer des pièces, lorsque les personnes interrogées sont dépositaires d'un secret professionnel légalement institué, dans ce cas, les mesures d'investigations doivent être consenties par le professionnel³. En outre, le secret professionnel doit être respecté de manière absolue lorsqu'il est fondé sur les *droits de la défense*. Ce qui explique que les correspondances entre l'avocat et son client soient insaisissables⁴, sauf lorsqu'elles permettent de prouver la participation de l'avocat à la commission de l'infraction⁵. En droit répressif, le secret professionnel n'est presque jamais un obstacle à la production des pièces comptables, mais seulement à sa divulgation à l'égard des parties à la procédure. Le droit de la concurrence offre un exemple topique d'une conciliation habile entre protection du secret des affaires et manifestation de la vérité⁶. L'ordonnance du 9 mars 2017 venant transposer la directive *Damages*, insère deux articles venant doter le juge d'un outil de protection du secret des affaires supplémentaire⁷. Dans le cadre d'une instance en réparation d'un dommage causé par une pratique anticoncurrentielle, lorsqu'une pièce est de nature à porter atteinte au secret des affaires, le juge peut d'office ou à la demande des parties : soit limiter la publicité des débats et de la décision, soit la soustraire à la contradiction des parties, ou encore soumettre les parties y ayant accès à une obligation de confidentialité.

409. ***L'efficacité des mesures in futurum en dépit du secret des affaires.*** L'absence de mesures contraignantes dans le procès civil est une lacune du droit processuel que la doctrine a souligné notamment dans le contentieux privé autonome des pratiques anticoncurrentielles.

Dans la directive européenne relative aux actions privées des victimes de dommages concurrentiels du 26 novembre 2014, le législateur européen invite les États membres à se doter de mécanismes de divulgation de pièces *inter partes* pour faciliter les actions en réparation d'une infraction au droit de la concur-

1. Art. 60-1, 77-1-1, 99-3, 560 C.P.P.

2. Sur l'application de l'article L. 450-6 C. com. : Cass crim 24 février 2009, n° 0-884410, *Bull. crim.* n° 46 : la chambre criminelle a approuvé les juges du fond d'avoir déclaré que le secret professionnel ne pouvait être opposé aux enquêteurs « qui sont soumis à un devoir de discrétion et qui tiennent de la loi le pouvoir d'exiger la communication de documents de toute nature propres à l'accomplissement de leur mission ».

3. Art. 56-1 C.P.P.

4. Cass. crim. 24 avril 2013, n° 12-80.336 : la Cour de cassation casse l'ordonnance du premier président de la cour d'appel de Paris qui a refusé d'annuler la saisie de pièces et correspondances entre l'avocat et son client, effectuée par l'Autorité de la concurrence en vue de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles, alors qu'il avait constaté qu'elles relevaient de la protection du secret professionnel.

5. Desportes (F.), Lazergue-Cousquer (L.), *op. cit.*, n° 2383-2384, p. 1596-1587.

6. Sur ce point voir : Decocq (G.), De Ylouses (A.-L.), « Le secret des affaires et le droit des ententes anticoncurrentielles », *JCPE* 2016, n° 35, p. 1456.

7. Art. L. 483-2 et L. 483-3 C. com.

rence. Ces mesures de divulgation doivent souscrire à deux exigences, être proportionnées et respecter les intérêts légitimes en présence (art. 5.3). Le caractère confidentiel d'une pièce n'est pas un obstacle dirimant à sa production.

Certains auteurs se sont interrogés sur la nécessité d'introduire une procédure contraignante telle que la procédure américaine de *discovery* qui participe au succès de l'action privée en droit antitrust. Parce que cette procédure permet d'accéder à des documents déterminants, témoignages ou interrogatoires décisifs. Une fois obtenues, ces informations permettront à l'expert de réaliser son analyse contrefactuelle du surprofit. D'autres auteurs tels que Monsieur Amaro estiment toutefois que le droit processuel français dispose de ressources suffisantes¹, selon son analyse du contentieux autonome, les mesures *in futurum* sollicitées par les victimes sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile sont effectives². Rarement déboutées, en dépit du secret des affaires invoqué par les défendeurs, ces demandes aboutissent généralement à la conservation des preuves nécessaires à l'établissement d'une pratique anticoncurrentielle. Partant, cette procédure devrait permettre aux victimes d'obtenir les pièces nécessaires pour établir le surprofit tiré de la faute lucrative dont elles sont victimes.

§ 2 - LA PREUVE DU *DOL LUCRATIF*

410. **Rappel de définition, le dol lucratif.** Nous avons montré en première partie que l'élément moral d'une faute lucrative se distinguait de l'élément moral de l'infraction/délit de base, support de la faute lucrative. Toute faute, même non intentionnelle³, peut devenir lucrative si elle s'accompagne des caractéristiques que nous avons dégagées en première partie. L'élément moral de la faute lucrative en est une. Par conséquent, il faut prouver que le délit/infraction de base a été commis par l'auteur avec une intention particulière, que l'on a appelé *dol lucratif*. Or, rappelons pour mémoire que cet élément moral se définit au regard de deux composantes, le caractère délibéré (A) et la recherche d'un gain illicite (B), ce qu'il conviendra de prouver distinctement.

Comme tout élément moral, relevant du for intérieur de l'auteur d'une faute, la preuve du *dol lucratif* va se confronter à des difficultés probatoires. Le recours à des présomptions, indispensable, devra néanmoins s'effectuer avec parcimonie afin de respecter le principe de présomption d'innocence, notamment en droit répressif.

411. **Le rôle des présomptions.** On pourrait déduire l'*animus cupidi* du simple constat d'un surprofit et d'une présomption de rationalité économique de l'agent économique. Mais serait-ce conforme au principe de la présomption d'innocence ?

Nous verrons que l'élément moral d'une faute lucrative peut tout d'abord s'établir à partir de preuves matérielles, d'indices révélés par les circonstances

1. Amaro (R.), *op. cit.*, n° 326, p. 346-s.

2. Amaro (R.), *op. cit.*, n° 327, p. 347.

3. Pratique anticoncurrentielle, faute de concurrence déloyale, infraction de mise en danger etc.

de l'espèce. Toutefois, de simples indices suffisent rarement à établir l'ensemble des composantes de l'élément moral. Aussi le recours à des présomptions s'avérera indispensable, comme il l'est souvent d'usage en matière de délinquance économique et financière¹. À défaut de présomption légalement instituée², le juge pourra recourir à des présomptions de fait pour établir la responsabilité de l'agent économique, sous certaines conditions. En effet, si le juge constitutionnel³ et le juge européen⁴ admettent les présomptions de culpabilité ou de responsabilité, c'est à condition qu'elles puissent être contestées par la preuve de la bonne foi ou d'un cas de force majeure, autrement dit, qu'elles soient réfragables. Il en va de leur conformité au principe de présomption d'innocence.

A. La preuve du caractère délibéré

Annnonce. La preuve du caractère délibéré d'une faute lucrative suppose de montrer d'une part que l'agent économique avait connaissance de l'interdit (1) et d'autre part qu'il avait conscience du risque qu'il faisait prendre à autrui, co-contractant ou non (2).

1. Preuve de la connaissance de l'interdit

412. **La preuve matérielle possible de la connaissance de l'interdit.** Il y a des cas où la preuve de la connaissance de l'interdit est possible.

C'est tout d'abord le cas de la faute lucrative civile contractuelle, l'interdit découle du contrat auquel l'agent est partie. Partant, l'auteur de la violation efficace du contrat qui n'exécute pas ses obligations contractuelles ne peut ignorer qu'il viole le contrat. Par conséquent, la connaissance de l'interdit découle de la signature du contrat par l'agent fautif. Il faut donc apporter la preuve du contrat signé, conformément aux règles de preuve en matière d'acte juridique⁵.

1. Zanoto (J.-P.), « L'élément intentionnel dans la délinquance économique et financière au regard des exigences classiques du droit pénal », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, M.-A. Frison Roche, J.-C. Marin, C. Noquet (dir.), Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2001, p. 31-36, spéc. p. 34.

2. Exemple en matière de presse : Art. 42 de la loi du 29 juillet 1881, sur la liberté de la presse, art. 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, ces articles prévoient une « cascade de responsabilité » puisqu'à défaut du directeur de publication (soit la personne qui est chargée de décider de rendre ou non publics les écrits rédigés ou émissions réalisées par les journalistes), est responsable, l'auteur, et à défaut de l'auteur, l'imprimeur ou le producteur, à défaut, les vendeurs, distributeurs ou afficheurs.

3. Cass. crim. 17 déc. 1991, n° 90-83534, *Bull. crim.* n° 481, *RCS* 1993.88, note B. Bouloc : La chambre criminelle a estimé que cette responsabilité de plein droit pesant sur un directeur de publication d'un écrit périodique, comme auteur principal du délit de diffamation, n'était pas contraire au principe de présomption d'innocence édicté par l'art 6.2 CEDH. Cons. const., n° 99-411 DC du 16 juin 1999, à propos des art. L. 21-2 devenu L. 121-3 du Code de la route.

4. CEDH, 30 mars 2004, *Radio-France c/France*, req. n° 53984/00, la CEDH a jugé que les dispositions de art. 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 établissant présomption de responsabilité pesant sur le directeur de la publication en matière de communication audio-visuelle, ne heurtait pas le principe de présomption d'innocence des lors que le textes ménagent à l'intéressé la possibilité de s'exonérer en rapportant la preuve de la bonne foi de l'auteur des propos ou de l'absence de fixation préalable du message litigieux.

5. Art. 1353 et s. nouveau C. civ.

Quant à la faute lucrative civile délictuelle, la connaissance de l'interdit peut résulter de l'existence de règles déontologiques ou d'usages professionnels régissant l'activité illicite, notamment lorsqu'il en existe une version écrite (charte, règlement, convention professionnelle, etc.).

Par ailleurs, la connaissance de l'interdit, par une personne physique ou morale, peut également s'établir par déduction d'indices matériels variés. On pense particulièrement à des précautions de discrétion prises pour une faute lucrative opaque (telles que des réunions auxquelles participe un dirigeant)¹, à l'existence d'une procédure de contrôle interne dans l'entreprise ou d'un programme de *compliance*² qui trahissent l'identification et donc la connaissance des risques juridiques d'une entreprise, par celle-ci et ses dirigeants. L'identification de l'infraction lucrative commise dans la cartographie des risques juridiques de l'entreprise révèle sans ambiguïté la conscience de l'interdit³.

À défaut de tels éléments, la connaissance de l'interdit peut-elle se présumer ?

413. **La preuve par présomption de connaissance de l'interdit.** « Nul n'est censé ignorer la loi ». Ce principe général du droit fait peser sur tout justiciable une présomption de connaissance de tous les interdits, qu'ils soient contenus dans des dispositions du Code pénal, Code civil, Code de commerce, etc.

Cette présomption pèse plus lourdement encore sur les professionnels et plus particulièrement les dirigeants⁴, qui sont souvent la cible d'une présomption de responsabilité (incluant présomption de connaissance de la loi) qu'elle soit légale ou de fait. Cette connaissance est alors appréciée au regard des fonctions exercées par la personne physique⁵, un dirigeant social ne pouvant ignorer des interdits aussi éminents que la prohibition des ententes⁶ ou de certaines infractions pénales ou délits civils illustrés dans notre étude. Concernant les dirigeants, de telles présomptions s'imposent chaque fois que l'infraction consiste

1. Sur l'opacité de certaines fautes lucratives : voir *supra*, n° 356 et s.

2. En ce sens : TPI UE, 25 octobre 2005, *Groupe Danone/Commission*, T-38/02, pts. 172-175 : l'existence d'un programme de *compliance* a permis de prouver que l'entreprise disposait de connaissances et d'infrastructures juridiques lui permettant de comprendre que son comportement constituait une infraction au droit de la concurrence. Comm. eur, 14 octobre 1998, *British Sugar Plc*, 1999/210/CE : de même, la Commission a pu déduire du non respect d'un programme de conformité le caractère intentionnel de l'infraction (elle avait également jugé qu'il s'agissait d'une circonstance aggravante lorsque l'infraction était détectée par les autorités de concurrence, jurisprudence abandonnée depuis).

3. Le devoir de vigilance et les obligations qui en découlent pour les sociétés assujetties, prévus par la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, va faciliter la preuve de la connaissance de l'interdit : notamment art. L. 225-102-4-I, 1° C. com institue une « cartographie des risques ».

4. Il pèse sur les dirigeants une présomption de responsabilité fondée sur le risque attaché à la détention de pouvoir.

5. Jeandidier (W.), « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », *op. cit.*, spéc. n° 11 : « il est fréquent que la matérialité des faits et/ou la qualité du prévenu impliquent systématiquement son dol, ce qui conduit à une quasi-présomption de mauvaise foi, plus ou moins affirmée ».

6. Philippe (J.), Guyon (A.), Gurov (I.), « Les cartels internationaux », in *La modernisation du droit de la concurrence*, G. Canivet (dir.), LGDJ, *Droit et Économie*, 2006, p. 177-248, spéc. p. 184 : à propos du cartel international, l'auteur subodore que « les participants soient rarement en position d'ignorer le caractère illicite de leurs agissements. Aucun des cadres dirigeants d'un cartel international ayant fait objet d'une enquête par le DOJ ne pouvaient raisonnablement prétendre que, pour des raisons culturelles, linguistiques ou autres, il aurait commis, sans en avoir connaissance, une violation des lois antitrust américaines. Au contraire dans toutes ces affaires, les participants étaient bien au courant de la nature illégale de leurs actes et avaient pris des précautions pour éviter toute détection ».

en la violation d'une réglementation. Ainsi en matière de tromperie, en vertu d'une jurisprudence constante, la mauvaise foi du dirigeant se déduit du fait qu'il n'a pas effectué les vérifications qui lui incombent¹.

Pour autant, cette présomption reposant sur une fiction juridique, elle ne peut être irréfutable. Le droit positif doit donc admettre la possibilité de contester de telles présomptions. L'hypothèse la plus courante étant pour un dirigeant de démontrer qu'il avait délégué le pouvoir auquel était attachée l'obligation de vérification litigieuse, à un de ses préposés². Le dirigeant doit alors justifier d'une délégation certaine et exempte de toute ambiguïté³. L'admission de la délégation reste toutefois soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Une autre hypothèse, moins admise, consiste à prouver son erreur de fait, notamment lorsque l'interdit est malléable et qu'il en résulte une frontière poreuse entre le licite et l'illicite. Aussi toute personne présumée connaître l'interdit, doit-elle avoir la possibilité de prouver son ignorance, son erreur de droit ou de fait.

414. La possibilité de contester la présomption, l'admission de l'erreur de droit sur un élément déterminant. Il est intéressant de constater qu'en matière d'abus de marché, infractions objectives, la Cour de justice de l'Union européenne a réintroduit dans un *arrêt Spector* du 23 décembre 2009 un élément subjectif en la forme d'une présomption d'intention déduite de la réunion des éléments constitutifs de l'opération d'initié⁴. Pour garantir la conformité d'une telle présomption avec les droits fondamentaux et notamment la présomption d'innocence, les juges européens qualifient ladite présomption de «réfragable»^{5,6}.

La responsabilité civile ou pénale pour faute lucrative doit être exclue lorsque l'auteur présumé apporte la preuve de sa méconnaissance de l'interdit. Cette faculté doit être reconnue au dit auteur présumé. Si cette cause d'irresponsabilité est admise en droit pénal, à travers l'erreur de droit⁷, force est de constater que ses

1. Cass. crim. 17 mars 1993, n° 92-81801, *Bull. crim.* n° 123, *RTD com.* 1994.145, note P. Bouzat : « attendu que les juges du fond peuvent souverainement déduire la mauvaise foi du prévenu du fait que celui-ci s'est soustrait à l'obligation, qui lui incombait personnellement, de procéder aux contrôles nécessaires pour vérifier la réalité des prestations ou de leur exécution [...] ».

2. *Lamy Droit économique*, Édition 2014, n° 6871, p. 2465 : c'est-à-dire un collaborateur situé à un degré intermédiaire dans la hiérarchie de l'entreprise, directeur technique, chef du service des ventes ou un directeur commercial.

3. Cass. crim. 11 mars 1991, n° 90-84931, 91-83655, 91-80958, 91-80598 et 92-80773, *RCS* 1994.101, note B. Bouloc, *D.* 1994.156, note G. Roujou de Boubée : Cette délégation doit répondre à certaines exigences, elle doit être faite à une personne pourvue de la compétence, autorité et des moyens nécessaires, doit être antérieure à l'infraction et ne peut être générale.

4. CJUE, 3^e ch. 23 déc. 2009, aff. C-45/08, *Spector Photo Group NV*, § 36 : « La réunion des éléments constitutifs de l'opération d'initié visés à l'article 2.1 de la directive n° 2003/6 permet [...] de présumer l'intention de l'auteur de cette opération ».

5. *Ibid.* § 44.

6. Gaudemet (A.), *Manquement d'initié, la Cour de cassation poursuit son alignement sur l'arrêt Spector*, Note sous Cour de cassation, com. 27 avril 2011, *Boulet contre Autorité des marchés financiers*, n° 10-12.125, *Rev. des sociétés*, 2011, n° 12, p. 701-706, spéc. n° 9 : l'auteur rappelle que la présomption peut être renversée de deux manières, « en démontrant l'absence de lien de causalité entre la détention de l'information privilégiée et les opérations sur instruments financiers réalisées (par exemple, parce que ces opérations étaient convenues d'avance ou rendues indispensables par une cause extérieure), mais aussi, selon les motifs de l'arrêt, parce que les opérations sur instruments financiers effectuées l'auraient été conformément aux finalités de la directive du 28 janvier 2003 (par exemple, dans le cadre d'une tenue de marché ou de la préparation d'une offre publique) ».

7. Art. 122-3 C.P.

conditions sont d'une telle exigence qu'elle est rarement constatée notamment à l'égard des professionnels¹. Et pourtant, la croyance de ces derniers qu'un acte n'est pas interdit est dans certains cas légitime, ce peut être le cas d'une contrefaçon, d'un acte de concurrence déloyale, ou d'une entente.

Dans le premier cas, cette hypothèse est envisagée par le législateur lui-même. L'adverbe « sciemment » qui accompagne l'acte de contrefaçon pénalement réprimé, suppose que soit connu par le contrefacteur présumé, la connaissance d'un droit de propriété intellectuelle et le caractère contrefaisant de l'objet litigieux². Si la connaissance de l'interdit peut être présumée aux vues des circonstances de fait, l'auteur présumé peut renverser cette présomption.

Dans le second cas, il arrive qu'un concurrent n'ait pas conscience d'exercer un acte interdit. Ces hypothèses correspondent aux actes de concurrence déloyale commis par imprudence. Quand bien même l'élément intentionnel serait indifférent au stade de la caractérisation de la faute de concurrence déloyale³, il existerait de fait une réelle distinction entre la faute d'imprudence et la faute intentionnelle au stade des effets⁴, « C'est ainsi qu'on aboutit dans la pratique à une distinction entre le défendeur de bonne foi et le défendeur de mauvaise foi » conclut le doyen Roubier. Il est donc des cas de concurrence déloyale où le défendeur peut arguer de sa bonne foi pour limiter sa responsabilité⁵. On pense notamment aux hypothèses de confusion, litige né d'une homonymie⁶, une copie servile d'un produit qui crée un risque de confusion, sans même que l'auteur de la copie ait eu connaissance de l'existence du produit recopié (produit qu'il aurait pensé « banal ») ou sans qu'il ait pensé au risque de confusion⁷. Ces hypothèses de concurrence déloyale d'imprudence, dans lesquelles la connaissance de l'interdit n'est pas caractérisée, excluent la qualification de faute lucrative⁸. En revanche, la preuve de la déloyauté est sans doute plus aisée en matière de dénigrement ou d'agissements parasitaires, dans le premier cas, la connaissance de l'interdit peut se déduire des règles de déontologie régissant la profession exercée par l'auteur, dans le second, cette connaissance peut s'induire de la notoriété de la marque détournée.

À la différence des cas précités, le droit des pratiques anticoncurrentielles ne reconnaît pas l'argument d'ignorance, d'erreur de bonne foi^{8 bis}, en défense.

1. Desportes (F.), Le Cunehec (F.), *op. cit.*, n° 687-1, p. 663.

2. Binctin (N.), « Contrefaçon de brevet », *JCL droit pénal des affaires*, fasc. 10, 2014, spéc. n° 102-103.

3. Roubier (P.), *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, 1952, p. 503 : après s'être interrogé sur la sens de la « déloyauté » l'auteur conclut que « la preuve de l'intention de nuire, de la mauvaise foi du défendeur n'est pas exigée pour le succès de l'action ».

4. Si le défendeur est de bonne foi, l'action aura pour effet de faire cesser les agissements, à l'inverse s'il est de mauvaise foi, l'action aura aussi pour effet d'indemniser la victime.

5. On pense notamment aux hypothèses de confusion, dans ces cas, la méconnaissance du caractère déloyal de l'acte est concevable, une copie servile d'un produit qui crée un risque de confusion, sans même que l'auteur de la copie ait eu connaissance de l'existence d'un droit privatif sur le produit recopié (produit qu'il aurait pensé « banal ») ou sans qu'il ait pensé au risque de confusion. Ces hypothèses excluent la connaissance de l'interdit et ce faisant, la qualification de faute lucrative.

6. C'est-à-dire lorsque le nouveau concurrent porte le même nom commercial qu'un ancien sans qu'il n'ait eu connaissance de son existence.

7. Le Tourneau (P.), *Droit de la responsabilité civile et des contrats*, *op. cit.*, n° 2214.64, p. 859 : si le défendeur est de bonne foi, l'action aura pour effet de faire cesser les agissements, à l'inverse s'il est de mauvaise foi, l'action aura aussi pour effet d'indemniser la victime.

8. Mais doivent néanmoins donner lieu à confiscation du surprofit.

Cependant, lorsqu'il y a un doute sur l'illicéité d'une pratique au moment de sa commission, il semblerait que les juges d'appel soient favorables à un traitement différencié. En effet, saisie d'un appel formé par les sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen SA contre la décision de l'autorité de la concurrence qui les a condamnées pour entente, résultant d'un accord vertical d'interdiction de revente sur internet au sein d'un réseau de distribution sélective affaiblissant ainsi la concurrence entre distributeurs¹, la Cour d'appel de Paris réduit de manière drastique la sanction pécuniaire initialement prononcée à hauteur de 900 000 € à 10 000 €². S'ils ne remettent pas en cause l'existence d'une infraction, les juges du fond considèrent néanmoins qu'au moment de la commission des faits « le droit et la jurisprudence applicables en la matière n'étaient pas clairement fixés, que s'il ne peut en être déduit comme le demandent les requérantes, qu'aucune infraction ne peut leur être opposée antérieurement à l'arrêt de la Cour du 13 octobre 2011 [CJUE, 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09]³, il n'en demeure pas moins que l'incertitude tenant à la matière conduit à relativiser la gravité de la pratique ». Si elle n'entraîne pas l'irresponsabilité des auteurs d'une pratique anticoncurrentielle, « l'erreur de droit » peut néanmoins atténuer leur responsabilité.

Par conséquent, parce que la faute lucrative est nécessairement une faute intentionnelle, elle suppose la preuve de la connaissance de l'interdit de l'auteur (fut-ce au moyen d'indices ou de présomptions régrafables). En outre, parce que la faute lucrative est nécessairement une faute dommageable intentionnelle, elle requiert la preuve de la conscience du risque pour autrui.

2. La preuve de la conscience du risque pour autrui

415. **La conscience « du » risque découlant de la connaissance de l'interdit.** Dans la majorité des cas, la conscience du risque pour autrui découle de la connaissance de l'interdit.

En matière pénale, « autrui » se dissimule derrière la valeur socialement protégée par l'interdit, en d'autres termes, le risque pour autrui justifie généralement la prohibition. Partant, la connaissance de l'interdit fait donc présumer la conscience du risque pour autrui. De même en matière économique, nous avons montré que dans une économie de marché, les rares interdits ont pour objet de réguler la compétition économique pour protéger l'efficacité du marché. Ce qui revient à protéger les intérêts de chaque opérateur d'un marché (concurrent, partenaire, consommateur) contre des agissements agressifs. Par conséquent, lorsqu'un agent commet, en connaissance de cause, un acte de concurrence interdit (déloyale, illicite), il recherche précisément un avantage qui va induire un

8 bis. Sur la bonne foi en droit de la concurrence, voir : Bringuier-Fau (S.), *La bonne foi en droit de la concurrence*, Thèse, Toulouse, 2012.

1. Aut. conc., Déc. 12-D-23 du 12 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma.

2. CA Paris, 13 mars 2014, no 2013/00714, *S^{te} Bang & Olufsen A/S, S^{te} Bang & Olufsen France SAS c/Aut. conc. et min. Économie*, RDC 2014, n° 3, p. 416, note M. Behar-Touchais.

3. Dans lequel la CJUE saisie d'une question préjudicielle, considère qu'une clause d'un contrat de distribution sélective interdisant aux distributeurs de vendre les produits par internet constituait une restriction de concurrence par objet, à moins que cette clause ne soit objectivement justifiée.

désavantage chez les autres opérateurs du marché, la captation de clientèle. La conscience du trouble commercial pour les concurrents de l'opérateur fautif ne peut dès lors être niée. Elle s'induit alors de la conscience de l'interdit¹.

À l'inverse, il est des cas où le risque est inconnu, indéterminable quand bien même l'existence d'un risque potentiel serait indéniable, compte tenu des obligations pesant sur l'auteur.

416. **La conscience « d'un risque » découlant de la violation d'une obligation particulière pesant sur l'auteur.** Lorsqu'il pèse une obligation particulière sur l'auteur, sa méconnaissance génère un risque « indéterminé », mais dont l'existence ne peut être pour autant démentie.

Lorsque l'obligation est contractuelle, le risque de préjudice pour le cocontractant est indéniable. L'auteur de la violation efficace qui a conscience de sa défaillance contractuelle ne peut ignorer le préjudice qui en résultera pour son cocontractant, quand bien même il en ignorerait l'étendue et la nature. Sa dette de réparation couvre alors le « préjudice prévisible ». Par conséquent, la conscience du risque de préjudice au moins économique, pour l'auteur d'une violation efficace, se déduit des droits subjectifs de son cocontractant prévus au contrat. Encore une fois, le contrat permettra donc d'apporter la preuve de la conscience du risque de dommage pour le cocontractant, qu'avait l'auteur de la violation efficace.

De même, lorsqu'il pèse sur l'auteur une obligation particulière de sécurité ou de contrôle, l'existence d'un risque ne peut être méconnue quand bien même sa nature ou sa probabilité de réalisation serait indéterminable. Ainsi en droit pénal, la conscience du risque pour autrui correspond à la « *culpa lata* »² qui englobe deux réalités, la faute de mise en danger délibérée d'autrui et la faute caractérisée de l'article 121-3 alinéa 2 et 3 du Code pénal. Or, selon l'analyse de Monsieur Pin, il semblerait que toutes deux puissent se déduire de la violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence. Quand bien même ces deux fautes constitueraient des fautes non intentionnelles, il n'en demeurerait pas moins que le danger, du moins l'existence d'un danger, est nécessairement connu de l'auteur. L'identification du risque dépendra de la précision des obligations de sécurité méconnues. Enfin, lorsqu'il existe une obligation de contrôle, d'audit, son inexécution fait naître un risque que le débiteur de l'obligation ne peut contester. Dans l'*affaire de l'Erika*, l'existence d'une procédure de *vetting* portant sur le navire transportant les hydrocarbures avait précisément pour objectif de dissiper tout risque de naufrage. La conscience du risque découle donc de l'existence de cette obligation de contrôle. Dans l'*affaire des prothèses PIP*, l'argumentation de la défense contestant la qualification de tromperie aggravée, était construite sur

1. D'ailleurs, une pratique jurisprudentielle qualifiée par la doctrine de « punitive » consiste à induire l'existence du dommage du constat de l'acte déloyal : Cass. com., 22 février 2000, n° 97-18728, la Cour de cassation casse un arrêt d'appel qui a rejeté une demande en réparation au motif que le préjudice n'était pas établi par la victime alors « qu'il s'inférait nécessairement de la participation de la société Romuald à la violation par M. Z de la clause de non concurrence souscrite par lui, un préjudice pour la société X, fût-il seulement moral », Le Tourneau (P.), *op. cit.*, n° 7024, p. 7025.

2. Pin (X.), « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », in *Droit pénal, le temps des réformes*, V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), Litec, LexisNexis, collection Colloques et débats, 2011, p. 95-109, spéc. p. 106 et s.

l'absence de risque pour la santé des patients qui portaient des prothèses, ou du moins l'absence de conscience du directeur de ce risque. Pour autant, les juges du fond ont considéré que les prévenus avaient « consciemment exposé les utilisatrices de ces dispositifs à un risque pour leur santé » compte tenu de la non-conformité du gel industriel employé à la certification CE obtenue pour le premier gel¹. Enfin, dans l'*affaire du Mediator*, la situation est différente puisque le risque n'est apparu qu'en cours de commercialisation du produit. Toutefois, lorsque ce risque pour la santé a été identifié et officialisé², la conscience du risque de la part des dirigeants ne pouvait plus être réfutée.

Après avoir expliqué comment établir le caractère délibéré, première composante de l'*animus cupidi*, voyons comment constituer celle de la seconde composante, la recherche d'un gain illicite.

B. La preuve de la recherche d'un gain illicite

Annnonce. La preuve de la recherche d'un gain illicite, deuxième composante de l'intention lucrative, implique d'une part de prouver la volonté de s'enrichir de l'auteur, la recherche d'un gain (1) et d'autre part d'établir sa conscience du caractère illicite du gain (2).

1. La preuve d'une quête de gain

417. **Le postulat de la rationalité économique.** Le postulat de rationalité économique posé au préambule de notre étude présume que tout agent économique cherche à accroître la rentabilité de son activité (minimisation des coûts, optimisation des recettes).

Si cette présomption ne peut raisonnablement être écartée à l'égard d'une personne morale à but lucratif (telle une société de droit privé), elle peut se discuter à l'égard d'une personne physique. Présumer la rationalité économique à partir de la seule fonction de l'auteur d'une faute lucrative, personne physique, n'est pas satisfaisant dans la mesure où toute rationalité économique n'est jamais exclusive d'autres formes de rationalité. Elle peut être en compétition avec d'autres formes de rationalités morales, humaines qui éloignent la personne physique d'un simple calcul coût-avantages³. Il faudrait donc prouver l'« intérêt personnel », comme en matière d'abus de biens sociaux⁴, que retire une personne physique de l'activité illicite et lucrative exercée par la personne morale dont il est salarié. La quête de gain pourrait donc découler d'indices tels que, l'intéresse-

1. TC Marseille, 10 décembre 2013, cité in *Le Monde*, chroniques judiciaires du 10 décembre 2013 par P. Robert-Diard, le « mensonge » portait sur l'utilisation d'un gel de silicone non homologué pour remplir les prothèses en lieu et place du gel certifié de marque Nusil qui figurait dans le dossier de fabrication ».

2. Alerte du Docteur Irène Frachon, pneumologue⁰.

3. Debroux (M.), « Brouillard de la clémence en droit de la concurrence, quelles décisions stratégiques ? », in *Stratégies d'instrumentalisation juridiques et concurrence, op. cit.*, p. 164-165.

4. Zanoto (J.-P.), « L'élément intentionnel dans la délinquance économique et financière au regard des exigences classiques du droit pénal », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, M.-A. Frison Roche, J.-C. Marin, C. Noquet (dir.), Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2001, p. 31-36, spéc. p. 34 : l'auteur explique que l'élément intentionnel de l'infraction d'abus de biens sociaux découle le plus souvent de « l'intérêt personnel pris par le dirigeant ».

ment au chiffre d'affaires de l'entreprise, la détention de stock options, l'existence d'un variable dans le salaire, etc.

Si l'on peut admettre une présomption de rationalité économique irréfragable pour une personne morale à but lucratif, il doit en être autrement pour les personnes physiques. *Une présomption simple de rationalité économique pèserait sur un opérateur du marché, personne physique. Laquelle pourrait être renversée par la preuve que cette dernière ne retire aucun intérêt personnel de la commission de la faute lucrative.* Le constat d'un surprofit peut dans tous les cas être un indice déterminant.

418. **L'existence d'un gain illicite.** Dès lors que le caractère délibéré de la faute est démontré et que la rationalité économique de la personne poursuivie est matériellement démontrée ou présumée (et non écartée), l'existence d'un surprofit, ne peut que corroborer l'état de « recherche de gain » du prévenu.

Faut-il s'étonner que l'élément matériel de la faute lucrative contribue à l'établissement de son élément moral ? En principe, un tel raisonnement n'est pas admissible concernant le résultat dommageable, l'intention ne peut se déduire de l'existence d'un dommage sinon que resterait-il des délits d'imprudence ? Pour le surprofit, l'approche est différente sinon ce serait reconnaître qu'un délit lucrative puisse être commis délibérément sans qu'un surprofit ait été recherché ? Une telle hypothèse théoriquement possible ne refléterait nullement la réalité. Par conséquent, la preuve d'une quête de gain peut se déduire des deux éléments précédemment décrit, l'état de rationalité économique (présumé pour une personne morale ou établi au regard de l'intérêt personnel retiré par une personne physique) et l'existence d'un surprofit.

Encore faut-il que la personne poursuivie ait conscience du caractère illicite du gain.

2. La preuve de la conscience du caractère illicite du gain

419. **Définition.** Avoir conscience du caractère illicite du gain, c'est avoir conscience que si l'on n'avait pas commis de délit, on n'aurait pas tant gagné.

420. **Hypothèse.** Dès lors que le caractère illicite de l'activité lucrative est connu (caractère délibéré démontré ci-dessus) et qu'il est démontré l'état de rationalité de l'auteur (qu'il soit présumé pour une personne morale ou matériellement prouvé par référence à l'intérêt personnel de la personne physique) il ne peut être nié que le profit recherché dépassera le profit légitime.

421. **Que prouver ?** Par conséquent, la conscience du caractère illégitime du surprofit peut se déduire à partir de deux éléments déjà établis à ce stade du raisonnement, la conscience de l'illicite et la recherche d'un gain dans l'exercice de l'activité illicite.

Libre à la personne poursuivie de justifier l'origine légale du profit pour renverser cette présomption réfragable¹.

1. Le droit positif connaît déjà une telle présomption en matière de blanchiment incriminé à l'ar-

Enfin, cette adéquation entre élément moral (*animus cupidi*) et élément matériel (résultat économique) de la faute lucrative sera parfaite lorsque la preuve du rattachement entre le surprofit et la faute sera apportée.

C. La preuve du lien de causalité entre la faute et le gain illicite

422. **Précision sur le lien entre faute, gain illicite et dommage.** Dans notre première partie, nous avons montré que toute faute lucrative génère un résultat dommageable (risque de dommage ou dommage réalisé). Il existe donc un lien de causalité entre la faute et le dommage. Toutefois, ce qui distingue la faute lucrative d'une faute dommageable traditionnelle c'est son résultat économique. Or, la faute correspondant à une intention nouvelle, « l'intention lucrative », il existe bien un lien de cause à effet entre la faute et le profit illicite, la faute étant commise dans un but d'enrichissement illicite. C'est d'ailleurs ce lien causal entre faute et profit qui justifie l'illicéité du profit, première caractéristique juridique du résultat économique d'une faute lucrative¹.

S'il existe un lien de causalité distinct entre la faute et le dommage d'une part et la faute et le gain illicite d'autre part, il n'existe aucun lien de causalité entre le dommage et le surprofit. Car la faute lucrative n'est pas commise dans le but de nuire à autrui. Il existe toutefois un lien de corrélation entre le dommage et le gain illicite. Précisons d'ores et déjà que lorsqu'une même activité illicite génère une multitude de dommages et une multitude de surprofits dispersés dans l'espace, chaque surprofit est corrélé à un dommage. Ce qui explique que dans une telle hypothèse, une sanction confiscatoire ne peut confisquer l'ensemble des surprofits, à défaut d'habilitation spéciale. Chaque État foulé par la faute lucrative devra prononcer une sanction confiscatoire du surprofit corrélé au dommage et une injonction de faire cesser le « dommage lucratif »² subi sur son territoire. Ce lien de corrélation entre dommage et surprofit, sera requis en cas de faute lucrative internationale, pour délimiter le surprofit, assiette de la sanction confiscatoire prononcée en application de la loi française.

À l'inverse, l'établissement de la faute lucrative suppose de caractériser le lien de causalité entre la faute et le surprofit.

423. **Une condition nécessaire à l'appui d'une action à fin de sanction confiscatoire.** En droit de la responsabilité civile, un lien de causalité entre le dommage et la faute doit être prouvé pour imputer la responsabilité à l'auteur de la faute³. De même, en droit de la responsabilité pénale, l'établissement des infractions matérielles ou de résultat requiert la preuve d'un lien de causalité

titre 324-1 C.P., Jeandidier (W.), « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », in *Mélanges offerts à André Decocq, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 369-383, spéc. p. 375 : l'auteur explique qu'en matière de blanchiment, « il suffit de prouver que la justification est mensongère et que son bénéficiaire a tiré profit d'une infraction qu'il a commise ». Le dol du blanchisseur est donc en grande partie présumé puisque son mensonge est présumé porter sur le produit de l'infraction ». En d'autres termes, l'origine illicite du profit retiré par le blanchisseur découle de l'infraction de base.

1. Voir *supra*, n° 94 et s.

2. Qu'il faut entendre comme un dommage local corrélé à un surprofit local.

3. Jourdain (P.), Viney (G.), *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 332 et s.

té entre le résultat dommageable et le comportement incriminé¹. En d'autres termes, que ce soit à l'appui d'une action à fin de réparation ou d'une action à fin de sanction, le lien de causalité entre le résultat dommageable et la faute doit être établi. Pourquoi en serait-il autrement pour une action à fin de sanction confiscatoire d'un profit illicite ? Une autre comparaison nous semble intéressante, l'enrichissement sans cause, version non délictuelle de la faute lucrative, requiert également une corrélation entre l'appauvrissement et l'enrichissement à l'appui d'une action *de in rem verso*.

Plus qu'un lien de corrélation, c'est bien un lien de causalité qui relie le gain illicite à la faute, le surprofit étant généré par cette dernière, ou cette dernière étant le fait générateur du surprofit. Il relie donc les deux éléments constitutifs de la responsabilité civile ou pénale confiscatoire, faute et résultat économique.

Par conséquent, l'établissement de la faute lucrative, qu'elle soit pénale ou civile, requiert la preuve d'un lien de causalité entre la faute et le surprofit. Quelle définition de la causalité retenir ?

424. ***L'activité illicite, cause exclusive du surprofit.*** Contrairement au résultat dommageable qui peut résulter d'une multitude de causes autres que la faute, le surprofit ne peut être le fruit que d'une activité illicite exercée délibérément (le profit étant le fruit d'une activité licite). Aussi, la définition de la causalité entre surprofit et faute semble-t-elle exiger une proximité des causes, voire une causalité exclusive.

Rappelons que trois définitions de la causalité sont communément admises en droit de la responsabilité civile et pénale². Selon la première définition, « l'équivalence des conditions », tous les événements qui ont concouru à la réalisation du dommage sont équivalents, chacun d'eux pouvant donc être retenu isolément comme cause du dommage, selon la seconde définition, « la proximité des causes », seule la cause ayant un rapport privilégié (résultant notamment de la proximité temporelle) avec le dommage est retenue, enfin selon la troisième dite « causalité adéquate », seule la cause objectivement la plus propre à entraîner le dommage est retenue. En pratique, le choix de la définition peut déterminer l'engagement de la responsabilité ou son exclusion.

Toutefois, un tel usage de la causalité concernant le surprofit est inapproprié dans la mesure où le *surprofit ne peut avoir qu'une unique cause, l'activité illicite. Une « causalité exclusive » semble donc relier le surprofit à l'activité illicite. Précisons que ce lien ne concerne pas l'étendue du surprofit, mais seulement son existence, le surprofit ne peut être généré que par une activité illicite, mais son quantum peut dépendre d'autres facteurs exogènes ou endogènes, tels que la conjoncture économique ou les capacités productives ou financières de l'entreprise délictueuse.*

Plus difficile à rapporter, la preuve de cette causalité exclusive pourrait également être facilitée. En effet, dans les matières techniques impliquant une asymétrie d'informations entre les litigants, la jurisprudence facilite l'administration de la preuve du lien de causalité notamment par l'admission de présomption^{2 bis}.

1. Desportes (F.), Le Guehec (F.), *op. cit.*, n° 445, p. 406.

2. Responsabilité pénale : Desportes (F.), Le Guehec (F.), *op. cit.*, n° 447. Responsabilité civile : Jourdain (P.), Viney (G.), *op. cit.*, n° 337 et s.

De telles présomptions se rencontrent également en droit pénal de fond à travers l'incrimination de la non-justification des ressources correspondant à un train de vie, ou la non-justification de l'origine d'un bien¹. En droit de la responsabilité civile, on peut également constater une pratique prétorienne² ou légale³ consistant à renverser la charge de la preuve. Ainsi, on pourrait imaginer une *présomption de causalité*⁴ réfragable entre le surprofit et l'activité illicite, qui pourrait être renversée par le défendeur en apportant la preuve que le surprofit provient d'une autre activité licite.

Synthèse de la première section. La preuve de la faute lucrative suppose l'établissement de deux nouvelles caractéristiques juridiques, le résultat économique d'un(e) délit/infraction, l'intention lucrative et le lien de causalité entre la faute et le résultat économique.

En ce qui concerne le résultat économique, ce dernier se décompose en un gain négatif et/ou en un gain positif. *Par ailleurs, il faut distinguer selon qu'il s'agit d'un profit illicite ou d'un surprofit.* Dans le premier cas, le résultat économique est composé du gain généré par l'activité illicite. Son évaluation repose sur une analyse comptable des résultats de l'entreprise, par référence à son chiffre d'affaires. Dans le second cas, le résultat économique est composé du gain procuré par une activité licite exercée de manière illicite. Aussi le surprofit correspond à la différence entre le gain réellement produit et le gain qui aurait été obtenu par l'entreprise si elle n'avait pas commis de faute. Aussi, le recours à une analyse contrefactuelle est-il requis pour estimer le *surprofit*. *Il faudrait donc encourager les juges civils et commerciaux à distinguer ces deux situations.* Notons que l'analyse contrefactuelle du résultat économique ne leur est pas étrangère dans la mesure où l'évaluation du préjudice des victimes repose sur une méthode identique⁵. À cet effet, nous avons montré que si l'existence du résultat économique doit être établie avec certitude, sa quantification ne peut

2 bis. En matière de responsabilité médicale, à propos du lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et la survenance de la sclérose en plaques : Civ. 1^{re} 22 mai 2008, 5 arrêts, *JCP G* 2008, II, 10131, note L. Grynbaum. Au visa de l'article 1353 du Code civil, la Cour de cassation admet que la preuve entre l'administration du vaccin contre l'hépatite B et la survenance de la sclérose en plaques soit apportée par « des présomptions graves, précises et concordantes du caractère défectueux du vaccin litigieux, comme du lien de causalité entre un éventuel défaut et le dommage subi » quand bien même il existerait une incertitude scientifique sur ce lien.

1. Délit de non justification des ressources, Art. 321-6 alinéa 1^{er} C.P. incrimination spéciale en matière de terrorisme, Art. 421-2-3 C.P. Lire : Detraz (S.), « Le profit présumé délictueux en droit pénal de fond », in « Le profit tiré de l'infraction », *Gaz. Pal.* 2014, n° 131-133, p. 18-20.

2. En matière de dommage collectif : Civ. 1^{re} civ. 24 sept. 2009 (2 arrêts), *D.* 2009, p. 2342, note I. Gallmeister : la Cour va plus loin encore en renversant la charge de la preuve du lien de causalité dès lors qu'une victime établissait son seul dommage mais qu'une pluralité d'auteurs potentiels pouvait en être à l'origine. C'est à chaque défendeur d'apporter la preuve de son innocence tous étant tenus *in solidum* en cas d'échec.

3. Art. 17. 2 de la directive du 26 novembre 2014 relative aux actions privées en réparation des dommages concurrentiels, préc., pose une présomption de dommage résultant d'une entente ce qui suppose une présomption de lien de causalité entre l'entente et le dommage de la victime, entraînant ainsi une « inversion générale » de la charge de la preuve du préjudice en cas d'entente.

4. Amaro (R.), *op. cit.*, p. 801 : 30^e proposition formulée par l'auteur « reporter la charge de la preuve du lien de causalité sur le défendeur par exception à l'article 1315 du Code civil ».

5. Carval (S.), « L'estimation des préjudices concurrentiels », *op. cit.*, spéc. II « l'estimation en droit positif », « en usage chez les économistes, [le scénario contrefactuel] désigne simplement la situation dans laquelle la victime se serait trouvée si la faute n'avait pas été commise ».

être qu'approximative. Ce qui permettrait de pallier les données comptables dissimulées par l'auteur de la faute lucrative.

En ce qui concerne l'*intention lucrative*, nous avons montré que son établissement repose sur la preuve de plusieurs éléments, le caractère « *délibéré* » et la « *recherche d'un gain illicite* ». Si la preuve de l'élément moral est généralement difficile à établir, la preuve de l'intention lucrative semble tout à fait possible. Le caractère délibéré suppose d'apporter la preuve de la conscience du risque, ou de la connaissance du coût. La preuve de la connaissance de l'interdit ne présente aucune difficulté dans certains cas de faute lucrative. Et dans les autres, elle peut être présumée à partir des fonctions de l'auteur de la faute. La conscience du risque pour autrui peut se déduire de la connaissance de l'interdit. D'autant plus lorsque l'élément légal de la faute lucrative est une obligation légale de sécurité. Quant à la preuve de la recherche d'un gain illicite, une présomption réfragable de rationalité économique pèserait sur tout opérateur du marché, personne physique, qui pourrait être renversée par la preuve de l'absence d'intérêt personnel retiré par la commission de la faute lucrative. À ce stade du raisonnement, le caractère illicite du gain recherché se déduirait de la conscience de l'illicite et de la présomption de rationalité économique non renversée.

Enfin, en ce qui concerne le lien de causalité entre la faute et le résultat économique, il s'agit d'une *causalité exclusive*, la faute étant commise dans l'unique but de s'enrichir davantage. Sa preuve pourrait reposer sur une *présomption réfragable de lien de causalité* entre l'activité illicite et le gain illicite, qui pourrait être renversée par la preuve que le gain provient d'une activité licite.

SECTION II : LES OBSTACLES COMMUNS AU SUCCÈS DE L'ACTION À FIN DE SANCTION

425. *Les arguments en défense*. Pour résister à l'action à fin de sanction, plusieurs moyens peuvent être invoqués en défense. Le défendeur, auteur présumé de la faute lucrative, peut tout d'abord dénier le droit du demandeur en réfutant les conditions de la responsabilité examinées ci-dessus. Il peut également soutenir que le droit du demandeur est éteint par l'effet d'une transaction. En effet, parce qu'elle entraîne renonciation au droit d'agir, la transaction éteint l'action, le défendeur aura donc intérêt à proposer au demandeur un arrangement moyennant engagement de sa part pour éteindre l'action et de ce fait échapper au prononcé d'une sanction dissuasive. Pour autant, la transaction ne doit pas laisser subsister un surprofit. Il conviendra donc de déterminer les modalités d'une « transaction confiscatoire » (§ 1).

Par ailleurs, le défendeur pourra exciper de l'incompétence du juge saisi et/ou de la loi française au cas de faute lucrative déféré devant le juge (§ 2). En effet, pour échapper à la sanction dissuasive encourue en droit français, certains agents économiques sont et seront tentés de délocaliser leur activité illicite lucrative hors de France. S'il existe en droit positif des mécanismes garantissant l'application de la loi pénale confiscatoire, l'application de la règle civile confiscatoire est plus aléatoire. Pour y remédier, nous proposons *in fine* de revêtir la règle civile confiscatoire d'une force normative forte, l'impérativité, ce qui assurerait la confiscation systématique et obligatoire pour le juge d'un profit illicite retiré d'un délit civil (§ 2).

§ 1 - LA TRANSACTION SUR LA SANCTION DISSUASIVE, CAUSE D'EXTINCTION DE L'ACTION À FIN DE SANCTION

426. **La transaction cause d'évasion de la sanction confiscatoire.** La transaction est un mode alternatif au règlement des litiges, commun à l'action publique et action privée, qui suppose l'accord de la personne susceptible de poursuites sur des mesures alternatives à la sanction, pour éteindre l'action en responsabilité^{1,2}. Si la transaction sur l'action publique est enfermée par le principe de légalité³, la transaction sur l'action privée est au contraire largement admise, sous réserve de sa conformité à l'ordre public⁴. En d'autres termes, transiger avec l'auteur d'une faute lucrative entraîne l'extinction du droit d'agir à fin d'une sanction confiscatoire dissuasive.

Facteur d'affaiblissement du *quantum* d'une sanction, la transaction semble *a priori* incompatible avec les objectifs assignés à la sanction de la faute lucrative. De même que l'on a craint que la transaction sur la réparation engendre une réparation à la baisse⁵, on craint que la transaction sur une sanction confiscatoire ne laisse subsister un surprofit entre les mains de l'auteur. Ce premier effet explique l'incompatibilité de la transaction avec l'objectif de dissuasion du régime de la faute lucrative (A).

Pourtant, force est de constater l'engouement que la transaction suscite en droit répressif, droit de l'environnement⁶, droit des marchés financiers⁷, droit de la concurrence⁸, autant de disciplines qui se dotent de la transaction ou d'un mode alternatif équivalent. Cette expansion de la transaction montre le souci du législateur de concilier célérité et efficacité de la justice avec un objectif de dissuasion. Dans les domaines qui admettent le recours à la transaction, il conviendra donc de rechercher des mesures obligatoires adaptées à la faute lucrative. Nous verrons qu'une compatibilité peut être sauvegardée entre transaction et dissuasion, si les mesures obligatoires qu'elle définit entraînent la confiscation ou restitution du gain illicite et une mesure de publicité de la transaction permettant d'identifier l'agent malhonnête (B).

A. L'incompatibilité *a priori* des effets de la transaction avec l'objectif de dissuasion

427. **Incompatibilité théorique entre négociation et dissuasion.** Acceptation et dissuasion semblent *a priori* être de faux amis. Si une sanction est accep-

1. Desportes (F.), Lazerges-Cousquer (L.), *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n° 1051, p. 676.

2. Défini à Art. 2044 C. civ. Sur ce contrat, voir : Malaurie (P.), Aynès (L.), Gautier (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 7^e éd. 2017, n° 1099, p. 629.

3. Art. 6 alinéa 3 C.P.P.

4. Art. 2044 C. civ. et Art. 6 C. civ.

5. Notamment en matière de dommage de masse, contentieux de la consommation et du droit de la concurrence, voir : Amaro (R.), *op. cit.*, p. 203 : l'auteur conditionne l'admission de la transaction, dans ces contentieux de masse, à une phase obligatoire d'homologation judiciaire pour en contrôler l'équilibre.

6. Art. 173-12 C. envir.

7. Art. L. 621-14-1 C.M.F, procédure de composition administrative.

8. Art. L. 464-2, III C. com, remplace l'ancienne procédure de non-contestation des griefs (modification issue de l'art. 218-1-1^o de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015).

tée, cela signifie que son coût peut être maîtrisé et assumé par l'agent rationnel. Si ce dernier l'accepte, c'est qu'il est inférieur au profit illicite généré par son activité illicite. La négociation ne permet pas de déjouer un calcul coût-avantage.

Il en résulte une incompatibilité théorique entre transaction et dissuasion qui se manifeste non seulement par la renonciation à l'action à fin de sanction dissuasive (1), mais aussi par l'abaissement de la sanction négociée (2). Par conséquent, nous préconiserons que les victimes et les personnes publiques habilitées à transiger ne recourent pas à ce mode de règlement des litiges, en présence d'une faute délibérée.

1. *La désactivation de la dissuasion par l'effet extinctif de la transaction*

428. **La renonciation à l'action à fin de sanction dissuasive.** Le principal effet d'une transaction c'est d'éteindre le droit d'agir. La transaction pénale éteint l'action publique relative à l'infraction conformément à l'article 6 alinéa 3 du Code de procédure pénale¹, une fois les obligations de la transaction homologuée par le juge, exécutées par la personne exposée aux poursuites. De même, la transaction civile éteint l'action civile relative au droit litigieux conformément à l'article 2052 alinéa 1^{er} du Code civil², une fois la convention de transaction signée par les parties.

La transaction reçoit donc autorité de la chose jugée ce qui rend toute action en justice ultérieure portant sur les mêmes faits litigieux irrecevable, soit en raison du principe *non bis in idem* pour l'action publique³, soit en raison de l'exception de transaction liée à l'autorité de chose jugée⁴ pour l'action civile⁵.

La transaction met donc fin au litige par l'épuisement du droit d'agir des parties, publique et privée. Appliquée au cas de la faute lucrative, la renonciation à ce droit d'agir permet à l'agent économique auteur, d'échapper au prononcé des sanctions dissuasives encourues. Il s'ensuit une désactivation totale de l'effet dissuasif et confiscatoire des sanctions.

2. *La désactivation de la dissuasion par l'abaissement du quantum de la sanction*

429. **Désactivation matérielle de la sanction dissuasive.** En renonçant à l'action à fin de sanction dissuasive, aucune sanction dissuasive ne pourra être prononcée à l'encontre de l'auteur de la faute lucrative, ni une sanction monétaire proportionnelle au profit illicite ni une sanction non monétaire exemplaire paralysant ou stigmatisant l'agent malhonnête.

1. Art. 6 alinéa 3 C.P.P.

2. Art. 2052 alinéa 1^{er} C. civ.

3. Cass. crim. 7 mars 1984, n° 83-91574, *Bull. crim.* n° 96, à propos d'un délit douanier : « attendu qu'en l'état de ces motifs desquels il résulte de l'action publique étant éteinte par suite de la transaction douanière, les mêmes faits concernant la même personne ne pouvaient plus être poursuivis sous une autre qualification ».

4. Art. 1355 nouveau C. civ. Art. 113-9 du C.P. et art. 692 C.P.P.

5. Malaurie (P.), Aynès (L.), *op. cit.*, n° 1128, p. 651 : « la transaction dresse un obstacle insurmontable à l'exercice d'une action, cet obstacle prend la forme procédurale d'une exception d'irrecevabilité,

Néanmoins, ce dernier se verra condamné à une mesure qu'il aura acceptée, prenant la forme d'une sanction monétaire ou non monétaire, mais nécessairement moins sévère que les sanctions encourues.

En droit pénal, cette mesure consiste généralement en une amende ne pouvant excéder le tiers de l'amende encourue (1°) et/ou en une mesure de réparation du dommage (2°). Outre l'amende transactionnelle réduite, on peut également rencontrer des obligations de cessation comme en droit de l'environnement¹ ou de mise en conformité sous astreinte comme en droit de la concurrence².

De même, en droit civil, la transaction donne naissance à des obligations, qui constituent la contrepartie de la renonciation. Il peut s'agir d'une obligation de payer une somme d'argent, de livrer un bien, etc.

En d'autres termes, *l'acceptation de la sanction entraîne un abaissement de la sanction prononcée, abaissement qui n'est autre que la condition sine qua non de l'acceptation. Grand est le risque qu'une transaction laisse subsister un surprofit d'une part et n'empêche pas l'auteur de recommencer faute de sanction paralysante et stigmatisante d'autre part.* Cette désactivation matérielle de la dissuasion est de surcroît renforcée par une désactivation morale de la dissuasion.

430. **Désactivation morale de la dissuasion.** Quelle que soit la forme de la transaction, elle suppose « l'accord » de la personne susceptible d'engager sa responsabilité civile ou pénale. Le caractère « accepté » de la mesure contenue dans la transaction s'inscrit dans un mouvement de contractualisation de la justice qui s'accommode difficilement de l'effet intimidant d'une sanction dissuasive. Si sanction acceptée et sanction dissuasive poursuivent un objectif de rétablissement de l'ordre public, la première sacrifie l'efficacité sur l'autel de l'effectivité. Rappelons que les modes alternatifs aux poursuites notamment en droit pénal ont pour but de désengorger les juridictions et de lutter contre les classements sans suite. En droit civil, la transaction a surtout pour objectif d'accélérer le traitement d'un différend en évinçant l'intervention du juge.

Grand est le risque que la possibilité de transiger sur les conséquences d'une faute lucrative encourage l'auteur à la commettre. Son hostilité à la transaction en matière environnementale, Madame Courtaigne-Deslandes la justifie essentiellement par cette « perte de crédibilité de la répression »³. Selon elle, « la transaction paralyse l'effet dissuasif tenant à la certitude d'un blâme ou d'une culpabilité, puisque la perspective d'une négociation tempère ce caractère intimidant de la sanction ». Parce que la transaction est dépourvue de portée « moralisatrice » et stigmatisante, l'auteur craint que « les auteurs d'infractions socialement blâmables et génératrices de graves préjudices collectifs ne se considèrent pas comme tels ». Il en était de même de l'ancienne procédure de non-

s'imposant au juge comme à l'arbitre le demandeur n'a plus d'action en justice, quant au droit ayant fait l'objet de la transaction ».

1. Guihal (D.), *Droit répressif de l'environnement*, op. cit., n° 12.826, p. 82 : l'auteur fait remarquer que certains articles prévoient des « obligations tendant à faire cesser l'infraction, à éviter son renouvellement ».

2. Art. L. 464-2, II C. com.

3. Courtaigne-Deslandes (C.), « De l'utilité d'une ordonnance simplifiant, réformant et harmonisant les sanctions pénales du Code de l'environnement », *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, 2011, n° 35.

contestation des griefs en droit de la concurrence. Notons que les modifications apportées à cette procédure, rebaptisée « transaction », par la Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques annihilent tout effet dissuasif. Désormais l'autorité proposera à la partie à la transaction une fourchette de sanction, entre « le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée ». Une telle transparence et prévisibilité de la sanction permettront aux parties de « provisionner » le coût de la sanction, ce qui encouragera les calculs bénéfice-risque, sans les déjouer.

L'acceptation de la sanction réduit à néant la crainte suscitée et recherchée par la dissuasion. Ce faisant, elle chasse tout effet dissuasif de la sanction. De cette incompatibilité matérielle et morale, entre dissuasion et transaction, devrait-on déduire une interdiction de la transaction en cas de faute lucrative ?

431. ***Pour une exclusion de la transaction en cas de faute délibérée ?*** À lire Madame Courtaigne-Deslandes, la généralisation de la transaction à l'ensemble des polices du Code de l'environnement opérée par l'ordonnance du 11 janvier 2012¹ est une erreur : « Au lieu de s'y développer, la transaction devrait donc être bannie du droit pénal de l'environnement » soutient-elle.

Il est intéressant de constater qu'en la matière, la transaction avait suscité des réticences de la part des institutions judiciaires. En effet, *une circulaire du ministère de la Justice en date du 23 mai 2005, portant orientation de politique pénale en matière d'environnement invitait les procureurs à ne donner leur accord qu'en l'absence de « faute délibérée »* et à condition qu'aucune victime n'ait porté plainte².

La première de ces deux conditions d'exclusion de la transaction nous interpelle dans la mesure où cet élément moral correspond à celui de la faute lucrative. Bien que cette consigne soit aujourd'hui totalement désuète compte tenu de l'expansion de la transaction en droit de l'environnement, elle nous apparaît tout à fait pertinente. En effet, l'effet atténuant de la transaction constitue un avantage supplémentaire pris en compte dans le calcul coût-avantage d'un agent économique.

La transaction alimente le calcul au lieu de le déjouer. Il en résulte en toute logique que la transaction devrait être déconseillée, lorsqu'elle n'est pas interdite, en présence d'un *dol lucratif* ou d'une *faute civile lucrative*. À moins que la sanction négociée permette *a minima*, une confiscation totale du surprofit.

B. Les conditions d'une compatibilité sauvegardée *a posteriori*

432. ***Compatibilité empirique possible entre négociation et dissuasion.*** Pour sauvegarder une compatibilité entre transaction et dissuasion, il conviendra d'adapter le régime de la transaction à la spécificité de la faute lucrative.

C'est tout d'abord, le champ d'application de la transaction qu'il faudra aménager, en interdisant la transaction aux hypothèses de faute lucrative les plus

1. Art. 3 de l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012, modifiant art. L. 173-12 C. env.

2. Circ. 05-12/GA du 23 mai 2005, p. 11 citée in Guihal (D.), *Droit répressif de l'environnement*, op. cit., n° 12.846, p. 86.

graves (1). En dehors de ces cas d'exclusion, il conviendra de prévoir de nouvelles mesures, concessions objet de la transaction, appropriées à la spécificité de la faute lucrative (2).

1. *L'interdiction de lege lata de transiger en cas de faute lucrative grave*

433. ***L'interdiction de lege lata de transiger sur les infractions lucratives les plus graves.*** Il est intéressant d'examiner de plus près le champ d'application de la transaction pénale ou répressive.

Limitée par le principe de légalité, la transaction pénale est exclue lorsque le législateur ne la prévoit pas expressément. Cette matière d'ordre public empêche par principe que le ministère public dispose de l'action publique. À titre d'exception, le législateur autorise certaines administrations et le ministère public à transiger dans des contentieux généralement de faible gravité. L'article 41-1-1, 2° et 3° du Code de procédure pénale, réserve en effet la transaction aux délits prévus par le Code pénal, punis d'une seule peine d'amende et aux délits punis d'un an d'emprisonnement au plus. En matière économique, la DGCCRF est dotée d'un pouvoir de transaction dans un champ limité aux infractions mineures, délits portant sur les liquidations, ventes au déballage, soldes et ventes en magasin d'usine¹ et contraventions et délits du titre IV du livre IV². Faut-il en déduire *a contrario*, que le délit de participation frauduleuse à une pratique anticoncurrentielle incriminé à l'article L. 420-6 du code précité (titre II, Livre IV) ne peut faire l'objet d'une transaction dans la mesure où il n'entre pas dans le champ de la permission défini à l'article L. 470-4-1 du Code de commerce ? Sans doute. *Quid* d'une pratique anticoncurrentielle commise par une personne morale ?

434. ***L'interdiction prolongée de lege ferenda au droit des pratiques anticoncurrentielles.*** On ne pourra alors que s'étonner de la procédure transactionnelle offerte à toute personne morale auteur de pratiques anticoncurrentielles, anciennement appelée « procédure de non-contestation des griefs ». En vertu de l'article L. 464-2, III du Code de commerce, dès lors que les personnes poursuivies ne « contestent pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés », elles peuvent se voir soumettre une proposition de transaction. Partant, il suffirait à l'auteur personne morale d'une pratique anticoncurrentielle présentant les caractéristiques du *dol lucratif*, de reconnaître les faits qui lui sont reprochés pour échapper à une sanction dissuasive. Grand est le risque de voir cette procédure instrumentalisée. D'autant que la procédure de transaction telle qu'elle résulte de la loi du 6 août 2015 pour la Croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite *loi Macron* offre plus de visibilité sur le montant final de la sanction puisque le pouvoir de négociation du rapporteur portera désormais sur le « montant maximal de la sanction pécuniaire »³ et non plus sur le pourcentage de réduction de la sanction⁴.

1. Art. L. 310-6-1 C. com.

2. Art. L. 490-5 du C. com.

3. Art. L. 464-2, III C. com.

4. Aut. Conc. comm. *Procédure relatif à la non contestation des griefs*, op. cit. : La non-contesta-

Aussi pour éviter un tel dévoiement, *proposons-nous que dans son pouvoir d'appréciation de recourir ou non à une telle procédure, le rapporteur général rejette la demande formulée par les entreprises inquiétées, dès lors que les pratiques litigieuses présentent un caractère délibéré.*

Des restrictions de la transaction sont également posées en droit civil.

435. **L'interdiction de lege lata de transiger sur les droits subjectifs indisponibles.** Contrairement à la transaction pénale, le champ de permission de la transaction civile est plus large, la seule limite étant la disponibilité du droit auquel on renonce¹.

En effet, comme tout contrat, la transaction est soumise au droit commun des contrats et notamment aux conditions de validité du contrat, comme son objet. Or, conformément à l'article 1162 nouveau du Code civil, la transaction ne peut « déroger à l'ordre public », elle ne peut donc porter sur un droit hors du commerce, tel que les droits indisponibles, ni sur un droit d'intérêt public, ni sur un droit soumis à un statut d'ordre public. Ainsi, la transaction sur les droits extra-patrimoniaux et sur les droits patrimoniaux inaliénables (prestation compensatoire et aliments) est interdite. De même, il ne peut être renoncé à l'action publique naissant d'une infraction² ni à une action soumise à un statut d'ordre public telle que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Par conséquent, la plupart des fautes lucratives civiles pourront donner lieu à une transaction quant aux effets, concurrence illicite et déloyale, parasitisme économique, contrefaçon civile, etc. Selon Monsieur Lagarde, « une ligne de partage se dessine entre les questions purement patrimoniales et celles qui ne le sont pas, seules les premières pouvant faire l'objet d'un traitement transactionnel »³. À l'appui de ce constat, l'auteur cite un arrêt significatif dans lequel la première chambre civile de la Cour de cassation précise qu'en matière de droit d'auteur, si « le droit au respect du nom et de la qualité de l'œuvre ne peut être reconnu dans une transaction [...] les conséquences de la méconnaissance du droit d'auteur peuvent être envisagées dans la transaction »⁴. On en déduit que l'aspect patrimonial des droits de la personnalité peut également faire l'objet de transaction.

Ce large champ d'autorisation à la transaction civile risque pourtant de faire subsister un surprofit, si seules des mesures de cessation et de réparation sont consenties par l'auteur de la faute lucrative. Pour y remédier, une mesure de « restitution », moyennant renonciation à une sanction dissuasive, devrait être acceptée par l'auteur de la faute lucrative.

tion entraîne l'application d'une réduction immédiate de 50 % du plafond de l'amende encourue, ainsi qu'une réduction de 10 % du montant de celle-ci et de 25-30 % lorsqu'elle est accompagnée d'engagements structurels, *op. cit.*, pt 26, p. 6.

1. Malaurie (P.), Aynès (L.), *op. cit.*, n° 1112 et s., p. 639 et s.

2. En revanche il est possible de transiger sur les intérêts civils d'une action publique : art. 2046 C. civ.

3. Lagarde (X.), « Transaction et ordre public », *D.* 2000. Chron. 217.

4. Cass. civ. 1^{re} 4 avril 1991, *Bull. civ.* I, n° 119, *D.* 1991, *JR*, p. 142 cité in Lagarde (X.), *op. cit.*, n° 5.

2. *La possibilité de lege feranda d'imposer une mesure confiscatoire et une mesure de publicité*

436. *La mesure confiscatoire exigée en cas de dol lucratif.* En présence d'une infraction lucrative de faible gravité, et dans les cas où la loi le prévoit, la transaction est possible. Partant, il conviendra d'imaginer une nouvelle mesure pour éviter tout enrichissement illicite de l'intéressé.

Reprenons le texte de référence en matière de transaction pénale, l'article 41-1-1, II du Code de procédure pénale dispose que « La proposition de transaction est déterminée en fonction des circonstances et de la gravité de l'infraction, de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de son auteur ainsi que de ses ressources et de ses charges ». Parmi les critères énumérés, « les circonstances et la gravité de l'infraction » n'incitent-ils pas à prendre en compte la spécificité d'une infraction lucrative ? Nous pensons que l'élément moral de ce type de comportement et le résultat économique qu'il génère peuvent être pris en considération pour adapter la proposition qui sera faite par l'autorité dépositaire du droit de transiger. À ce titre, celle-ci pourrait proposer une confiscation du surprofit en contrepartie de la renonciation au droit d'agir à fin d'une sanction dissuasive, une telle mesure n'entraînant aucun appauvrissement de l'auteur des faits répréhensibles, si ce n'est la restitution d'un indu.

Par conséquent, la constatation des éléments du *dol lucratif*, dans le cadre d'une transaction pénale, pourrait donner lieu à une nouvelle mesure qui consisterait en la « confiscation du surprofit » de l'infraction lucrative. De même en matière de délit civil lucratif.

437. *La contrepartie restitutive exigée en cas de faute lucrative.* Dans les cas de fautes lucratives portant sur un droit subjectif disponible, la transaction civile est également possible. De même que précédemment, il conviendra de prévoir une obligation permettant de retirer le gain illicite des mains de l'auteur de la faute lucrative.

En contrepartie de la renonciation à l'action à fin de sanction dissuasive, et au titre de l'obligation de payer, courante en matière de transaction civile, il pourrait être réclamé le montant du gain illicite. La mesure s'apparenterait donc à une restitution. Cette mesure « normative » serait une contrepartie adéquate à la renonciation à l'action confiscatoire qui aurait permis à la victime d'obtenir le cas échéant un multiple du surprofit. Pour en garantir la bonne exécution, cette mesure pourrait être assortie d'une clause pénale. À défaut, et pour sanctionner la carence éventuelle du cocontractant, la victime partie à la transaction pourra demander en justice la résolution pour inexécution sur le fondement de l'article 1224 nouveau du code précité (si elle présente une gravité suffisante). Auquel cas, les parties seront, du fait de la rétroactivité, remises dans l'état avant la conclusion de la transaction¹. La victime retrouvera son droit d'agir à fin de sanction dissuasive.

1. Malaurie (P.), Aynès (L.), *op. cit.*, n° 1131, p. 654.

438. **La mesure de publicité de la transaction.** Une fois encore pour éviter l'instrumentalisation de la transaction par les agents économiques, les circonstances de faute lucrative d'un délit/infraction pourraient exclure la confidentialité de l'accord conclu.

En matière de transaction pénale, une telle mesure existe déjà en droit positif. Nul besoin de l'inventer, mais plutôt de l'exporter. C'est dans le régime de la transaction du *Défenseur des droits*, en matière de discrimination, que siègent ces mesures¹. Outre l'amende transactionnelle, le Défenseur peut également proposer quatre mesures de publicité : l'affichage d'un communiqué dans des lieux précis et pour une durée déterminée, la transmission d'un communiqué, sa diffusion dans un *Journal officiel* ou des publications de presse, une obligation de publier la décision.

En matière de transaction civile, le secret propre à la convention de transaction pourrait être levé au moyen d'une clause de non confidentialité, ce qui permettrait de révéler l'identité de l'agent économique malhonnête.

Ainsi qu'il s'agisse d'une transaction pénale ou civile, le constat d'une faute lucrative pourrait donner lieu à l'insertion d'une mesure de publicité, destinée à identifier et stigmatiser l'auteur d'une infraction/délit lucratif.

PROPOSITION DE THÈSE :

Création d'une « contrepartie restitutive » en cas de transaction portant sur les conséquences d'une faute lucrative, sur le fondement des articles, 41-1-1, II du Code de procédure pénale, L. 464-2, III du Code de commerce et 2044 du Code civil.

§ 2 - LES STRATÉGIES D'ÉVICTION DE LA LOI CONFISCATOIRE FRANÇAISE

439. **Les stratégies de délocalisation d'une faute lucrative.** Tout agent économique qui déploie une activité illicite à l'international cherche avant tout à échapper aux lois nationales les plus dures. Par conséquent, la stratégie de délocalisation d'une faute lucrative consiste à implanter une activité illicite dans un État permissif.

S'il existe une action confiscatoire ou à fin de sanction dissuasive en France, l'agent économique tentera en effet de soustraire son activité à l'application de la loi française. Face à cette première stratégie de délocalisation, nous verrons qu'il existe en droit français (droit international pénal et droit international privé) des mécanismes garantissant l'application de la loi française confiscatoire pénale et civile (A).

1. Art. 28, III *Loi organique* n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, cité in Pradel (J.), *Procédure pénale*, éd. Cujas, 17^e éd. 2013, n° 255, p. 211.

A. Les mécanismes garantissant l'application de la loi française confiscatoire par le juge

Annnonce. Les stratégies de délocalisation d'une faute lucrative diffèrent selon qu'elle constitue une infraction ou un délit civil.

Dans le premier cas, rappelons qu'en vertu du principe de territorialité, la loi pénale n'a vocation à régir que les infractions commises pour tout ou partie sur le territoire. Or, dans l'ordre répressif, la compétence de la loi pénale française conditionne celle du juge pénal français¹, car un juge national ne peut appliquer une autre loi pénale que celle du for². Partant, la stratégie de délocalisation de l'action publique confiscatoire va essentiellement consister à délocaliser l'activité illicite pour échapper à la compétence législative française. Pour y remédier, le juge pénal français adopte une conception libérale et impérialiste du principe de territorialité, ce qui lui permet d'attirer toute infraction qui génère un effet attentatoire à l'ordre public français, sous le joug de la loi pénale française. Ainsi une infraction lucrative commise à l'étranger, mais qui génère un surprofit et un dommage en France sera réputée commise en France et donc soumise à la loi pénale confiscatoire (1).

Dans le second cas, les stratégies de délocalisation de l'action civile confiscatoire concernent exclusivement la matière contractuelle en raison du libéralisme de la règle de conflit. Elles consistent d'une part à évincer la loi française en élevant une loi étrangère au titre de *lex contractus*³, et d'autre part à évincer le juge français pour échapper aux lois de police française, notamment par une clause attributive à une juridiction étrangère⁴. En matière délictuelle, il est plus difficile d'échapper à la règle confiscatoire pour deux raisons. La première est inhérente aux règles de conflit de loi⁵ et de juridiction⁶, en matière délictuelle, le critère de rattachement est le lieu de survenance du dommage. Par conséquent, chaque fois qu'une faute lucrative génère un dommage sur le territoire français, elle tombe sous le joug de la loi française qui plus est appliquée par le juge français.

Qu'il s'agisse d'une faute lucrative délictuelle ou contractuelle, l'application de la loi française confiscatoire est garantie par des mécanismes tels que, l'exception d'ordre public, la loi de police ou encore l'existence d'une action publique confiscatoire (2).

1. Desportes (F.), Le Guehrec (F.), *op. cit.*, n° 374 : voir aussi Art. 689 C.P.P., Cass. Crim. 19 juin 2007, pourvoi n° 06-88165.

2. Hormis la règle régissant l'action civile.

3. *Règle de conflit* désignée par Art. 3 du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (*Rome I*).

4. *Règle de conflit* désignée par Art. 48 C.P.C. en droit international privé et par Art. 25 du *règlement Bruxelles I* en droit de l'Union européenne.

5. *Règle de conflit en droit de l'Union européenne, de droit commun* : art. 4.1, ou de droit spécial : Art. 5, 6 du règlement CE n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *Rome II. Règle de conflit en droit international* : Cass. civ. 25 mai 1948, Lautour désigne *lex loci delicti commissi* loi du lieu de commission du délit.

6. Art. 7.2 règlement UE n° 1215/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit *Bruxelles I bis* désigne le « tribunal du lieu de la réalisation du dommage » qui peut s'entendre aussi bien comme le « lieu ou le dommage est survenu et celui de l'événement causal », de sorte que le demandeur jouit d'une option en cas de délit complexe. Règle de conflit de loi en droit international : Art. 46 alinéa 2 C.P.C.

1. Mécanismes internes garantissant l'application de la loi « pénale » française

440. **L'interprétation large du principe de territorialité ou théorie de l'ubiquité applicable aux délits complexes.** Rappelons à titre liminaire, que le droit pénal international français repose sur le principe fondamental de la territorialité issu de l'article 113-2 alinéa 1 et 2 du Code pénal¹, une faute lucrative pénale tombe sous le joug de la loi pénale française dès lors qu'elle est commise pour tout ou partie sur le territoire français^{2,3}. Il suffit donc que des « faits constitutifs » de l'infraction aient été commis en France pour que la loi pénale française s'applique. Notons que le « fait constitutif » visé par l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal ne s'entend pas seulement des éléments constitutifs d'une infraction (élément matériel, moral). Il peut s'agir des conséquences d'un délit commis à l'étranger sur le territoire français⁴. Une telle interprétation du principe de territorialité traduit une volonté d'appliquer la loi française chaque fois qu'une infraction heurte l'ordre public français. Cette lecture impérialiste du principe de territorialité, affiliée à la « théorie de l'ubiquité », garantit l'application de la règle pénale confiscatoire chaque fois qu'une infraction lucrative éparpillée est partiellement commise sur le territoire français.

Le principe de territorialité est également en vigueur en droit des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité ne peut appliquer que la loi antitrust française (ou européenne). La loi antitrust française est-elle applicable lorsque les effets d'un *cartel* dépassent le cadre du territoire national français ? Codifiant la jurisprudence sur ce point⁵, l'article L. 420-1 du Code de commerce étend la prohibition des ententes aux cas où elles interviennent « par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France ». En d'autres termes, la réglementation française s'applique donc à toute pratique anticoncurrentielle localisée au moins pour partie sur le territoire national. Mais en pratique, ces cas sont en grande partie absorbés par la compétence de la législation européenne.

1. Art. 113-2 alinéa 1^{er} C.P.

2. Pollaud-Dullian (F.), *Droit de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, n° 111, p. 70 : le droit de propriété intellectuelle est défini et régi par la loi nationale de l'État qui reconnaît ce droit, la protection du bien immatériel offerte par le dit droit est d'« essence territoriale ».

3. Pour le délit pénal de contrefaçon, la chambre criminelle le rappelle que la perpétration de la contrefaçon sur le territoire de la République est un élément constitutif de l'infraction, notamment lorsque l'activité numérique a été menée hors de France : Cass. crim. 9 sept. 2008, pourvoi n° 07-87281 *Aff. Le monde/Ferrara*, D. 2009.1992, note J. Larrieu. Une cour d'appel condamne un journaliste italien pour avoir reproduit dans un quotidien italien, en version papier et électronique, sans l'autorisation de son auteur ni de son éditeur exclusif, un texte publié par le journal *Le Monde*. La Cour de cassation saisie par le pourvoi du journaliste casse l'arrêt d'appel au motif que les juges d'appel n'ont pas vérifié si les faits de contrefaçon avaient été commis en France « dès lors que la perpétration de la contrefaçon sur le territoire français est un élément constitutif de cette infraction ». En l'espèce, le journal litigieux avait été publié en version papier en Italie et non en France, et en version électronique sur le site internet du journal mais rédigé en langue italienne et n'était donc pas destiné au public du territoire français.

4. Desportes (F.), Legunehec (F.), *op. cit.*, n° 391, p. 355-356, Rebut (D.), *Droit international pénal*, Précis, Dalloz, 2^e éd., 2014, n° 48-49, p. 34-35 : l'auteur explique que la chambre criminelle peut prendre en compte des faits intervenus avant ou après les éléments constitutifs pour rattacher une infraction à la loi pénale française, à titre d'exemple, la localisation de la contrefaçon sur le territoire français peut procéder des seuls effets du délit, Cass. crim. 29 janvier 2002, *Bull. crim.*, n° 13.

5. Déc. Cons. conc. déc. n° 89-D-22, 13 juin 1989, *société Phinilec*, *Comm. Tech. Ententes*, 21 avril 1961, *Armateurs et transitaires*.

Si la théorie de l'ubiquité a le mérite de garantir l'application de la loi française confiscatoire, elle génère un risque de conflit positif de compétence entre plusieurs juridictions. Il existe néanmoins des moyens permettant de résoudre cette difficulté¹. Une autre piste pourrait consister en une action civile de groupe, comme le suggère Monsieur Fulli-Lemaire au terme de son étude des aspects de droit international privé dans l'*affaire PIP*².

Toutefois, confronté à la cybercriminalité, un critère de rattachement comme le principe de territorialité est inopérant tant la localisation d'une infraction sur le Web est incertaine. Le recours à la théorie de l'ubiquité dans monde virtuel permettrait néanmoins d'appliquer la loi française chaque fois qu'un cyberdélit causerait un trouble à l'ordre public français.

441. ***Théories de l'accessibilité et de la focalisation applicables aux délits numériques.*** Faute de texte spécifique réglant la question de la localisation d'une cyber infraction³, la Cour de cassation met en œuvre le principe de territorialité et la théorie dite de l'ubiquité, ce qui fait dire à certains qu'elle aurait étendu la « théorie de l'ubiquité » du monde réel au cyber espace⁴. Il en résulte que lorsqu'un des éléments constitutifs d'une cyberinfraction est commis en France, la loi française est applicable. Ainsi, les juridictions françaises sont compétentes chaque fois que les contenus illicites diffusés sur un site sont « accessibles » depuis la France. La théorie de l'ubiquité appliquée au cyber espace s'exprime donc à travers ce critère « d'accessibilité ». De même qu'en matière de criminalité « réelle », le principe d'ubiquité ou la théorie d'accessibilité soulève des problèmes de cumul positif de compétence et le risque d'un « trop plein de compétence répressive ».

D'autres critères de rattachement ont donc été proposés en doctrine⁵, la première appelée « théorie de l'action » consiste à localiser l'infraction au lieu où l'agent a agi au sens strict du terme. Appliquée à la cyberdélinquance, le lieu d'action serait le lieu d'émission du message. Cependant, un tel critère favoriserait un « *dumping* » en encourageant les fraudeurs à installer leur activité dans des « paradis informationnels »⁶ pour reprendre l'expression de Monsieur Francillon,

1. Voir : *supra*, n° 327-328.

2. Fulli-Lemaire (S.), « Affaire PIP, Quelques réflexions sur les aspects de droit international privé », *RIDE* 2015, n° 1, p. 99-122, spéc. p. 112 : l'article 5 du *règlement Bruxelles I* applicable à l'espèce (de même que l'article 7 du *règlement Bruxelles I bis*) prévoit que l'action en réparation du dommage [fondée] causé par une infraction doit être portée devant le tribunal saisi de l'action publique, dans la mesure où, selon la loi, ce tribunal peut connaître de l'action civile ». Or, en droit français, le juge répressif saisi de l'action publique est compétent pour statuer sur l'action civile. Par conséquent, l'action de groupe pourrait être un remède au morcellement du contentieux d'une faute lucrative internationale.

3. Jusqu'à l'insertion de l'article 113-2-1 C.P. (issu art. 28, loi n° 2016-731 du 3 juin 2016) qui étend l'application de la pénale française à toute infraction tentée ou commise au préjudice d'une victime résidant ou située sur le territoire de la République, depuis internet.

4. Martin-Hocquenghem (E.), « Le principe de territorialité de la loi pénale aux infractions commises sur internet », in *La communication numérique, Un droit, des Droits*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 495-519.

5. Rebut (D.), *Droit pénal international*, *op. cit.*, n° 47 et s., Merle (R.) et Vitu (A), *Traité de droit criminel*, T. I, *Problèmes généraux de la science criminelle-droit pénal général*, 7^e éd. Cujas, 1997, n° 299, Dreyer (E.), *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1879, p. 1314 et s.

6. Francillon (J.), « Le droit pénal face à la cyberdélinquance et à la cybercriminalité », in « Dossier spécial Le droit international du Web », *RLDI* 2012, n° 81, p. 99 et s.

où la législation est plus permissive. La deuxième théorie dite « du résultat » localise l'infraction en fonction du lieu où se produit son résultat dommageable. Appliquée à la cybercriminalité, le lieu du dommage serait le lieu de réception du message ou du site réalisant l'infraction¹. Mais ce critère ne résout pas le problème des chevauchements de compétence. À ceci près que ce dernier critère peut devenir pertinent si le message accessible en ligne a été préalablement « ciblé » en direction d'un pays bien déterminé, focalisé.

Dépassant les inconvénients de *dumping* de la théorie de l'émission et de conflit de compétence de la théorie de la réception, cette solution cherche à « focaliser » le lieu où le trouble à l'ordre public a été le plus fort, lorsqu'un site vise précisément le public français par exemple². En plus de l'accessibilité du site depuis le public français, cette théorie exige un critère supplémentaire, *la destination du site et le public visé par le site*. Plutôt que de localiser les agissements, elle recherche l'intention des opérateurs, soit les attentes légitimes provoquées chez les internautes par la consultation du site. Ce critère de localisation de la criminalité sur internet, appelé « critère de focalisation », appliqué par les juges civils et consulaires³, n'est pas sans rappeler le critère de proximité (ou *proper Law*) de la règle de conflit utilisée en matière de délit complexe dans le *Règlement Rome II*⁴. Il est particulièrement intéressant lorsqu'il existe un conflit de compétence puisqu'il permet de sélectionner une compétence parmi d'autres.

C'est en effet le critère retenu dans *l'affaire Yahoo*, dans laquelle un jugement au fond a été rendu le 26 février 2002 par le tribunal correctionnel de Paris⁵. Ce dernier s'est déclaré compétent pour connaître de la licéité d'un site de vente aux enchères d'objets nazis hébergé aux États-Unis, accessible depuis la France. Pour justifier leur compétence, les juges du fond expliquent que le contenu nazi étant incriminé uniquement en droit français à travers l'infraction d'apologie de crimes de guerre⁶, ce site n'a pu créer qu'un trouble à l'ordre public français. En outre, bien qu'émanant d'un serveur localisé à l'étranger, le message interdit était accessible aux internautes depuis le territoire français, rédigé en français. Par conséquent, la cyber infraction devait être réputée commise sur le territoire français.

1. Ce qui est finalement consacré par le législateur à l'article 113-2-1 C.P.

2. Martin-Hocquenghem (E.), « Le principe de territorialité de la loi pénale aux infractions commises sur internet », *op. cit.*, p. 508.

3. Cass. com. 13 juillet 2010, n° 06-20.230 : recourt à la théorie de la focalisation, « les annonces litigieuses doivent être destinées au public de France ». Cass. com. 7 déc. 2010, *LVM C. eBay*, n° 09-16811 : les tribunaux français sont compétents lorsque l'internaute en France est clairement sollicité.

4. Art. 4.3 *Règlement Rome II* prévoit une clause d'exception lorsque la situation présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui du dommage ou du lieu de résidence des parties (règles de principe posées aux articles 4.1 et 4.2 du dit règlement).

5. Trib. Corr. Paris 26 fév. 2002, *Yahoo*, *JurisData* n° 2002-169041, confirmé par CA Paris 11^e ch, A 17 mars 2004, *T. K. Yahoo, Inc / Association amicale des déportés d'Auschwitz et des Camps de Haute Silésie, RAP etc.*, *Communication Commerce électronique*, avril 2005, n° 4, comm. 72, note A. Lepage : l'arrêt confirmatif relève également que le site d'enchères répondait en français aux demandes adressées depuis un poste situé en France d'une part et que la société Yahoo a continué à diffuser malgré l'interdiction du juge des référés français, les sites incriminés. Voir aussi : TGI Paris, ord. réf, 20 novembre 2000, *Communication Commerce électronique* oct 2000, n° 12, comm. 132 obs. J.-C. Galloux : ordonnance enjoignant Yahoo! Inc, en tant que fournisseur d'hébergement de sites d'enchères d'objets nazis, de prendre les mesures de filtrage nécessaires pour rendre impossible la consultation par des Français de sites à tendance nazie de faire cesser toute vente d'objets nazis sur le territoire de France.

6. Art. 24 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 (droit pénal de la presse), Art. R. 645-1 du C.P.

La théorie de la focalisation résout donc la difficulté des conflits positifs de compétence en matière de cyber infraction. Parce qu'elle semble vouloir privilégier la loi de l'État dans lequel le trouble à l'ordre public a été le plus grave, elle nous intéresse particulièrement en cas de faute lucrative numérique. Le critère de sélection de la loi applicable étant la gravité du trouble à l'ordre public, la théorie de la focalisation garantirait l'application de la loi la plus sévère et donc la plus dissuasive. Ce qui permettra à la France de soumettre de nombreuses infractions lucratives attentatoires à l'ordre public français à la loi pénale confiscatoire.

Examinons à présent les mécanismes garantissant l'application de la loi civile confiscatoire.

Synthèse. Pour l'heure, la théorie de l'ubiquité et le principe de focalisation garantissent l'application de la loi pénale française confiscatoire en cas d'infraction lucrative internationale.

2. Mécanismes internes garantissant l'application de la loi civile française

442. **L'exception d'ordre public, cause d'éviction d'une loi étrangère non confiscatoire par le juge français.** Si la loi française est évincée par le jeu des règles de conflit, mais que le juge français demeure compétent, l'exception d'ordre public pourrait s'avérer un mécanisme redoutable d'application de la loi française en cas d'évasion volontaire de celle-ci.

Une telle hypothèse pourrait se rencontrer notamment en matière contractuelle, dès lors que le contrat est exécuté en France¹ et que la loi applicable désignée par les parties au contrat est une loi étrangère².

Or, lorsque l'insertion de la loi étrangère normalement applicable dans l'État du for heurte des conceptions fondamentales de l'ordre juridique du for, celle-ci est écartée par l'effet de l'exception d'ordre public. Ce n'est pas tant le contenu de la loi étrangère qui peut poser difficulté, mais plutôt le résultat de son application³.

De ce fait, en présence d'une violation efficace du contrat ou de *dol contractuel* si la loi étrangère ne prévoit pas de mécanisme de confiscation/restitution du profit illicite, son application entraînera inéluctablement l'existence d'un surprofit dans les mains du débiteur. En d'autres termes, une telle application rendrait la faute contractuelle lucrative. Pour qu'un tel résultat heurte l'ordre public du for, il faudrait *in fine* que la confiscation du surprofit d'une faute lucrative civile soit une règle d'ordre public⁴. Auquel cas, l'existence d'un surprofit résultant de l'application d'une loi étrangère, heurterait l'ordre public français et permettrait au juge français saisi d'évincer la loi applicable. Le constat du trouble généré par l'application de la loi étrangère amènerait donc le juge du for à user de l'exception d'ordre public, pour évincer ladite loi et lui substituer la loi du for, permettant la confiscation du surprofit litigieux.

1. Art. 7.1 du *règlement Bruxelles I*, Art. 46 alinéa 1^{er} C.P.C.

2. Art. 3 du *règlement Rome I*.

3. Audit (B.), Avout (L. d'~), *Droit international privé*, Economica, 7^e éd. 2013, n° 367, p. 329.

4. Voir *infra*, n° 445 et s.

D'une efficacité redoutable, ce mécanisme sera opportun lorsque le litige sera porté devant le juge français. Qu'en sera-t-il d'une faute lucrative internationale troublant l'ordre public français, mais portée à la connaissance d'une juridiction étrangère ?

443. **La loi de police, cause d'éviction d'une loi étrangère non confiscatoire par le juge du for.** Si la loi française est non seulement évincée par l'effet de la *lex contractus*, mais également le juge français par l'effet d'une clause attributive de juridiction¹, une loi confiscatoire impérative peut encore assurer la confiscation du surprofit en France. Tout comme l'exception d'ordre public, la loi de police est un mécanisme nécessaire notamment dans les matières abandonnées au libre choix des parties, comme la matière contractuelle. Une loi de police permet donc d'enrayer une stratégie de *law shopping* devant le juge du for, mais également de *forum shopping* puisque une loi de police a vocation à dépasser les frontières du for.

À l'instar de l'exception d'ordre public, le mécanisme de loi de police permet d'appliquer à une situation internationale une loi impérative autre que celle désignée comme applicable. La méthode d'éviction de la loi étrangère est néanmoins différente, tandis que l'exception d'ordre public agit comme mécanisme d'éviction de la loi désignée par la règle de conflit, la loi de police, dite « d'application immédiate », s'applique indépendamment du jeu de la règle de conflit, dès lors que la situation litigieuse entre dans son champ d'application². Bien que l'application des lois de police ait longtemps été limitée aux lois de police du for³, il en est tout autrement aujourd'hui, notamment en raison des objectifs privés poursuivis par les lois de police (en matière économique) et en raison de l'harmonisation en la matière des législations nationales⁴. Et quand bien même la prise en considération des lois de police étrangères ne demeurerait qu'une faculté des États, au moins dans l'Union européenne⁵, on pourrait imaginer qu'un esprit de coopération internationale puisse inciter les États à respecter celles des autres, pour que la réciprocité s'applique. Mais c'est à condition que le résultat de l'application de la loi de police étrangère ne heurte pas l'ordre public du for, ou n'entre pas en conflit avec une autre loi de police du for⁶, auquel cas le droit du for s'appliquera.

Parce que son application est généralement liée au but qu'elle poursuit, la loi de police a donc vocation à s'appliquer au-delà des frontières du for. En d'autres termes, une loi de police pourra se voir appliquer par un juge étranger lorsque le litige dont il est saisi entre dans le champ d'application de ladite loi de police.

1. Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 2008, n° 07-15823, *aff. Monster Cable*, D. 2009.684 note A. Huet, RLC 2010/22, n° 1523, spéc. n° 16, note M. Behar-Touchais : une clause attributive de juridiction aux tribunaux de San Francisco, incluse dans un contrat de distribution conclu entre une société américaine et une société française, doit être mise en œuvre en dépit de l'applicabilité au fond de dispositions française impératives.

2. Audit (B.), Avout (L. d'~), *op. cit.*, n° 177, p. 161.

3. En raison de leur rapprochement avec le droit public ce qui les faisait tomber sous le joug du principe d'inapplicabilité du droit étranger, *ibid.* n° 181, p. 168 et n° 347, p. 312.

4. Audit (B.), Avout (L. d'~), *op. cit.*, n° 181, p. 168.

5. Art. 7.2 *Règlement Rome I*, art. 16 *Règlement Rome II*.

6. Art. 7.2 *Règlement Rome I*.

Partant, si le droit français contient une règle civile confiscatoire impérative, qui poursuit un but de confiscation du surprofit, pour éviter tout enrichissement illicite, elle pourra se voir appliquer, en dépit d'une clause attributive de juridiction, par un juge étranger, si ce dernier constate l'existence d'un surprofit dans le litige dont il est saisi.

Par conséquent, si une clause attributive de juridiction, sous réserve de sa validité¹, désigne un for, pour tenter d'échapper à des lois de police défavorable à l'une des parties, comme la jurisprudence l'illustre en matière de pratiques restrictives de concurrence², la loi de police résultant de l'article L. 442-6 du Code de commerce pourrait trouver à s'appliquer devant la juridiction choisie, sous réserve de la diligence du juge du for³.

À défaut, d'une telle diligence, une action publique française confiscatoire serait nécessaire.

444. **L'action publique confiscatoire, échec aux stratégies de forum shopping.** Dans l'hypothèse où l'ordre juridique du for contient une disposition incompatible avec la confiscation du surprofit, ce qui est tout à fait envisageable, tant la fonction normative, voire punitive de la responsabilité civile est discutée, la loi de police française se verrait sans doute évincée au profit de la loi du for.

Toutefois, Madame Behar-Touchais démontre, à propos de l'action confiscatoire du Ministre de l'Économie prévue à l'article L. 442-6, III du Code de commerce, que l'impérativité des lois de police françaises peut être sauvegardée grâce à une action publique confiscatoire⁴. Car, une clause attributive de juridiction est sans effet sur l'action publique. En d'autres termes, une clause attributive qui cherche à éluder la juridiction française pour s'éloigner du rayonnement d'une loi de police française défavorable ne permet pas de désactiver la compétence territoriale d'une action publique française.

Cet enseignement fait ressortir l'attrait d'une action publique confiscatoire du surprofit d'une faute lucrative, dans un contentieux civil économique⁵. Ainsi, une victime française privée de son droit d'agir en confiscation d'un surprofit en raison d'une clause attributive de juridiction pourrait saisir le ministère public afin que ce dernier diligente une action publique confiscatoire, spécialement prévue par un texte ou sur le fondement de l'article 423 du Code de procédure civile⁶.

Synthèse. Il ressort de ces développements un remède commun de lutte contre les stratégies d'évasion de la loi confiscatoire française, l'impérativité de la règle confiscatoire française.

1. Art. 48 C.P.C.

2. Cass. civ. 1^{re} 22 octobre 2008, n° 07-15823, *affaire Monster Câble*.

3. Du moins dans un État membre de l'Union européenne, en raison de l'harmonisation de la législation en matière de pratiques commerciales déloyales : Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, « Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire inter entreprises », COM 2014, 0472, 15 juillet 2014.

4. Behar-Touchais (M.), « L'article 6 du Règlement Rome II et les pratiques restrictives de concurrence internationale », *RLC* 2010/22, n° 1523.

5. Voir *supra* n° 370 et s.

6. Voir *supra* n° 76 et 387.

B. L'impérativité de la règle confiscatoire

445. **La nécessaire impérativité de la règle civile confiscatoire.** Si la règle pénale confiscatoire dispose de moyens suffisants pour garantir son effectivité, il en est autrement de la règle civile confiscatoire.

En effet, nous verrons qu'en attribuant une telle valeur impérative à la règle confiscatoire (1), l'office du juge et de l'arbitre se verra renforcée, garantissant ainsi le prononcé de la sanction confiscatoire en cas de faute lucrative (2).

1. *Nul ne doit tirer profit de son délit, une règle d'ordre public*

446. **Le profit illicite, un avantage indu.** À l'issue de l'examen de l'élément légal de la faute lucrative, nous étions parvenus à la conclusion suivante, parce que la faute lucrative est nécessairement une violation de l'ordre public de marché, le profit généré par une faute lucrative constitue un avantage indu dans la concurrence¹. Ce faisant, le profit illicite contrevient à la finalité d'efficience de l'ordre public de marché.

447. **Création d'une règle civile impérative, Nul ne doit tirer profit de son délit.** Lorsque nous avons défini l'ordre public, élément légal de la faute lucrative, nous avons précisé que le juge pouvait avoir un rôle dans l'élection de normes impératives, il s'agit de *l'ordre public virtuel*².

Parce que l'existence d'un profit illicite cause un trouble spécial à un ordre public de marché, le juge ne pourrait-il pas, déduire du constat d'un profit illicite, et ce faisant créer, une norme impérative selon laquelle *Nul ne doit tirer profit de son délit* ? À la vérité, une telle règle n'est pas nouvelle puisqu'elle renvoie à l'adage du *Digeste* de Justinien, mieux connu des historiens du droit selon lequel, *Nemo ex delicto consequatur emolumentum*³.

La réhabilitation d'une telle règle permettrait au juge de prononcer une mesure de cessation de l'illicite et une sanction confiscatoire non multiple⁴, sanction normative, en dehors de toute habilitation spéciale, sur le fondement de l'article 6 du Code civil.

448. **L'article 6 du Code civil, fondement de la sanction confiscatoire et de la cessation de l'illicite.** Chaque fois qu'un profit illicite est généré par une faute, le juge aurait alors l'obligation de relever d'office la règle d'ordre public selon laquelle *Nul ne doit tirer profit de son délit*, afin de prononcer au visa de l'article 6 du Code civil, une mesure de cessation de l'illicite et une sanction confiscatoire des profits illicites.

Le prononcé de ces deux sanctions serait une expression possible de la fonction normative de la responsabilité civile. Parce qu'elles visent la faute, l'illicite,

1. Voir *supra*, n° 52.

2. Voir *supra*, n° 28.

3. Roland (H.), Boyer (L.), *Adages du droit français*, 4^e éd. Litec, 1999, p. 499, n° 254. Voir *supra*, n° 9.

4. Voir *supra* n° 310 et 311 : la sanction confiscatoire multiple considérée comme une sanction répressive doit, à ce titre, être assorti d'un champ d'application strictement défini par la loi.

et influent sur la responsabilité civile de l'auteur, ces sanctions devraient être également prononcées au visa de l'article 1240 nouveau du Code civil ou des articles 1231-1 et 1231-3 nouveau du Code civil, selon que la faute ait été commise hors cadre contractuel ou dans le cadre d'une relation contractuelle.

De telles sanctions ne seraient bien évidemment pas exclusives de toute indemnisation, le prononcé de dommages et intérêts en réparation du dommage réalisé éventuellement causé par la faute lucrative pourrait se cumuler aux deux autres, conformément à la fonction indemnitaire de la responsabilité civile.

Enfin, ces sanctions pourraient être requises par le ministère public, sur le même fondement, en usant de son droit d'agir pour la défense de l'ordre public économique¹.

2. Conséquence de l'impérativité de la règle confiscatoire sur l'office du juge et de l'arbitre

449. **L'office du juge et de l'arbitre.** En droit commun processuel, l'étendue du relevé d'office du juge est circonscrite par l'application combinée des principes dispositif² et du pouvoir de requalification du juge³. Deux conceptions de l'office du juge s'opposent. L'une soucieuse de l'efficacité du droit considère que le juge doit relever d'office les moyens de droit omis par les parties, fussent-ils mélangés de droit et de fait⁴. L'autre conception, respectueuse du devoir d'impartialité du juge, ne lui assigne qu'une faculté de relever d'office les moyens de droit sauf s'ils sont d'ordre public. Le caractère impératif de la règle confiscatoire renforcerait donc la probabilité d'application sanction confiscatoire.

L'aléa du prononcé d'une sanction confiscatoire est tout aussi présent, si ce n'est plus fort, devant l'arbitre. Contrairement au juge, l'arbitre tire son habilitation non de la loi, mais des parties. Aussi, leur compétence est-elle limitée par les parties et la loi désignée par ces dernières. Ainsi, en vertu de l'article 1511 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées ». L'alinéa 2 ajoute que l'arbitre « tient compte dans tous les cas, des usages du commerce ». La règle ainsi posée appelle deux observations. Soit la *lex contractus* prévoit l'application d'une sanction civile confiscatoire en cas de faute lucrative, à l'image de la règle française que nous avons établie, l'arbitre est alors compétent pour la prononcer. Soit c'est la *lex mercatoria* qui sanctionne le comportement litigieux particulièrement immoral d'une sanction confiscatoire. Ce sont les deux méthodes recensées par Monsieur Orscheidt, qui permettent à l'arbitre international de prononcer une *peine privée*, type dommages et intérêts punitifs⁵. Reste encore la situation dans laquelle, l'une et l'autre sont silencieuses.

1. Art. 423 C.P.C, Voir *supra*, n° 386.

2. Art. 5 C.P.C, Art. 7 C.P.C.

3. Art. 12 alinéa 2. C.P.C.

4. C'est la conception européenne : CJCE, 9 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/Ersébet Sustikné Györfi*, aff. C-243/08, pt. 35 : fait obligation au juge de relever d'office les moyens de droit omis par le consommateur.

5. Orscheidt (J.), « Dommages et intérêts punitifs dans l'arbitrage international », in « Les dommages et intérêts punitifs en droit comparé », *LPA* 20 novembre 2002 n° 232, P. 17, spéc. n° 2.

450. **Le relevé d'office du juge, entre faculté et devoir.** Si le juge ne relève pas d'office la qualification de faute lucrative d'un délit civil, le surprofit sera conservé par l'auteur de la faute dommageable. La règle confiscatoire n'aura donc produit aucun effet en dépit de son existence en droit positif.

En effet, rappelons que traditionnellement, la doctrine influencée par la pensée de Motulsky, attribue aux parties la charge des faits et au juge l'office du droit¹. Ainsi, l'allégation des faits et la détermination des prétentions sont réservées aux parties, tandis que l'application de la loi relève de l'office du juge. Or, conformément à l'alinéa 2 de l'article 12 du Code de procédure civile, le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Une telle disposition dote le juge d'un pouvoir de relever d'office des moyens de droit². Toutefois, un tel cadre juridique ne suffit pas à garantir l'application systématique de la règle confiscatoire dans un litige mettant en scène une faute lucrative. Si la formulation du dit article laisse à penser que la restitution de l'exacte qualification aux faits est un devoir qui s'impose au juge, un doute a longtemps plané en jurisprudence sur l'étendue de cet office. Au point que la doctrine s'accordait à reconnaître une distinction entre les moyens de pur droit et les moyens mêlés de fait et de droit³, les premiers étant soumis à un relevé d'office obligatoire, tandis que les seconds étant abandonnés au relevé facultatif du juge. En dépit de cette solution admise par une partie de la jurisprudence et la doctrine majoritaire, cette distinction fut abandonnée par l'arrêt de l'assemblée plénière du 21 décembre 2007 qui énonça que l'« article 12 ne lui [au juge] fait pas l'obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes [des parties] »⁴. Le pouvoir de requalification du juge se voit désormais relégué à une simple faculté, ce qui n'est pas sans créer une insécurité juridique pour les justiciables, et un risque que la règle confiscatoire ne soit pas appliquée.

Finalement, le seul moyen d'obtenir l'application systématique de la règle confiscatoire serait d'en faire une règle d'ordre public.

451. **Le devoir du juge de relever d'office des moyens d'ordre public.** L'imperativité de la règle confiscatoire renforcerait donc l'office du juge.

En effet, un moyen de droit est dit d'ordre public lorsqu'il touche à un principe essentiel du droit. Il ne dépend pas de la volonté des plaideurs d'y renon-

1. Héron (J.), Lebars (T.), *op. cit.*, n° 279, p. 227 : Cette répartition est tirée de l'adage latin dans lequel le juge dit au plaideur, *da mihi factum, tibi dabo jus*.

2. Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, Précis, 31^e éd. 2012, n° 521, p. 420 : l'auteur explique le lien entre la requalification et le relevé d'office d'un moyen de droit. « En effet, il existe un lien intime entre relevé d'office d'un moyen de droit et requalification, [...] toute opération de requalification implique le relevé d'office d'un moyen de droit [...] ».

3. *ibid.*, n° 500, p. 406 : « par moyen de droit, on entend le fondement juridique la raison tirée d'une règle de droit propre à justifier la demande ou la décision, selon celui qui l'expose. Par moyen de fait, on désigne les faits spécialement allégués par un plaideur pour fonder ou critiquer une prétention, on parle de moyen de pur droit lorsque le moyen ne prend pour fondement aucun fait et ne suppose donc l'appréciation d'aucun fait ».

4. Ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343, *Bull. ass. plén.*, n° 10.

cer et leur silence n'empêche nullement le juge, à chaque niveau, de le relever d'office. Le juge en a donc le devoir.

En droit interne, certaines dispositions précisent que le juge est tenu d'appliquer les règles d'ordre public, quand bien même leur application aurait été écartée par les parties. Le droit de l'Union européenne n'est d'ailleurs par étranger au caractère obligatoire du relevé d'office des règles d'ordre public en droit de la consommation. En droit de la consommation, le juge doit désormais relever d'office le caractère abusif d'une clause figurant dans un contrat qui lui était soumis¹. La législation française s'est en effet alignée sur la décision de la Cour de justice qui avait considéré dans un arrêt du 4 juin 2009 que le juge national était tenu de relever d'office le caractère abusif d'une clause d'un contrat de consommation².

En élisant la règle confiscatoire d'ordre public, le juge se contraindrait par la même à relever d'office la règle confiscatoire en présence d'un profit illicite causé par une faute civile. Ce qui renforcerait incontestablement la probabilité de prononcé de la sanction civile confiscatoire.

452. **Le contrôle du juge de l'application des règles d'ordre public par l'arbitre.** En principe, parce qu'il n'a pas de for, l'arbitre n'est rattaché à aucun ordre juridique et ce faisant le gardien d'aucun ordre public. Pourtant, la jurisprudence ayant admis l'arbitrabilité de domaines régis pour partie par des règles d'ordre public³, l'arbitre est amené à appliquer des règles d'ordre public.

Or, si cette habilitation ne garantit pas pour autant l'application systématique d'une règle d'ordre public par l'arbitre, le recours en annulation⁴ pourrait être un moyen de contraindre l'arbitre à appliquer la règle confiscatoire impérative⁵. Ce qui nous amène à deux questions, quelles sont les règles d'ordre public de fond, notamment, visées par ce type de contrôle et quelle est l'intensité de ce contrôle ?

Tout d'abord, l'ordre public visé est différent selon que le contrôle porte sur une sentence interne ou internationale. Dans le premier cas, l'ordre public englobe toutes les règles qui le composent, l'arbitre étant comme tout juge, tenu de dire le droit⁶. Dans le second, c'est l'ordre public international qui est visé, lequel s'entend plus strictement que l'ordre public interne. La jurisprudence a précisé que « l'ordre public international [...] s'entend de la conception française de l'ordre public, c'est-à-dire de l'ensemble des règles et des valeurs dont

1. Disposition qui figure désormais à l'Art. R. 632-1 C. conso.

2. CJCE, 4 juin 2009, Aff. 243/08, 4^e ch. .

3. CA Paris, 16 février 1989, *Almira Films C. Pierrel*, *Rev. arb.* 1991.478, note L. Idot.

4. Concernant une sentence arbitrale interne : Art. 1492 alinéa 6 C.P.C. Concernant une sentence arbitrale internationale rendue en France : Art. 1520 alinéa 5 C.P.C.

5. Si la procédure d'*exequatur* permet également au juge de contrôler le respect de l'ordre public par l'arbitre, elle nous serait d'une faible utilité pour contraindre l'arbitre à appliquer la règle confiscatoire évincée puisqu'elle a pour but de donner force exécutoire à la sentence et en obtenir *in fine* l'exécution forcée. Voir : Art. 1514 C.P.C.

6. Courdier-Cuisinier (A.-S.), Grayot-Dix (S.), « Les arbitres confrontés à la violation de l'ordre public », in *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis Litec, 2014, p. 79-97, spéc. p. 83 : « Même si le droit français de l'arbitrage ne renvoie pas à l'article 12 du code de procédure civile, personne ne conteste que l'arbitre international dispose de la *juris dictio*. [...] Il a de ce fait la faculté de soulever un moyen nouveau d'ordre public ».

l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des matières internationales »¹. Selon Messieurs Seraglini et Ortscheidt, « seules des atteintes à certaines valeurs ou politiques fondamentales du for, dont le respect s'impose même dans des situations internationales, sont ici concernées »². Nul doute que la règle confiscatoire impérative que nous avons préalablement identifiée, *Nul ne peut tirer un profit de son délit*, souscrit à une telle exigence. Nul doute également qu'une telle règle soit de force normative identique dans tous les systèmes juridiques convertis à l'économie de marché.

Concernant l'intensité du contrôle, il nous faut rappeler qu'en vertu du principe d'interdiction de la révision, le juge étatique n'a pas compétence pour juger au fond le litige porté devant l'arbitre³. Il n'est donc pas question pour le juge de réparer « un mal-jugé de l'arbitre, dont les parties ont pris le risque »⁴. Depuis l'*arrêt Thalès*⁵, la jurisprudence française adopte en outre une conception « minimaliste » du contrôle de conformité des sentences à l'ordre public. Il ne s'agit donc que d'un contrôle de surface, du manifeste, limité « aux seules apparences de conformité ou de contrariété »⁶, ou « au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée »⁷. Le juge est néanmoins autorisé à « rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant le vice en question »⁸.

Partant, si une sentence laisse subsister un profit illicite entre les mains de la partie fautive, la victime pourrait exercer un recours en annulation devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue⁹. Si les juges d'appel constatent l'existence d'un profit illicite non confisqué, ils ne pourront qu'annuler la décision invoquant la règle impérative suivant laquelle *Nul ne peut tirer profit de son délit*. Dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre une sentence arbitrale internationale, la Cour d'appel ne pourra que l'annuler, totalement ou partiellement, sans statuer au fond, le tribunal arbitral saisi de nouveau devra statuer sur la règle confiscatoire. En revanche, une Cour d'appel saisie d'un recours en annulation porté contre une sentence arbitrale interne¹⁰, pourra quant à elle statuer sur le fond et aura l'obligation d'appliquer la règle confiscatoire d'ordre public que l'arbitre a négligé.

1. CA Paris, 14 juin 2001, *Rev. arb.* 2001, p. 773, note C. Seraglini.

2. Seraglini (C.), Ortscheidt (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Monchrestien, Lextenso Éditions, 2013, n° 979, p. 888.

3. *Ibid.*, n° 14, p. 21 : Dans le cadre du contrôle du juge du recours en annulation ou de l'*exequatur*, « le juge s'interdit toute révision au fond de la sentence arbitrale, tout réexamen au fond de l'affaire tranchée par l'arbitre ». Seul le recours en révision y ouvre droit, mais ce dernier est ouvert qu'à la partie victime d'une fraude ou d'un faux au cours de la procédure. Art. 1502 C.P.C. Voir *affaire Tapie CA Paris*, 17 février 2015, *D.* 2015.1253.

4. Seraglini (C.), Ortscheidt, *op. cit.*, n° 969, p. 880.

5. CA Paris, 18 novembre 2004, *SA Thalès Air Defence c/GIE Euromissile et SA EADS France*, *Rev. arb.* 2005, p. 751.

6. Expression empruntée à : Seraglini (C.), Ortscheidt (J.), *op. cit.*, n° 982, p. 892.

7. Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2008, n° 06-15320, *SNF c/Sytec*.

8. CA Paris 1^{er} juillet 2010, *Rev. arb.* 2010, p. 857, note B. Audit : « qu'il appartient au juge de l'*exequatur* d'examiner l'ensemble des circonstances susceptibles de caractériser la fraude alléguée, sans que puisse être utilement opposé le moyen tiré de la prohibition de la révision au fond des sentences, dès lors que la contestation porte précisément sur l'altération, par les manœuvres d'une partie, de l'appréciation des faits à laquelle se sont livrés les parties ».

9. Art. 1494 et Art. 1519 C.P.C.

10. Art. 1493 C.P.C.



CONCLUSION DU TITRE II

L'effectivité de la sanction participe au caractère dissuasif de celle-ci. Le rôle des acteurs de la sanction est donc central dans ce second paramètre du régime de la faute lucrative.

Notre propos n'a pas eu pour objectif de promettre une probabilité équivalente entre la sanction publique confiscatoire et la sanction privée confiscatoire. En revanche, il avait pour mission de poser les conditions garantissant une forte probabilité de chacune, qu'elles concernent l'existence du droit d'agir ou l'exercice du droit d'agir. À ce titre, nous avons identifié et différencié les facteurs d'effectivité propres aux actions privée et publique confiscatoires dans un premier temps. L'effectivité de l'action privée confiscatoire repose principalement sur une redéfinition de l'intérêt à agir de la victime, afin de lui permettre de demander le prononcé d'une sanction extra-compensatoire ainsi que sur le regroupement des droits d'agir en cas de faute lucrative de masse. L'attribution d'une partie du profit illicite confisqué pourrait participer au financement des actions privées.

Les conditions d'effectivité de l'action publique confiscatoire concernent exclusivement l'exercice du droit d'agir. Qu'il s'agisse d'un contentieux porté devant une autorité juridictionnelle répressive ou non, la mise en œuvre de l'action publique suppose avant tout que l'autorité de poursuite soit « informée » de l'existence d'une faute lucrative. Encourager la dénonciation pour lutter contre l'opacité de certaines fautes lucratives et inciter l'autorité de poursuite, notamment le ministère public à poursuivre sont les principales lignes dégagées pour augmenter la probabilité d'action publique.

Notre réflexion nous a amenés à la conclusion suivante, finalement, la principale condition d'effectivité de la sanction confiscatoire réside dans la complémentarité des actions confiscatoires, ce qui suppose une étanchéité, un décloisonnement des contentieux générés par une faute lucrative. Si l'un est défaillant, l'autre doit pouvoir le suppléer afin d'augmenter la probabilité de la sanction confiscatoire. Ce qui explique que la victime, avec ou sans le soutien d'une association, doit continuer à déclencher l'action publique, dans les contentieux publics. De la même manière, le ministère public doit exercer son droit d'agir devant le juge civil et commercial dans les contentieux privés, en cas d'inertie de la victime.

Quant aux conditions communes d'effectivité de la sanction confiscatoire, au-delà de la nécessité de prouver la faute lucrative, condition de bien-fondé de l'action confiscatoire, nous avons mis en lumière un obstacle majeur au prononcé de ladite sanction, la transaction. Une forte probabilité de sanction confiscatoire suppose de limiter le recours à la transaction, négociation et dissuasion étant incompatibles. Et dans les cas où la transaction ne peut être empêchée (fautes lucratives les moins graves), le prononcé d'une « contrepartie confiscatoire ou restitutive » est impératif, sans quoi la faute demeurerait lucrative pour son auteur. Enfin, pour garantir l'application de la règle confiscatoire, par le juge civil (et l'arbitre) notamment, nous avons soulevé la nécessité de lui attribuer un caractère impératif.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

Dissuader un agent économique de commettre une faute lucrative revient donc à inverser le rapport du calcul bénéfice-risque, le risque doit être supérieur au bénéfice. Nous avons tenté, dans l'élaboration du régime de la faute lucrative, de transposer cette évidence élémentaire en technique juridique. Parce qu'elle fait dialoguer les sciences mathématiques avec les sciences juridiques, la doctrine économique nous a apporté de précieux éclairages, que nous avons tenté d'exploiter tout au loin de cette partie.

Le modèle mathématique de la dissuasion proposé par Gary Becker nous enseigne que les deux paramètres clés du régime de la dissuasion sont le coût et la probabilité de la sanction, ce qui nous a conduits à étudier dans un premier temps les modalités d'une sanction dissuasive et dans un second temps les conditions de sa mise en œuvre.

À travers l'étude du coût de la sanction, nous avons tenté de montrer que pour être dissuasif, non seulement ce coût devait être proportionnel au profit illicite lorsqu'il est chiffré (amende, dommages et intérêts extra-compensatoires), mais en outre il devait s'accompagner d'un coût non chiffrable matérialisé par une sanction non monétaire personnelle. Toutefois, ce coût dissuasif devait s'accompagner d'un arsenal de garanties, plus ou moins renforcé selon que la sanction dissuasive revête ou non la qualification de « sanction répressive ».

À travers l'étude du second paramètre de ce régime, la probabilité de sanction confiscatoire, nous avons mis en relief les facteurs d'effectivité et d'ineffectivité des actions privée et publique. Prenant appui sur le droit positif, nous avons identifié les mécanismes garantissant une forte probabilité de sanction, tout en les complétant, au besoin, aux particularités de la faute lucrative. Ainsi, il a par exemple été question de redéfinir le droit d'agir des victimes pour leur permettre de réclamer une sanction extra-compensatoire. En matière de sanction publique, nous avons tenté d'améliorer les mécanismes de détection, par la dénonciation, des fautes lucratives opaques, notamment en préconisant une responsabilité civile confiscatoire des demandeurs de clémence de type 1 en droit de la concurrence, etc.

En déterminant les conditions d'efficacité et d'effectivité de la sanction d'une faute lucrative, nous avons donc, à la lumière de la théorie économique, défini un régime dissuasif destiné à déjouer tout calcul bénéfice-risque des agents économiques rationnels.



CONCLUSION GÉNÉRALE

453. *Une méthodologie unique pour une notion unitaire.* Nous avons montré qu'en dépit de la diversité de visages de la faute lucrative, cette notion nouvelle n'en est pas moins unique. L'unité de la notion repose sur ce « calcul coût-avantage » préalable à la commission d'une faute lucrative, et expression de la rationalité économique des opérateurs du marché.

Pour identifier une faute lucrative à travers cette diversité de visages, nous avons identifié des caractéristiques cumulatives que nous avons qualifiées en Droit. L'ordre public est ni plus ni moins l'élément légal de la faute lucrative. Le profit illicite et le risque de dommage constituent son résultat. Quant à son élément moral, il consiste en une intention lucrative, soit en une volonté tournée vers un enrichissement illicite malgré la conscience du risque de préjudice pour autrui. Nous en avons déduit la définition suivante : *Est qualifiée de faute lucrative toute faute commise délibérément en vue d'un enrichissement illicite et au préjudice d'autrui.* Enfin, l'étude des caractéristiques de la faute lucrative et leur qualification en Droit ont mis en exergue des failles du Droit, zones d'indifférence du Droit à ce type de comportement qui expliquent l'existence et l'expansion d'un tel phénomène. Pour améliorer et adapter la réaction du Droit à la spécificité de cette faute, nous avons conclu notre première partie en proposant la consécration de la faute lucrative en Droit, comme déclinaison de la faute civile intentionnelle ou dolosive d'une part et comme circonstance aggravante baptisée le *dol lucratif*, d'autre part.

Une fois cette étape de qualification effectuée, nous avons tenté d'élaborer un régime sur mesure, palliant les failles préidentifiées. L'objectif de ce régime est celui que nous nous sommes assigné à titre liminaire, à savoir l'éradication des fautes lucratives. Le régime de la faute lucrative est donc un régime qui a pour effet de désactiver le calcul, de détourner l'agent économique d'une activité illicite et lucrative et ce faisant de l'en « dissuader ». La dissuasion est donc l'objectif du régime décrit en seconde partie. Le modèle économique de la dissuasion créé par Gary Becker et complété par ses contemporains est un argument incontournable de notre démonstration. Les paramètres du calcul que sont la probabilité de sanction et le *quantum* du profit illicite escompté sont donc utilisés pour renverser le rapport. Transposés en droit, ces paramètres renvoient tout d'abord aux modalités substantielles dissuasives, qui correspondent aux sanctions monétaire et non monétaire, publique et privée. Ces paramètres renvoient

également aux modalités procédurales dissuasives, optimisant la mise en œuvre des dites sanctions, au terme d'une action privée ou publique.

En d'autres termes, le régime de la faute lucrative est façonné à partir des paramètres du calcul coût-avantage, dans le but d'inverser le rapport.

454. ***Une dualité d'actions et de sanctions.*** La définition de l'élément légal de la faute lucrative, première étape de notre démonstration, nous a fait prendre conscience de l'universalité de cette faute. Elle peut consister en une infraction pénale ou commerciale, en un délit spécial ou civil. Aussi, le régime de la faute lucrative laisse apparaître une dualité de moyens, sans pour autant rompre l'unité de la méthodologie. Tandis que les *infractions lucratives* peuvent être combattues par les personnes publiques habilitées, la lutte contre les *fautes lucratives civiles* repose principalement sur les victimes ou personnes privées habilitées à agir pour leur compte. La dualité d'actions confiscatoires qui en découle suppose une dualité de sanctions, les sanctions pouvant être mises en œuvre par des victimes différent de celles pouvant être mises en œuvre par des personnes publiques. Inévitablement, l'action publique confiscatoire se heurte à des obstacles et à des contraintes affaiblissant la probabilité de la sanction confiscatoire. Parmi elles, nous citerons principalement les contraintes liées aux garanties de la sanction publique, l'amende confiscatoire dissuasive doit souscrire aux exigences de toute peine et notamment à celle du principe de légalité des délits et des peines. Or, une telle contrainte juridique s'avère incompatible avec l'universalité de la faute lucrative.

Aussi l'action privée confiscatoire est appelée à pallier la carence de l'action publique afin que le profit illicite d'une faute, fût-elle constitutive par ailleurs d'une infraction ou d'un délit spécial assorti d'une sanction publique (contrefaçon, pratique restrictive de concurrence), soit effectivement confisqué.

455. ***Une solution simple et opérationnelle pour une faute expansionniste.*** Pour qu'une telle action privée permette à elle seule de tarir les différents contentieux de la faute lucrative, nous avons mis un point d'honneur à élire une solution universelle et opérationnelle.

L'universalité de la solution tient tout d'abord à l'assimilation de la faute lucrative civile à la faute intentionnelle ou dolosive. Nul besoin d'un nouveau texte, le juge peut de lui-même, comme il l'a fait par le passé lorsqu'il a identifié ce comportement nouveau de faute lucrative, reconnaître une faute lucrative au visa de l'article 1240 nouveau du Code civil dans un contentieux de concurrence déloyale, de violation du droit au respect de la vie privée, etc. ou au visa de l'article 1231-3 nouveau du code précité dans un contentieux de violation efficace du contrat.

Cette assimilation de la faute lucrative à la faute qualifiée entraîne naturellement l'aggravation de la responsabilité civile du responsable. Or, plutôt que de dévoyer la fonction indemnitaire de la responsabilité civile à des fins confiscatoires et au mépris du principe de réparation intégrale, nous avons proposé de solliciter la fonction normative, si souvent oubliée. Le rétablissement de l'ordre public suppose de faire cesser l'illicite d'une part et de retirer le profit illicite des mains du responsable d'autre part. Ces mesures, parce qu'elles poursuivent

un objectif normatif, de rétablissement de l'ordre public et non de punition de l'auteur, et ne présentent aucun signe de sévérité, échappent à la qualification de faute répressive et aux exigences y afférentes. Pourtant, de telles sanctions peuvent satisfaire l'objectif de dissuasion, car si l'existence d'une telle sanction permet de confisquer tout profit illicite et que de surcroît la probabilité d'une telle sanction est forte (comme l'est celle d'une action en responsabilité civile), l'espoir de gain illicite de l'agent économique est ruiné. Et l'avantage escompté de la faute deviendra inférieur à son coût. En d'autres termes, une sanction simplement normative suffit à être dissuasive, au sens de la doctrine économique.

Nous concluons cette étude consacrée à la faute lucrative, sur une proposition d'attendu de principe adressée au juge civil, au juge consulaire ainsi qu'au juge pénal statuant sur les intérêts civils d'une infraction, qui à nos yeux suffirait à résoudre le problème de la faute lucrative à court terme et à tarir le contentieux des fautes lucratives à long terme :

PROPOSITION D'ATTENDU DE PRINCIPE

Vu les articles 6 et 1240 du Code civil,

Vu les articles 6 et 1231-3 du Code civil,

« Attendu qu'une faute commise délibérément en vue d'un gain et au préjudice d'autrui, constitue une faute lucrative, que le profit retiré d'une violation de l'ordre public est nécessairement illicite et indu alors que *Nul ne doit tirer profit de son délit*, que par conséquent, le rétablissement de l'ordre public suppose le prononcé de la cessation de l'illicite et celui de la confiscation du profit illicite, et ce indépendamment de l'indemnisation des préjudices causés par ladite faute ».



Propositions de thèse

§ 1 - EN DROIT PÉNAL

- Créer une nouvelle circonstance aggravante, le *dol lucratif*.

Article 132-76 nouveau du Code pénal.

Alinéa 1^{er} « Le *dol lucratif* consiste dans le fait de commettre une infraction à raison d'une perspective de gain illicite en connaissant le risque pour autrui ».

Alinéa 2 « Chaque fois qu'une infraction procure un gain illicite à son auteur, la peine d'amende pourra être portée jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé par la personne physique ou à 10 % du chiffre d'affaires mondial de la personne morale, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit ».

- Créer une nouvelle exception à la confusion des peines.

Article 132-4 bis du Code pénal, « En cas d'infraction de masse ou de *dol lucratif*, le tribunal peut décider, dans un but de dissuasion, que les peines prononcées pour les infractions en concours ne se confondront pas entre elles ».

§ 2 - EN DROIT DE LA CONCURRENCE

- Créer une nouvelle circonstance aggravante, le *dol lucratif*.

Point 46 alinéa 4 du *Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*: « Les circonstances aggravantes en considération desquelles l'Autorité peut augmenter le montant de base de la sanction pécuniaire, pour une entreprise ou un organisme peuvent notamment tenir au fait que, 4° *l'entreprise ou l'organisme a commis l'infraction en ayant conscience de son caractère illicite et dans le but de réaliser un surprofit* ».

- Réécrire l'article L. 420-6 du Code de commerce.

« Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne physique, de participer intentionnellement de manière directe ou indirecte à une des pratiques visées à l'article L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2 non justifiable au sens de l'article L. 420-4 ».

- **Instituer une communication systématique entre Autorité de la concurrence et juge pénal.**

À l'instar de l'article L. 621-20-1 du Code monétaire et financier en matière d'abus de marché, pour permettre la sanction des personnes physiques ayant participé à la commission d'une pratique anticoncurrentielle.

§ 3 - EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

1^{re} hypothèse : l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile n'est pas adopté :

- **Assimiler la faute lucrative à une faute intentionnelle ou dolosive.**

Consacrer en jurisprudence, la faute lucrative, au visa des articles 1231-3 ou 1240 du Code civil.

Proposition de définition de la faute lucrative : « Est qualifiée de faute lucrative, toute faute commise délibérément en vue d'un gain illicite et au préjudice d'autrui ».

Consacrer la sanction confiscatoire au visa de l'article 6 du Code civil¹.

- **Créer une sanction confiscatoire multiple privée.**

Article 1240-1 alinéa 1 du Code civil « Lorsqu'une faute est commise délibérément en vue d'un gain illicite et au préjudice d'autrui, soit une faute lucrative, son auteur doit être condamné à une sanction confiscatoire, dont le montant ne pourra dépasser trois fois celui du profit illicite ou celui du dommage et qui sera versée pour tout ou partie à la victime ou au Trésor public ».

- **Créer une sanction confiscatoire multiple publique**

Article 1240-1 alinéa 2 du Code civil « En cas de faute lucrative, le ministère public peut réclamer le prononcé d'une amende civile dont le montant ne pourra dépasser trois fois le profit illicite ou 5 % du chiffre d'affaires et le prononcé de mesures d'interdiction prévues à l'article L. 470-1 alinéa 2 nouveau du Code de commerce »².

2^e hypothèse : l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile est adopté et validé par le Conseil constitutionnel :

- **Consacrer le *dol contractuel lucratif* en jurisprudence au visa des articles 1231-3, 1217 et 1266-1 du Code civil à travers un attendu de principe comme suit³ :**

« Attendu que l'inexécution du contrat commise délibérément par son auteur et en vue d'un gain constitue une faute lucrative ; que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté peut demander la confiscation du profit retiré par le cocontractant défaillant, en plus des sanctions compatibles ».

1. Voir *supra* n° 448.

2. Voir *supra* n° 387

3. Sur cette proposition, voir : Fournier-de Crouy (N.), « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », *op. cit.*, spéc. n°5.

Et dans les deux cas :

- **Réécrire l'article L. 113-1 alinéa 2 du Code des assurances pour exclure la sanction confiscatoire de toute couverture assurantielle**
« Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes, dommages et restitutions [au lieu de pertes et dommages] provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ».
- **Créer une mesure d'interdiction professionnelle en cas de délit civil lucratif**
Article L. 490-2 alinéa 2 nouveau « La juridiction peut également condamner le dirigeant ou l'auteur d'un acte de concurrence déloyale ou de parasitisme, ou d'une violation d'une disposition du présent livre, à une interdiction professionnelle, civile ou commerciale, dans les termes de l'article L. 653-2 du présent code ».

§ 4 - EN DROIT JUDICIAIRE

- **Proposition générale :**
Créer une « contrepartie restitutive » en cas de transaction portant sur les conséquences d'une faute lucrative, sur le fondement des articles 41-1-1, II du Code de procédure pénale, L. 464-2, III du Code de commerce et 2044 du Code civil.
 - a. *Propositions propres à la procédure pénale*
 - **Pour une extension du recours aux récompenses**
Pour une réécriture de l'article 132-78 alinéa 2 du Code pénal : « Dans les cas prévus par la loi, et en cas de *dol lucratif*, la durée de la peine privative de liberté encourue par une personne ayant commis un crime ou un délit, est réduite si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou complices ».
 - b. *Propositions propres à la procédure civile*
 - **Ajout d'un cinquième alinéa à l'article L. 623-9 du Code de la consommation.**
Selon lequel « En cas de faute lucrative, l'adhésion au groupe n'est pas nécessaire pour constituer ledit groupe ».
 - **Admettre la recevabilité d'une action à fin de sanction confiscatoire du profit illicite.**
Sur le fondement de l'article 31 du Code de procédure civile.
 - **Admettre systématiquement la recevabilité des actions exercées par des d'associations de professionnels (TPE-PME).**
Dès lors que les intérêts collectifs au nom desquels elles agissent entrent dans leur objet social.

- **Attribuer une partie du profit illicite confisqué au demandeur (mode de financement de l'action privée confiscatoire).**

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS

- Audit (B.), Avout (L. d'~), *Droit international privé*, Economica, 7^e éd. 2013.
- Aynès (L.), Malaurie (P.), *Les personnes*, LGDJ, coll. Droit civil, 7^e éd. 2014.
- Bacache-Gibeili (M.), *Les obligations, la responsabilité civile extra-contractuelle*, Economica, 3^e éd. 2016.
- Beccaria (C.), *Des délits et des peines*, Flammarion, coll. GF, 1766, rééd. 2006.
- Bentham (J.), *Théorie des peines et des récompenses*, in *Oeuvres de J. Bentham*, T. 2, Bruxelles, Louis Hauman et compagnie, 1829.
- Bonneau (T.), Drummond (F.), *Droit des marchés financiers*, Economica, 3^e éd. 2010.
- Boulloc (B.), *Droit pénal général*, Dalloz, Précis, 25^e éd. 2017.
- Boutard-Labarde (M.-C.), Canivet (G.), Claudel (E.), Michel-Amsellem (V.), Vialens (J.), *L'application du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008.
- Cadieu (L.), Jeulard (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 10^e éd. 2017.
- Capitant (H.), Terré (F.), Lequette (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, T. 2, Dalloz, 12^e éd. 2008.
- Carbonnier (J.), *Droit civil - Les biens, Les obligations*, vol. 2, PUF, Coll. Quadrige Manuel, 1^{re} éd. 2004.
- Cornu (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 10^e éd. 2014.
- Couret (A.), Le Nabasque (H.), Coquelet (M.-L.), Granier (T.), Porrachia (D.), Raynouard (A.), Reygrobellet (A.), Robine (D.), *Droit financier*, Dalloz, Précis, 2^e éd. 2012.
- Decocq (A.), *Droit pénal général*, A. Colin, collection U, 1971.
- Desportes (F.), Le Guehec (F.), *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd. 2009.
- Desportes (F.), Lazerges-Cousquer (L.), *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e éd. 2016.
- Didier (P.), *Droit commercial, Le marché financier - Les groupes de sociétés*, T. 3, PUF, 1993.
- Didier (P.), Didier (Ph.), *Droit commercial*, T. 1, Economica, 2005.
- Dreyer (E.), *Droit pénal général*, LexisNexis, 4^e éd. 2016.
- Fabre-Magnan (M.), *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, T. 1, PUF, 4^e éd. 2016.
- *Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats*, T. 2, PUF, 3^e éd. 2013.
- Flour (J.), Aubert (J.-L.), Savaux (E.), *Droit civil. Les obligations, Le fait juridique*, T. 2, Sirey, Dalloz, 14^e éd. 2011.
- Frison-Roche (M.-A.), Payet (M.-S.), *Le droit de la concurrence*, Dalloz, Coll. Précis, 1^{re} éd. 2006.
- Ghestin (J.), Loiseau (G.), Serinet (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat, Le contrat - Le consentement*, T. 1, LGDJ, 4^e éd. 2013.
- *Traité de droit civil, La formation du contrat. L'objet et la cause - Les nullités*. T. 2, LGDJ, 4^e éd., 2013.
- Guinchard (S.), *Droit et pratique de la procédure civile : droit interne et européen*, Dalloz action, 9^e éd. 2016.
- *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Précis, 9^e éd. 2017.
- Guinchard (S.), Chainais (C.), Ferrand (F.), *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, Précis, 32^e éd. 2016.
- Héron (J.), Le Bars (T.), *Droit judiciaire privé*, Domat, Monchrestien, 5^e éd. 2012.
- Larroumet (C.), *Droit civil Les obligations, Le contrat, Effets*, T. 3, vol. 2, Economica, 6^e éd. 2007.
- Lepage (A.), Maître du Chambon (P.), Salomon (R.), *Droit pénal des affaires*, Litec, LexisNexis, 3^e éd. 2013.
- Le Tourneau (P.), (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz action, 11^e éd., 2018-2019.
- Levy (J.-P.), Castaldo (A.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, Précis, 2^e éd. 2010.
- Lucas de Leyssac (C.), Parléani (G.), *Droit du marché*, PUF, Coll. Thémis 2002.
- Malaurie (P.), Aynès (L.), Gautier (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 9^e éd. 2017.
- Malaurie (P.), Stoffel-Munck (P.), Aynès (L.), *Droit des obligations*, Defrénois-Lextenso, 9^e éd. 2017.

- Malaurie-Vignal (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz, Sirey, 7^e éd. 2017.
- Mazeaud (H.), Mazeaud (L.), Mazeaud (J.), Chabas (F.), *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, T. 1, v. 1, Montchrestien, 11^e éd. 1996.
- *Leçons de droit civil, obligations, théorie générale*, T. 2, vol. 1, Montchrestien, 9^e éd. 1998.
- Mazeaud (H.), Mazeaud (L.), Tunc (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. 3, Montchrestien, 5^e éd. 1960.
- Mazeaud (H.), Mazeaud (J.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. 2, Montchrestien, 6^e éd.
- Merle (R.), Vitu (A.), *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, T. 1, Éd. Cujas, 7^e éd. 1997.
- Pédamon (M.), Kenfack (H.), *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce*, Précis Dalloz, 3^e éd. 2011.
- Petit (N.), *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, Précis Domat, 2013.
- Pollaud-Dulian (F.), *La propriété industrielle, propriété intellectuelle*, Economica, 2010.
- Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil, Obligations, contrats, sûretés réelles*, T. 2, LGDJ, 1947.
- Pradel (J.), *Procédure pénale*, Éd. Cujas, 19^e éd. 2017.
- *Droit pénal comparé*, Dalloz, Précis Droit Privé, 4^e éd. 2016.
- Prieto (C.), Bosco (D.), *Droit européen du droit de la concurrence*, Bruylant, 2013.
- Rassat (M.-L.), *Droit pénal général*, Ellipses, 2^e éd. 2006.
- Rebut (D.), *Droit pénal international*, Dalloz, Précis, 2^e éd. 2014.
- Ripert (G.), Roblot (R.), Vogel (L.), *Traité de droit des affaires, Du droit commercial au droit économique*, T. 1, vol. 1, LGDJ, 19^e éd. 2010.
- Robert (J.-H.), *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^e éd. 2005.
- Robert (J.-H.), Matsopoulou (H.), *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 1^{er} éd. 2004.
- Starck (B.), Roland (H.), Boyer (L.), *Droit civil, les obligations, Le contrat*, T. 2, Litec, 6^e éd. 1998.
- *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, Litec, 9^e éd. 2017.
- Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Coll. Précis, 11^e éd. 2013.
- Truchet (D.), *Droit administratif*, Thémis, PUF, 7^e éd. 2017.
- Viney (G.), *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd. 2008.
- Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd. 2013.
- Viney (G.), Jourdain (P.), Carval (S.), *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd. 2017.
- Vogel (L.), *Droit de la concurrence européen et français, Traité de droit économique*, T. 1, Law Lex, 2012.

II. OUVRAGES SPÉCIALISÉS, THÈSES, MONOGRAPHIES

- Amaro (R.), *Les actions privées dans le contentieux des pratiques anticoncurrentielles, Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruylant, 2014.
- Behar-Touchais (M.), Rochfeld (J.) Guillenchmidt-Guignot (A.), (dir.) avec la collaboration de Fournier (A.) *Les jeux en ligne en France et en Europe, Quelles réformes trois ans après l'ouverture du marché ?*, coll. TEE, vol. 7, mars 2013.
- Beitone (A.), Cazorla (A.), Dollo (C.), Draï (A.-M.), *Dictionnaire de science économique*, A. Colin, 3^e éd. 2010.
- Beitone (A.), Buisson (E.), Dollo (C.), *Économie*, Dalloz, Coll. Aide mémoire, 2009.
- Bernardeau (L.), *Les amendes en droit de la concurrence. Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, Larcier, Précis, 2013.
- Bloch (C.), *La cessation de l'illicite, recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extra-contractuelle*, Dalloz, coll. thèses, 2008.
- Bonis-Garçon (É.), Peltier (V.), *Droit de la peine*, Litec, LexisNexis, 2^e éd. 2015.
- Bouchon (F.), *L'évaluation des préjudices subis par les entreprises*, Litec, avril 2002.
- Bonfils (P.), *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM, 2000.
- Bourdon (W.), *Face aux crimes du marché, quelles armes juridiques pour les citoyens ?*, La découverte, 2010.
- Carbonnier (J.), *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2^e éd. 2004.
- Carval (S.), *La responsabilité dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1995.
- Choné (A.-S.), *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2010.
- Cedras (J.), *La justice pénale aux États-Unis*, coll. Le point sur, PUAM, 2^e éd. 2005.
- Combe (E.), *La politique de la concurrence*, La découverte, Coll. Repères, 2008.
- Coutant-Lapalus (C.), *Le principe de réparation intégrale au droit privé*, PUAM, 2002.
- Descamps (O.), *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, thèse Paris, 2005.
- Fabre-Magnan (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992.
- Farjat (G.), *L'ordre public économique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1963.
- *Pour un droit économique*, PUF, 2004.

- Fenouillet (D.), Labarthe (F.), (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, coll. Études juridiques, 2002.
- Frison-Roche (M.-A.), *Les 100 mots de la régulation*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2011.
- Frison-Roche (M.-A.), Bonfils (S.), *Les grandes questions du droit économique, Introduction et documents*, PUF, coll. Quadrige, 1^{re} éd. 2005.
- Généreux (J.), *Introduction à l'analyse économique*, Point Seuil, Paris, 2001.
- Guégan-Lécuyer (A.), *Les dommages de masse et la responsabilité civile*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2006.
- Grare-Didier (C.), *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005.
- Grynbaum (L.), Le Goffic (C.), Morlet-Haidara (L.), *Droit des activités numériques*, Dalloz, Précis, 1^{re} éd. 2014.
- Huguenev (L.), *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, 1904.
- Jacobet de Nombel (C.), *Théorie générale des circonstances aggravantes*, thèse, Dalloz, 2006.
- Jacquemin (Z.), *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais*, Thèse Paris II, 2015.
- Japiot (J.), *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse Dijon, 1909.
- Jault (A.), *La notion de peine privée*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2005.
- Kirat (T.), *Économie du droit, La découverte*, 2^e éd. 2012.
- Laithier (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004.
- Leloutre (E.), *Du rôle du ministère public, partie principale en matière civile en tant que défenseur des intérêts particuliers*, thèse Caen, 1904.
- Le Tourneau (P.), *Éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz, 2000.
- Lianos (I.), *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique du droit*, Thèse, Bruylant, 2007.
- Mackaay (E.), Rousseau (S.), *L'analyse économique du droit*, Dalloz, éd. Thémis, 2^e éd. 2008.
- Maréchal (J.-Y.), *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, Coll. Logiques Juridiques, 2003.
- Mazeaud (D.), *La notion de clause pénale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992.
- Mekki (M.), *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2004.
- Mésa (R.), *Les fautes lucratives en droit privé*, thèse, 2006.
- Ogus (A.), Faure (M.), *Économie du droit, le cas français*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2002.
- Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Coll. « Voix de la cité », Éd. Confluences, 1999.
- Posner (R. A.), *Economic analysis of Law*, éd. Aspen, 8^e éd. 2011.
- Pradel (J.), *Histoire des doctrines pénales*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1991.
- Rabany (G.), *La criminalité d'affaire*, thèse Aix-Marseille III, 1999.
- Rabut (A.), *De la notion de faute en droit privé*, thèse Paris, 1946.
- Ravanas (J.), La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1978.
- Ripert (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd. 1949.
- Ripert (G.), *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, LGDJ, 2^e éd. 1995.
- Roda (J.C.), *La clémence en droit de la concurrence. Étude comparative des droits américain et européen*, PUAM, 2008.
- Roland (H.), Boyer (L.), *Adages du droit français*, 4^e éd. Litec, 1999.
- Roubier (P.), *Le droit de propriété industrielle*, T. 2, Paris, Sirey, 1952.
- Roujou de Boubée (M.-E.), *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1974.
- Royer (G.), *L'analyse économique et le droit criminel*, Le Manuscrit, 2005.
- *L'efficacité en droit pénal économique. Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, LGDJ, Droit et Économie, 2009.
- Sichel (L.), *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, thèse Paris I, 2012.
- Smith (A.), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, trad. coordonnée par Jaudel (P.), Livre IV, Economica, 2005.
- Starck (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947.
- Stasiak (F.), *Droit pénal des affaires*, LGDJ, 2^e éd. 2009.
- Stoll (H.), *Consequence of liability remedies*, vol. XI, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1972.
- Thibault (F.), *La proportionnalité des sanctions prononcées par les autorités de concurrence française et communautaires*, PUAM, 2001.
- Viney (G.), *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965.
- Vogel (L.), *Du droit commercial au droit économique*, LGDJ, 19^e éd. 2010.
- *Droit la concurrence européen et français, Traité économique*, T. 1, LawLex, 2012.

III. COLLOQUES, OUVRAGES COLLECTIFS

- Blaise (J.-B.), Jenny (F.), Vogel (L.), Vogel (J.), « Les sanctions du droit de la concurrence », colloque, Paris, *Concurrences* n° 1/2013.
- Chainais (C.), Lazslo-Fenouillet (D.), Guerlin (G.), (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2 *La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, Mission Droit et justice, 2013.
- Behar-Touchais (M.), (dir.), « Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ? », *LPA* 20 novembre 2002 n° 232, p. 8 et s.
- (dir.), *La dénonciation en droit privé*, coll. Études juridiques, Economica, 2010.
- Canivet (G.), (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, Droit et Économie, 2006.
- Cot (M.), Idot (L.), Parléani (G.), « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences*, n° 1/2008.
- Cottin (M.), (dir.), *Le parquet en matière civile, sociale et commerciale, Recensement des textes et étude empirique des activités non pénales du parquet*, CERCRID, 2011.
- Deffains (B.), (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, (coll), PUF, éd. Cujas, 2002.
- Dreyer (E.), Fourment (F.), (dir.), « Le profit tiré de l'infraction », Édition spécialisée « Droit pénal et procédure pénale », *Gaz. Pal.* 11 et 11 mai 2015, n° 131-133, p. 5-28.
- Malabat (V.), De Lamy (B.), Giacomelli (M.) (dir.), *Droit pénal, le temps des réformes*, LexisNexis, Litec, Colloques et débats, 2011.
- *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009.
- Masson (A.), (dir.), *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Larcier, 2013.
- Picod (Y.), (dir.), *Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006.
- Redor (M.-J.) (dir.), *L'ordre public, ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, Coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2000.
- Revet (T.) (dir.), *L'ordre public au XX^e siècle*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1996.
- « Droit de la concurrence et analyse économique », colloque, *Le concurrentialiste, Revue d'actualité du droit économique*, mai 2013, en ligne [leconcurrentialiste.com]
- Terré (F.), (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009.
- *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2011.

IV. ARTICLES

- Allix (D.), « De la proportionnalité des peines », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer, L'Honnête Homme et le droit*, LGDJ, 2001, p. 1-9.
- Amand (F.), « Les pouvoirs de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, de la Commission d'examen des pratiques commerciales et du juge spécialisé », Dalloz, Dossier Actualité des pratiques restrictives de concurrence, in Fourgoux (J.-L.), Huertas (M.-H.), Amand (F.), *Dossier de la Matinale Dalloz* du 24 mars 2010 sur les pratiques restrictives de concurrence, publié le 30 juillet 2010.
- Auguet (Y.), « L'équilibre, finalité du droit de la concurrence », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 29-58.
- Auroy (N.), « La protection du dénonciateur dans l'alerte professionnelle », in *La dénonciation en droit privé*, Behar-Touchais (M.), (dir.), Economica, 2010, p.124-135.
- Azar-Baud (M.-J.), « Variations autour du régime de l'action de groupe ; Note sous Décret n° 2017-888 du 6 mai 2017, décret relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance des droits prévues aux titres V et VI de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *Journal officiel* n° 0109 du 10 mai 2017, texte numéro 110 », *JCPE* 2017, n° 27, p. 37-42.
- « Droits, préjudices et prétention processuelle dans les actions de groupe », *JCPE* 2017, n° 26, p. 24-29.
- Azzi (T.), « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *D.* 2008, p.700.
- Bacache (M.), « L'action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.* 2014.450.
- « Risque grave pour la santé - Protection du lanceur d'alerte - Déontologie de l'expertise - Commission », *RTD. civ.* 2013.689.
- Ballot (T.), « Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale », *RSC* 2013.321.
- Bandrac (M.), « À propos de l'action exercée par le Ministre de l'Économie (art. L. 442-6, III, c. com.). Quelques observations de l'ordre de la tératologie juridique », *D.* 2008, p.3048.
- Barthe (E.), « Les faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles », *JCL conc.conso.* fasc. 320, 2012.
- Becker (G.-S.), « Crime and punishment, an Economic Approach », *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968, p.169.
- Behar-Touchais (M.) (dir.), « L'amende civile est elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », in *Faut-il moraliser le droit de la réparation ?*, *LPA* 20 novembre 2002 n° 232, p. 36.

- Behar-Touchais (M.), *Rapport français*, in *la Concurrence Journées marocaines, Travaux de l'Association Henri Capitant*, 2006, p.355.
- « À la recherche d'une plus grande effectivité dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence », *RLC* 2005/2, p.39-42
 - « La reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires et la règle « *non bis in idem* » », in *Travaux du comité français, droit international privé*, Éditions Pedone, années 2004-2006, p. 165-188.
 - « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC* 2009, n° 1, p. 202.
 - « Présentation des rapports industrie-commerce dans la loi LME du 4 août 2008 », in *Les pratiques restrictives et la loi de modernisation de l'économie*, colloque organisé par l'AFEC, *Concurrences* n° 3-2009, p. 3-8.
 - « L'amende civile serait répressive, mais échapperait aux règles protectrices du droit pénal pour la cour d'appel de Nîmes », *RDC* 2010, p. 1331.
 - « Éviction des règles protectrices du droit pénal en cas de condamnation à une amende civile », *Concurrences* n° 3-2010, p. 22.
 - « L'article 6 du *Règlement Rome II* et les pratiques restrictives de concurrence internationale », *RLC* 2010/22, p.31-35.
 - « Projet de loi Hamon, le droit des pratiques restrictives de concurrence est-il en passe de devenir du droit administratif ? », *Concurrences* 2013/4, p. 5.
 - « La Nouvelle-Calédonie au cœur de la concurrence, De l'urgence concurrentielle au traitement de choc », *Concurrences* 2014/1, p. 43-52.
- Behar-Touchais (M.), Amaro (R.), « Réponse présentée par Trans europ expert au Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales pratiquées dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire inter entreprises en Europe », 25 avril 2013.
- « À propos du Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales pratiquées dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire inter entreprises en Europe (réponse du réseau Trans Europe Expert) », *RLC* 2013/36, p. 35-52.
- Behar-Touchais (M.), Ferrier (D.), « Les pratiques restrictives de concurrence », *JCPE Cahiers du droit de l'entreprise* 2001, n° 4, p. 18.
- Bekaert (H.), « La mission du ministère public en droit privé », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, II, 1963, Bruylant, p. 419.
- Belot (F.), « L'évaluation du préjudice économique », *D.* 2007, p. 1681.
- « L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante », *D.* 2008, p. 1569.
- Bernardi (A.), « L'amende dans une perspective européenne », in *Quelques aspects actuels des sciences criminelles, Travaux de l'Institut des sciences criminelles*, Poitiers, 1990, vol. X, p. 5-29.
- Bialès (C.), « Point de vue économique sur la concurrence », in « L'analyse économique et le droit de la concurrence », *Le concurrentialiste*, en ligne [<http://www.leconcurrentialiste.com>].
- Bigot (R.), « La faute intentionnelle ou le phœnix de l'assurance de responsabilité civile professionnelle », *Rev. Lamy droit civil*, 2009, p.59.
- Bigot (J.), « Rapport de synthèse, L'aléa et le contrat d'assurance », *Resp. civ et ass.* 2014, n° 3, dossier 11.
- Bigot (R.), Pelissier (A.), Mayaux (L.), « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire, le passé, le présent et l'avenir. », *Rev. générale du droit des assurances*, 03 février 2015 n° 2, p. 75.
- Blaise (J.-B.), « La sanction pénale » in *Les sanctions du droit de la concurrence*, *Concurrences* 2013/1, p. 23 et s.
- Blaise (J.-B.), « La sanction pénale », *JCPE* 2013, n° 12, p.1170.
- Blanc (D.), « La dépénalisation du droit de la concurrence n'est pas la solution », *AJ Pénal* 2008, p.69.
- Blanchot (A.), « Les pratiques civiles et leurs sanctions dans le cadre de l'application de l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », *Revue de la concurrence et de la consommation*, mai-juin 2000, n° 115, p.12.
- Blanchot (M.), « La collaboration du Parquet et des juges consulaires pour l'application de l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} déc 1986 », *Rev. conc. conso.* 1989, n° 48, p. 3.
- Bonfils (P.), « La participation de la victime au procès pénal, une action innommée », in *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Éditions Cujas 2006, p.179.
- Bonis-Garçon (E.), « Plainte et dénonciation », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2013
- Boskovic (O.), « Les dommages et intérêts en droit international privé. Ne pas manquer une occasion de progrès », *JCP G.* 2006, n° 31, I 163.
- Buloc (B.), « La sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles par la voie pénale », *LPA* 2005, n° 14, p. 11-16.
- Bouscant (R.), « La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen », *Rev. trim. droit européen* 2000, n° 1, p. 67-99.
- Boutard-Labarde (M.-C.), « Principe de proportionnalité et fixation des amendes en droit de la concurrence », *LPA* 30 sept. 1998, p. 44.

- Bouthimon-Dumas (H.), « Quel remède au désintérêt économique à agir, l'action de groupe ou les dommages et intérêts punitifs ? », in « Les recours collectifs, quels enjeux stratégiques et économiques ? », *RLDC* 2011, n° 28, p. 151.
- Boy (L.), « Le droit de la concurrence, régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence », *JCP* 2004, I, p. 166.
- Boy (L.), « Réflexions sur le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 3031.
- Braut (D.), « Du sous emploi des remèdes structurels dans l'application des règles de concurrence », *RLDC* 2001, n° 44, p. 5.
- Bryant (P. G.) Eckard (E. W.), « Price-fixing, the probability of getting caught », *The Review of Economics and Statistics*, 1991, p. 531-536.
- Brousseau (E.), « Sanction adéquate en matière contractuelle, une analyse économique », *LPA* 2005, n° 99, p. 43.
- Binctin (N.), « Contrefaçon de brevet », *JCL droit pénal des affaires*, fasc. 10, 2014.
- Calais-Auloy (J.), « Concurrence déloyale et protection des consommateurs », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 59.
- Camous (E.), « La confiscation en valeur. Une peine en devenir », *Revue de droit pénal* 2017/7-8, n°5, p.10-13.
- Canivet (G.), « L'histoire sans fin des lois éphémères », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 69.
- « Rapport introductif des travaux de la commission Canivet à la loi Dutreil du 2 août 2005 », in *Le nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence*, coll. Picod (Y.), (dir.), Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2006, p. 1.
- Canivet (G.), Champalaune (C.), « Le comportement du consommateur dans la définition du marché », in *Études de droit de la consommation*, Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 227.
- Canivet (G.), Vogel (L.), « Le dommage à l'économie, critère d'évaluation de l'amende en droit français de la concurrence », *RJDA* 1993, chron, p. 599.
- Caron (C.), « La contrefaçon nouvelle est arrivée », *Com.com électr.* décembre 2007, n° 12, repère 11.
- Caron (D.), « Risques causés à autrui », *JCL pén. code*, art. 223-1 et 223-2, Fasc. 20.
- Carval (S.), « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », *RDC* 2006, n° 3, p. 822.
- « La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité, le point de vue d'un civiliste », *Concurrences* 2014/2, p. 52-59.
 - « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels », *D.* 2015.1290.
- Casaroli (G.), « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant et le système italien », *Rev.science crim.* 1990, p. 707.
- Céré (J.-P.), « Peines (nature et prononcé) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2014.
- Chagny (M.), « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP* juin 2006, n° 25, I. 149.
- « La prime à la dénonciation (clémence et repentis) », in *La dénonciation en droit privé*, Behar-Touchais (M.) (dir.), Economica, 2010, p. 137.
 - « Projet de loi, L'Assemblée nationale introduit en première lecture, des dispositions apportant plusieurs changements au droit des pratiques restrictives de concurrence », *Concurrences* 2015/2, p. 116-117.
- Chagny (M.), Gentin (F.), « Le juge du commerce, juge naturel des contentieux de la concurrence », Entretien, *Concurrences* 2014/4, en ligne.
- Chainais (C.), Fenouillet (D.) (dir.), « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique, Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1 *La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, Mission Droit et Justice, 2012, p. XI.
- Chainais (C.), Guerlin (G.), « La motivation des sanctions prononcées en justice, entre transparence et soupçon », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2 *La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, Mission Droit et Justice, 2012, p. XX et s.
- Champaud (C.), « Régulation et droit économique », *RIDE* 2002, n° 1, p.23 et s.
- Champalaune (C.), « Le contrôle de la proportionnalité de la sanction par la Cour de cassation », in *La modernisation du droit de la concurrence*, colloque G. Canivet (dir.), LGDJ 2006, p.377.
- Charles (H.), « Peut-on parler d'une conception républicaine du droit économique français ? », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?*, Éd. Frison-Roche, 1999, p. 112.
- Chevallier (J.), « Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés », *Justice et économie* 1995, n° 1, p. 81-90.
- Choné-Grimaldi (A.-S.), Raschel (L.), « Le décret relatif à l'action de groupe, entre espoir et inquiétude », *Resp. civ. et ass.* 2014, n° 11, étude 9.
- « L'action de groupe à la française, tout vient à point à qui sait attendre ! », *Resp. civ. et ass.* n° 5, Mai 2014, étude 4.
- Chopin (F.), « La cybercriminalité », *Rep. Dr. Pénal*, Dalloz, 2013, n° 237.

- Cimamonti (S.), « L'ordre public et le droit pénal », in *L'ordre public au XX^e siècle*, T. Revet (dir.), Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1996, p. 89-104.
- Claudé (E.), « Mutations récentes du droit de la concurrence », *RTD com.* 2000, p. 877.
- Cohen (D.), « Le chef d'entreprise est-il un délinquant ordinaire », in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique* (dir. M.-A. Frison-Roche), Dalloz Coll. Thèmes et commentaires, 1997, p. 71 et s.
- Combe (E.), « À la recherche de la sanction optimale », in « L'Efficacité des sanctions contre les cartels, une perspective économique », *Concurrences* 2006/4, p. 2-11.
- « Dommage à l'économie et sanction pécuniaire, une introduction économique », in « L'évaluation des dommages en matière de sanction de pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences* 2010/4, en ligne.
 - « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *RIDE* 2006/1, p. 9.
- Combe (E.), Monnier (C.), « Le calcul de l'amende en matière de cartel, une approche économique », *Concurrences* 2007/3, p. 39-45.
- « Sanctions antitrust, quel est le juste montant », *Concurrences* 2013/1, p. 16-37.
 - « Les amendes contre les cartels, la Commission européenne en fait-elle trop ? », *Concurrences* 2009/4, p. 41.
- Connors (J.), « *The great global vitamins conspiracy, sanctions and deterrence* », in « L'Efficacité des sanctions contre les cartels, une perspective économique », *Concurrences* 2006/4, p. 17.
- Conte (P.), « Droit pénal et concurrence », *JCPE* 2000, *Cah. dr. Entr.*, n° 3, p. 21.
- Courtaigne-Deslandes (C.), « De l'utilité d'une ordonnance simplifiant, réformant et harmonisant les sanctions pénales du Code de l'environnement », *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, 2011, n° 35.
- Crémieux (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », in *Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, p. 261 et s.
- Cuzacq (N.), « Le luxe et le droit », *RTD com.* 2002, p. 605.
- Dassa (D.), « *Cui bono ? À qui profite le crime* », *Gaz. Pal.* 2014, n° 131-133, p. 5-8.
- David (E.), « Les poursuites pénales contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles, l'exemple de la France depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », *Concurrences* 2006/4, p. 175.
- Debroux (M.), « Le brouillard de la clémence en droit de la concurrence, quelles décisions stratégiques », in *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Masson (A.), (dir.), Larcier, 2013.
- Deckert (K.), Sweeney (M.), « L'alerte professionnelle », *RIDC* 2014/2, p. 495-528.
- Decocq (A.), « De l'avenir des pratiques dites « restrictives de concurrence » titre IV du livre du code de commerce », La loi du 3 janvier 2008, le Rapport Hagelsteen », *Revue de jurisprudence commerciale*, Mars / Avril 2008, n° 2, p. 96-103.
- Decoq (A.), « Précisions sur la notion de restriction de la concurrence par l'objet », *CCC* 2009/1, comm. 16.
- De Giles (D.), « Le droit pénal de la concurrence en Europe. Premier bilan et perspectives en France », *JCPE*, 2003, n° 1, p. 20.
- De la Asuncion Planes (K.), « Droit européen de la consommation, premier aperçu de la directive n° 2011/83/EU du Parlement et du conseil relative aux droits des consommateurs », *Droit et procédures*, 2012-2, p. 6-7.
- Delebecque (P.), « L'arrêt « Erika », un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », *D.* 2012. 2711, n° 13-15.
- Delmas-Marty (M.), « La criminalité d'affaires », *RSC* 1974, p. 45.
- De Muizon (G.), « Mais pourquoi l'Autorité de la concurrence refuse-t-elle de mobiliser les outils de la théorie économique dans la détermination des sanctions pécuniaires », *RLDA* 2011, n° 62, p. 47.
- Desessard (L.), « Application de la loi pénale dans l'espace », *JCL pénal code*, fasc. 20.
- De Silguy (S.), « Lanceurs d'alerte, une protection juridique discrète », *Rev. Lamy de droit civil* 2014, n° 111, p. 67-71.
- Detraz (S.), « Le profit présumé délictueux en droit pénal de fond », in « Le profit tiré de l'infraction », *Gaz. Pal.* 2014, n° 131-133, p. 18-20.
- Dezeuze (E.), Steru (E.), « Le profit tiré des abus de marché », *Gaz. Pal.* 2014, n° 133, p. 21.
- Dondero (B.), « L'infraction pénale intentionnelle est une faute séparable des fonctions sociales », Note sous Cour de cassation (com.) 28 septembre 2010, n° 09-66.255, *Douin c/Jarosz*, *Rev. Sociétés* 2011. 97.
- Donnedieu de Vabres-Tranié (L.), « Adoption à l'unanimité par le Sénat des États-Unis du projet de loi relatif à la protection des « whistleblowers » en droit de la concurrence », *RLDC* 2014/38, p. 117-118.
- Dreyer (E.), « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », *D.* 2017.1136.
- « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G.* 2008, I, 20.
 - « Le Conseil constitutionnel et la « matière » pénale. - La QPC et les attentes déçues... », *JCP G.*, 2011 n° 37, doct. 976.
- Ducouloux-Favard (C.), « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *LPA* 16 mars 2004, n° 54, p. 3.
- « Réflexions sur les repentis et les collaborateurs au regard du droit italien », *Gaz. Pal.* 2003, p. 2045.
- Faletti (M.), « Le rôle du ministère public devant les juridictions civiles et répressives », *Rev. conc. Conso*, 1987, n° 40, p. 21.

- Fasquelle (D.), « L'existence des fautes lucratives en droit français », in « Faut-il moraliser le droit de la réparation », coll. M. Behar-Touchais (dir.), *LPA* 2002, p. 27.
- « Concurrence déloyale, amende civile ou « dommages et intérêts punitifs », » in « Conquête de la clientèle et droit de la concurrence », G. Canivet (dir), CREDA, *Gaz. Pal.* nov-déc.2001, p. 1681.
- Fasquelle (D.), Mésa (R.), « Les fautes lucratives et les assurances de dommages », *Rev. générale du droit des assurances*, 2005 n° 2, p. 351.
- « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le Rapport Catala », *D.* 2005, p. 2666.
- Fauvarque-Causson (B.), *Note sous Chambre des Lords, Attorney General versus Blake*, 2001, 1 AC 268, *RDC* 2005-2, p. 479-488.
- Ferrier (D.), « Les pratiques restrictives de concurrence. Pour quelle finalité ? », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 189.
- Ferrier (D.), Ferré (D.), « La réforme des pratiques commerciales », *D.* 2008, chron. 429.
- Ferré (D.), Piphéry (R.), « Pratiques restrictives de concurrence, étude du bilan de la CEPC 2011 », *CCC* n° 1, janv 2012, étude 1.
- « Pratiques restrictives de concurrence, Étude du rapport de la CEPC 2013 », *Concurrences* 2013/4, en ligne.
 - « Pratiques restrictives de concurrence, Étude du rapport de la CEPC 2013 », *Concurrences* 2012/4, p. 56-63.
- Fournier-de Crouy (N.), « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », *LPA* 8 novembre 2017, n° 223, p. 5 et s.
- Francillon (J.), « Le droit pénal face à la cyberdélinquance et à la cybercriminalité », in *Dossier spécial Le droit international du Web*, *RLDI* 2012, n° 81, p. 99.
- Frison-Roche (M.-A.), « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA* 1994, n° 6, p. 483.
- « Les différentes définitions de la notion de régulation », in « Régulation, monisme ou pluralisme », Colloque DGCCRF du 25 mars 1998, Frison-Roche (M.-A) et Cohen-Tanugi (L.), (Dir.), *LPA* 10 juillet 1998, n° 82, p. 5 et s.
 - « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610-616.
 - « La loi sur les Nouvelles régulations économiques », *D.* 2001, n° 24, p. 1930.
 - « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », in « Pertinence et intérêt de l'analyse économique pour le droit, pour l'économie, pour la justice », (coll), Cour de cassation, *LPA* 19 mai 2005, numéro spécial, p. 15 et s.
- Frossard (S.), « Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines », *RSC* 1998, p. 703.
- Fulli-Lemaire (S.), « Affaire PIP, Quelques réflexions sur les aspects de droit international privé », *RIDE* 2015, n° 1, p. 99-122.
- Gasboui (J.), « La confiscation des profits illicites », *RIDC* 2014, n° 2, p. 1571.
- Gaudemet (A.), « Manquement d'initié, la Cour de cassation poursuit son alignement sur l'arrêt Spector », Note sous Cour de cassation, com. 27 avril 2011, *Boulet contre Autorité des marchés financiers*, n° 10-12.125, *Rev. soc.*, 2011, n° 12, p. 701-706.
- Gaumont-Prat (H.), « Contrefaçon et médicaments falsifiés », *Rev. P.I.*, n° 6, juin 2013, étude 6.
- Glais (M.), « 25 ans de contrôle français, un bilan analytique et statistique », *JCPE* 2004, p. 1390.
- Giacobbo-Peyronnel (V.), Singler (P.), « Quelques réflexions et interrogations au sujet de l'effet dissuasif des amendes en droit communautaire de la concurrence », *Concurrences* 4/2009, p. 74-89.
- Giacopelli (M.), « Approche critique de la courte peine d'emprisonnement », *Rev. Droit pénal* n° 2, 2014, Étude 4.
- Givry (L.), Guilbert (P.), « Billet d'humeur, le secteur agricole à l'épreuve du droit de la concurrence, un sujet de campagne ? », *RLDA* 2012, n° 71.
- Grall (J.-C.), Fournier-de Crouy (N.), « La politique de sanction de l'Autorité de la concurrence, de l'unité à la diversité. L'intention du cartelliste, un facteur de diversification des sanctions ? », *RLC* 2013, n° 35, p. 176-182.
- Gremy (J.-P.), « Mesurer la délinquance à partir du témoignage des victimes », Institut des hautes études de la sécurité intérieure, 2001, p. 238, en ligne.
- Guerrien (B.), « Comprendre l'économie, concepts et mécanismes, Qu'est ce qu'un comportement rationnel ? », *Les cahiers français*, n° 315 juillet-août 2003, la Documentation française, 2003, p. 3-8.
- Guével (D.), « Le concept de clémence », in *La clémence et le droit*, J.-M. Jude (dir.), *Economica*, 2011, p. 1-14.
- Guilhal (D.), « Les atteintes involontaires à la vie », *JCL. pén. code*, art. 221-6 à 221-7, Fasc. 20, 2012.
- Gridel (J.-P.), Laithier (J.-M.), « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur, état des lieux », *JCP G.* 2008, I. 143.
- Gratton (L.), « Le dommage déduit de la faute », *RTD civ.* 2013. 275.
- Grynbaum (L.), « Une illustration de la faute lucrative, le piratage de « logiciels » », *D.* 2006, p. 655.
- Guyon (Y.), « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *Pouvoirs* 1990, vol.55, p. 41.

- Hage-Chahine (F.), « Rapport général », in *L'ordre public, Journées libanaises, Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1998, LGDJ, p. 18.
- Hassler (T.), « Les droits de la personnalité et la presse à sensation en jurisprudence », *LPA* 2.03.2010, n° 43, p. 5.
- Hervieu (M.), « Ordre public économique de direction, ordre public de protection, l'avenir de la distinction », in *Mélanges en honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 317.
- Huguency (L.), « Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX^e siècle », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges Ripert*, T. II, LGDJ, 1950.
- Hulsman (L. H. C.), « Le choix de la sanction pénale », *RSC* 1970, p. 498.
- Idot (L.), « Le droit des États membres de l'Union européenne », in « La sanction pénale, article L. 420-6 C.com », *Concurrences* 2008, n° 1, en ligne.
- « Précisions sur le régime de l'action en réparation », *Rev. Europe*, n° 10, Octobre 2006, comm. 291.
 - Réflexions sur l'application de certains principes et notions du droit pénal en droit des pratiques anti-concurrentielles », *Concurrences* n° 2-2006.
 - « Articulation entre private et public enforcement », *Rev. Europe* n° 8, Août 2011, comm. 308, n° 1.
- Izorche (M.-L.), « Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RTD. com.* 1998, n° 1, p. 17-52.
- Jauffret-Spinozi (C.), « Dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger », in « Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ? », coll. (dir) M. Behar-Touchais, *LPA* 20 novembre 2002 n° 232, p. 8.
- Jaumard (J.-L.), « L'influence de la théorie économique du crime sur la politique répressive des autorités concurrentielles », in « L'analyse économique et le droit de la concurrence », colloque, *Le concurrentialiste, revue d'actualité de droit économique*, (en ligne).
- Jeandidier (W.), « Présentation critique des sanctions de quelques infractions d'affaires », in *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, LGDJ, 2001, p. 135.
- « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », in *Mélanges offerts à André Decocq, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 369-383.
- Jenny (F.), « Le calcul des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles, le modèle économique de la dissuasion et ses limites », *Concurrences* 2012/1, p. 2.
- Jensen (M.), Meckling (W.), « *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and capital structure* », *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, p. 305-360.
- Jestaz (P.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chr, p. 197-204.
- Jolowicz (J.-A.), « La production forcée des pièces en droits français et anglais », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 157.
- Jourdain (P.), « Rapport introductif », in « Faut-il moraliser le droit français de réparation du dommage ? », colloque, M. Behar-Touchais, (dir.), *LPA* 2002, n° 232, p. 4.
- « Comment traiter le dommage potentiel », in « Le préjudice. Regards croisés privatistes et publicistes », *Resp. civ. et assur.* n° 3, mars 2010, dossier 11.
 - « Faute du dirigeant social, le défaut de souscription d'une assurance obligatoire de responsabilité décennale est une faute séparable des fonctions », *RTD civ.* 2010. 785.
- Julliot de La Morandière (L.), « L'ordre public en Droit privé interne », in *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, 1939, Éd. Duchemin, Paris, 1977, p. 381-401.
- Junod (V.), « Lancer l'alerte, quoi de neuf depuis Guja ? », *RTDH* 2014, n° 98, p.459.
- Kayser (P.), « Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain », in *Études offertes à Jean Macqueron*, PUAM, 1970, p. 411.
- Kluger (J.), « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 1995, p. 505.
- Korman (C.), « Les fruits restitués du parasitage économique », *Gaz.pal.* 1988, II, doct., 703.
- Lagarde (X.), « Transaction et ordre public », *D.* 2000. Chron. 217.
- Lambert-Faivre (Y.), « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998-1, p. 1-22.
- Lasserre (B.), « Le rôle de la sanction pécuniaire en droit de la concurrence », in « Entente ou abus de position dominante - Sanctions ou procédures négociées, quelle stratégie pour l'entreprise ? », *RLC* 2010/24, n° 1668.
- Latil (A.), « Les économies d'investissements du contrefacteur », *Rev. Communication Commerce électronique* n° 3, Mars 2015, étude 6.
- Laude (A.), « Science et démocratie, garantir un juste équilibre. À propos de la loi du 16 avril 2013 », *JCP G.*, n° 24, 10 Juin 2013, doct. 690.
- Lebois (A.), « La fixation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *Rev. Lamy de l'Immobilier*, 2012, n° 86.
- Leblois-Happe (J.), « Le libre choix de la peine par le juge, un principe défendu bec et ongles par la chambre criminelle », *Dr. Pénal* 2003, Chron. 11.
- Le Calvez (J.), « Droit constitutionnel répressif », *JCL. Adm.* Fasc.1458.

- Lemaire (C.), « La coordination entre les juges répressifs et le Conseil de la concurrence », in « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles », (coll.), *Concurrences* 2008/1, en ligne.
- Le Tourneau (P.), « Des mérites et des vertus de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.* 1985,1, doct. 283.
- « Le parasitisme. Notion », *JCL. Concurrence-Consommation*, Fasc. 227, 2010, n° 56.
- Lucas de Leyssac (C.) et Parléani (G.), « L'atteinte à la concurrence cause de nullité du contrat », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 601.
- Lucas de Leyssac (M-P.) Lucas de Leyssac (C.), « L'inquiétant article L. 420-6 du Code de commerce et comment se rassurer », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 651.
- Lucas de Leyssac (C.), « L'inquiétant article L. 420-6 du Code de commerce », in « Concurrence et droit pénal, La sanction des pratiques anticoncurrentielles par le recours à l'article L. 420-6 du Code de commerce », coll. G. Canivet (dir.), *Concurrences* 2008, n° 1, en ligne.
- Mackaay (E.), « La règle économique observée par le prisme de l'économie, une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RIDE*, 1986, p. 43 et s.
- Malabat (V.), « Retour sur le résultat de l'infraction », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 443.
- Malaurie (M.), « Clauses de non-concurrence - sanctions », *JCL. Contrats-Distribution*, Fasc. 125, 2004.
- May (B.), « Améliorer l'indemnisation de la contrefaçon, la loi ne suffira pas », *Rev. Propr. ind.* mars 2008, n° 3, étude 4.
- Maréchal (C.), « L'évaluation des dommages et intérêts en matière de contrefaçon », *RTD com.* 2012, p. 245.
- Martin-Hocquenghem (E.), « Le principe de territorialité de la loi pénale aux infractions commises sur internet », in *La communication numérique, Un droit, des Droits*, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 495-519.
- Martins-Cota (J.), Souza Pargendler (M.), « Us et abus de la fonction punitive (dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien) », *RIDC*, 2006-4, p. 1145-1181.
- Mascala (C.), « Les sanctions applicables aux dirigeants », *LPA* 6 sept, 2000, p. 50.
- Massias (F.), « Le champ pénal européen selon la cour européenne des droits de l'homme, interprétation autonome et applicabilité des articles 6 et 7 de la convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof, Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 89-112.
- Masson (A.) (dir.), « L'ambivalence du droit, source d'opportunités stratégiques, l'exemple du droit de la concurrence », in *Les stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Larcier, 2013, p. 15-66.
- Matsopoulou (H.), « Le nouveau régime des incapacités commerciales », *Rev. Droit Pénal*, 2008, Étude 24.
- Matsopoulou (H.), « L'exercice de l'action civile devant le juge répressif en matière d'entente », in « Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles par recours à l'article L. 420-6 du Code de commerce », (coll.), *Concurrences* 2008-1, p. 37-42.
- Méadel (J.), « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *LPA* 17 avril 2007, n° 77, p. 6 et s.
- Merle (Ed.), « La location financière 1^{re} partie », *Le juge du commerce*, n° 47 mars 2012, p. 9-13.
- Mésa (R.), « La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », *LPA* février 2012, n° 41, doct., p. 5-6.
- « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.* 2012, p. 2754.
- « Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », *JCPE*, 21 mai 2012, n° 20, p. 625.
- « La consécration d'une responsabilité punitive, une solution au problème des fautes lucratives », *Gaz. Pal.* 2009, n° 325, p. 15.
- Mestre (J.), « L'ordre public dans les relations économiques », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Revet (T.) (dir.), Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1996, p. 32-41.
- Mihman (A.), « Exemption et réduction de peine pour les repentis, apports de la loi du 9 mars 2004, dite loi Perben II », *Droit pénal*, 2005, chr. 1, p. 6.
- « La confiscation des profits illicites », in « Le profit tiré de l'infraction », *Gaz. Pal.* 11 mai 2014, n° 131-133.
- Mistretta (P.), « L'affaire de l'hormone de croissance, l'impuissance du droit pénal », *JCP G.*, 2011, n° 37, p. 1599-1603.
- Mohamed Salah (M. M.), « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur ? », in *Philosophie du droit et droit économique quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Ed. Frison-Roche, 1999, p. 261 et s.
- Molfessis (N.), « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.* 2014, p. 947.
- Monkam (A.-C.), « Whistleblowing, une protection en demi-teinte », *Jurisprudence Sociale Lamy* 2015, n° 238, p. 388.
- Montas (A.), Roussel (G.), « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika (1), Commentaire de l'arrêt Cass. crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938, Erika », *AJ Pénal* 2012, p. 574.
- Monteiro (E.), « L'anticipation des risques à l'épreuve du droit pénal », in « L'anticipation des risques par l'entreprise », (coll.), La Rochelle 31 janvier 2014, *Rev. Lamy Droit des affaires*, 2014, n° 91, p. 76.

- Montgolfier (J.-F.), « L'apport de la jurisprudence du conseil constitutionnel au critère de la peine », in *Droit pénal, le temps des réformes*, V. Malabat, B. de Lamy, M. Giacomelli (dir.), coll. LexisNexis, Litec, Colloques et débats, 2011, p. 231-239.
- Morand (C.), « La sanction », in *Vocabulaire fondamental du droit*, *Archives philosophiques du droit*, T. 35, 1990, p. 293-312.
- Motulsky (H.), *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Écrits. Études et notes de procédure civile*, rééd. Dalloz 2010, p. 80.
- Nasse (P.), « L'objectif d'efficacité assigné aux sanctions », in *La modernisation du droit de la concurrence*, Canivet (G.) (dir.), LGDJ, p. 341 et s.
- Neyret (L.), « L'affaire Erika, moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale », *D.* 2010, p. 2238.
- « De l'approche extensive de la responsabilité pénale dans l'affaire Erika », *Rev. env.* 2010, n° 11.
- Nussebaum (M.), « L'évaluation des préjudices économiques », *Rev. Droit banc. et fin.* 2013, n° 3, p. 32.
- « Approche économique, financière et comptable du préjudice », in *La réparation du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle en France et à l'étranger, bilan et perspectives*, cycle de conférences de la Cour de cassation tenu à Paris le 17 octobre 2005, en ligne.
- Nussebaum (M.), Perrin (A.), « Comment évaluer un préjudice industriel et commercial ? », *Option finance* 2002, n° 690, p. 31.
- Oppetit (B.), « Droit et économie », in *Archives philosophiques du droit*, T. 37, Sirey, 1992, p.17 et s.
- Orscheidt (J.), « Dommages et intérêts punitifs dans l'arbitrage international », in « Les dommages et intérêts punitifs en droit comparé », *LPA* 20 novembre 2002 n° 232, p. 17.
- Ouaniche (M.), « Le renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon », *JCPE* 2014, n° 15, p. 44-46.
- Palazzo (F.), « La législation italienne contre la criminalité organisée », *RSC* 1995, p. 711.
- Papa (M.), « La nouvelle législation italienne en matière de criminalité organisée », *RSC* 1993, p. 725.
- Parléani (G.), « La sanction pénale des pratiques anticoncurrentielles, essai d'une problématique », in « Concurrence et droit pénal » (coll.), *Concurrences* 2008/1, p. 3.
- Peigne (J.), « Du Mediator aux prothèses PIP en passant par la loi du 29 décembre 2011 relative à la sécurité sanitaire des produits de santé », *Revue de droit sanitaire et social* 2012, n° 2, p. 315.
- Pénichon (C.), « Le contrôle de la proportionnalité de la sanction par la Cour d'appel de Paris en droit de la concurrence », in *La modernisation du droit de la concurrence*, G. Canivet (dir.), LGDJ, Droit et Économie, 2006, p. 363-376.
- Philippe (J.), Guyon (A.), Gurov (I.), « Les cartels internationaux », in *La modernisation du droit de la concurrence*, G. Canivet (dir.), LGDJ, Droit et Économie, 2006, p. 177-248.
- Picard (É.), « Introduction générale, la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public, ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, (coll.), Redor (J.-M.), (dir.), Bruylant, Coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2000, p. 17-61.
- Picasso (S.), « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats - Rapport argentin », *RDC* 2010, n° 3, p. 1107.
- Picod (Y.), « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 359.
- « Rapport français, la concurrence déloyale », in *La concurrence, Travaux de l'association Henri Capitant*, 2006, p. 151-166.
- Pierre (P.), « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats, rapport français », in « Les mutations du droit des contrats », Actes du colloque tenu à Rennes les 5 et 6 novembre 2009, *RDC* 2010/3, p. 1117-1129.
- « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats », *RDC* 2010, p. 1117.
- Piédelievre (S.), « Les dommages et intérêts punitifs, une solution d'avenir ? », *Resp. civ. ass.*, hors-série Juin 2001, étude 13.
- Pigassou (P.), Ambroise-Castérot (C.), « Tromperie », *Répertoire de droit pénal*, Dalloz, n° 141.
- Pin (X.), « La notion de faute en droit pénal (121-3=0 ?) », in *Droit pénal, le temps des réformes*, coll. V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), Litec, LexisNexis, collection Colloques et débats, 2011, p. 95-109.
- Portelli (S.), « Les sanctions pénales en matière économique et financière », *LPA* 2006, n° 9, p. 11.
- Posner (R.-A.), « *Wealth maximization revisited* », *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 85, (1987), p. 85-105, en ligne [<http://www.scholarship.law.nd.edu>].
- Pradel (J.), « Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes », in *Mélanges offerts à Georges Levasseur, droit pénal et droit européen*, Litec, 1992, p. 459.
- Prévost (J.-B.), « Politique du drame collectif », *Gaz. Pal.* 27 oct. 2015, n° 300, p. 30.
- Puech (M.), « De la mise en danger d'autrui », *D.* 1994, chron, p. 153.
- PY (B.), « La responsabilité pénale du fait des médicaments dangereux », in « Les responsabilités du fait des médicaments dangereux », S. Hocquet-Berg (dir.), *Revue générale de droit médical*, NS 2012, p. 123.
- Radé (C.), « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.* 1998, p. 301.

- Rajot (B.), « Le Sénat favorable à une réforme des règles de responsabilité civile », *Resp. civ. ass.*, septembre 2009, Focus n° 17, p. 3-4.
- Rebeyrol (V.), « La réception du « whistleblowing » par le droit français », *JCPE* 2012, n° 24, p. 32-36.
- Rémy (P.), « La « responsabilité contractuelle », histoire d'un faux concept », *RTD Civ.* 1997, p. 323.
- Ripert (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény*, Tome II, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, 1934, Éd. Duchemin, Paris, 1977, p. 347-353.
- Robert (J. J.) « L'épave de l'Erika est juridiquement stabilisée », *Rev. soc.* 2013, p. 110.
- Rougeau-Mauger (C.), « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'Économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *RTD com.* 2010, p. 653.
- Rousseau (F.), « Réflexion sur la répression civile des atteintes à l'environnement. À propos du rapport remis au garde des Sceaux le 17 septembre 2013 relatif à la réparation du préjudice écologique », *Rev. Env.* 2014, n° 3 étude 3.
- Essai d'une reconfiguratio des infractions pénales contre les personnes à l'aune des « scandales sanitaires » », *Rev. Droit pénal*, mai 2013 n° 5, étude 11.
- Rudden (B.), Juilhard (P.), « La théorie de la violation efficace », *RIDC* 4-1986, p. 1015.
- Saint-Gal (Y.), « Concurrence déloyale et concurrence parasitaire », *Revue internationale de la Propriété industrielle et Artistique*, 1956, p. 19.
- Saint-Esteben (R.), « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », in « Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ? », coll. (dir) M. Behar-Touchais, *LPA* 20 novembre 2002 n° 232, p. 53-63.
- Salomon (R.), « Les particularismes des infractions boursières », *JCPE* 2000, n° 20, p. 788.
- Salomon (R.), « Les particularismes des infractions boursières, 2^e partie », *Rev. Droit pénal* 2003/2, chron. 4.
- Savatier (R.), « L'ordre public économique », *D.* 1965, p. 37-44.
- Sejean (M.), « La restitution du profit illicite », *RIDC* 2014-2, p. 345 -362.
- Sélinsky (V.), « La répression pénale des pratiques anticoncurrentielles en France », *RLDA* supplément 2005, n° 85, p. 28.
- Sévy (D.), « L'évaluation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », in « Séminaire Économie et droit de la concurrence », *Concurrences* n° 4/2010, en ligne.
- Sibony (A.-L.), « Peut-il y avoir des fondements économiques à la motivation des sanctions ? », in *Les sanctions en droit contemporain, La motivation des sanctions prononcées en justice*, vol. 2, Dalloz, Mission Droit et Justice, 2013, p. 51.
- Solus (H.), « Le jurisprudence contemporaine et le droit du ministère public d'agir en justice au service de l'ordre public », in *Études de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, p. 769-780.
- Stasiak (F.), « Les sanctions de la contrefaçon », *Rev. Communication Commerce électronique* n° 1, Janvier 2009, étude 1.
- Stasiak (F.), Royer (G.), « Pour une efficacité optimale de l'amende pénale. Les apports de l'analyse économique du droit à la réforme du Code pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 289-304.
- Stenger (J.-P.), *JCL. Brevets*, Fasc. 4680, « Sanctions de la contrefaçon ».
- Strowel (A.), « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit autour de Bentham et Posner, Droit et Économie », *Archives de philosophie du Droit*, tome 37, 1992, p. 143-171.
- Teller (M.), « Faut-il créer des dommages et intérêts punitifs ? », *Dr. env.* 2012, dossier 10.
- Thibierge (C.), « Libres propos sur l'évolution de la responsabilité civile », *RTD civ.* 1999, p. 561.
- Thouzellier (B.), « Teitgen (F.), « Non pas dépenaliser, mais mieux pénaliser », *Cah. dr. entr.* 2008, n° 1, entretien 1.
- Tomasin (D.), « Les sanctions du non-paiement », in « Actes du colloque sur le paiement des travaux dans les marchés privés », *Revue de droit immobilier*, 2013, n° 1, p. 46.
- Tunc (A.), « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, Aspects nouveaux de la pensée juridique*, T. 1, Éd. Pedone, 1975, p. 407-415.
- Truche (P.), Koering-Joulin (R.), « Retour sur le champ pénal européen », in *Mélanges en hommage à L. E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 513.
- Vénevre (L.), « Audition du président de l'Autorité de la concurrence, confirmation du dynamisme de l'action outre-mer et premiers effets de la loi REOM », *RLDC* 2014, n° 39.
- Vilmart (C.), « L'effectivité de la lutte contre les pratiques commerciales abusives dans la loi N.R.E, 2 - Du renforcement de l'action du Ministre de l'économie et du Ministère public à celle des amendes », *JCPE* n° 51-52 du 20 décembre 2001, p. 2046.
- Viney (G.), « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009, p. 2944.
- La condamnation de l'auteur d'une faute lucrative à restituer le profit illicite qu'il a retiré de cette faute », in *Mélanges Jean-Louis Baudoin*, éd. Yvon Blais, 2012, p. 949-963.
 - « Faute intentionnelle et faute dolosive », note sous Cour de cassation, 2^e ch civ, 12 septembre 2013, pourvoi numéro 12-24.650, *RDC* 2014, n° 2, p. 184.
- Vogel (L.), « L'intérêt des sanctions civiles et pénales », *Gaz. Pal.* 2003, p. 120.

- Werden (G.-J.), Simon (M.-J.), « *Why price fixers should go to prison* », *The Antitrust Bulletin*, 1987, p. 917-937.
- Werro (F.), « La tentation des dommages et intérêts punitifs en droit suisse des médias », in *Études à la mémoire de C. Lapoyade-Deschamps*, PUF Bordeaux, 2003, p. 745.
- Wils (W.), « *Does the effective enforcement of articles 81 and 82 EC require not only fines on undertakings but also individual penalties, in particular imprisonment ?* », in Wils W. (ed.) *The optimal enforcement of EC antitrust Law, essays in Law and economics*, Kluwer, 2001, p. 188.
- Zanoto (J.-P.), « L'élément intentionnel dans la délinquance économique et financière au regard des exigences classiques du droit pénal », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, M.-A. Frison Roche, J.-C. Marin, C. Noquet (dir.), Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2001, p. 31-36.

V. RAPPORTS ET DOCUMENTS OFFICIELS

- Antonmattéi (P.-H.), Vivien (P.), *Charte d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français, état des lieux et perspectives*, La documentation française, 2007.
- Attali (J.), *Rapport pour la libération de la croissance française*, La documentation française, 2008.
- Canivet (G.), *Restaurer la concurrence par les prix, les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce*, rapport remis au Ministre de l'Économie des finances et de l'industrie en octobre 2004, La documentation française, 2005.
- Catala (P.), (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, rapport à Monsieur Pascal Clément, ministre de la Justice, 22 septembre 2005, La documentation française.
- Conseil Analyse Économique du Droit, *La protection du consommateur, rationalité limitée et régulation*, La Documentation française, 2012.
- Commission d'Examen des Pratiques Commerciales, *Bilan des décisions judiciaires* (DGCCRF et Faculté de droit Montpellier), 2014, 2013, 2012, 2011, 2010, en ligne [<http://www.economie.gouv.fr>].
- Coulon (J.-M.), *Rapport aux Gardes des Sceaux, La dépenalisation du monde des affaires*, La Documentation française, 2008.
- Delmas-Gayon (P.), *Le juge du 21^e siècle, Un citoyen acteur, une équipe de justice*, rapport à Madame la garde des sceaux, ministre de la justice, décembre 2013, en ligne [<http://www.justice.gouv.fr>].
- Folz (J.-M.), *Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, la Documentation française, 2010.
- Hagelsteen (M.-H.), *La négociation des tarifs et les conditions générales de vente*, La documentation française 2009.
- Lepage (C.), *Rapport de mission sur la gouvernance écologique*, La documentation française, 2008.
- Lescure (P.), *Mission Acte II de l'exception culturelle, Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, mai 2013, en ligne [<http://www.culturecommunication.gouv.fr>].
- Jegouzo (Y.), *Pour la réparation du préjudice écologique*, rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira, garde des sceaux, ministre de la Justice, septembre 2013, en ligne [<http://www.justice.gouv.fr>].
- Conseil de la concurrence, *Étude thématique, Les sanctions pécuniaires et injonctions*, in *Rapport d'activité Cons. conc. 2005*.
- Organisation de Coopération et de Développement Économiques, *Ententes, les sanctions pénales contre les personnes physiques*, *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, Vol. 9, n° 3, 2009.
- Autorité de la Concurrence, *Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence*.
- Autorité de la Concurrence, *Communiqué du 16 mai 2011 sur la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*.
- Autorité de la Concurrence, *Communiqué de procédure du 3 avril 2015 (remplace celui du 2 mars 2009, relatif au programme de clémence français)*.
- Autorité de la Concurrence, *Communiqué de procédure relatif à la procédure de non contestation des griefs, 12 février 2012*.
- Commission européenne, *Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 01/2003, JO C210 du 1.09.2006*.

VI. DÉCISIONS DE JUSTICE

NB, L'inventaire des décisions de justice est sélectif. Ne sont donc citées que les décisions utiles à la qualification de faute lucrative et à l'élaboration de son régime.

JURIDICTIONS SUPRANATIONALES

CEDH

- CEDH, 2^e sect, 4 mars 2014, *Grande Stevens et a. C/Italie*, req. n° 18640/18.
- CEDH, 17 janvier 2012, *Galec c. France*, n° 51255/08, *JurisData* n° 2012-006077.
- CEDH, 13 septembre 2011, *Feryadi Sahin c. Turquie*, req. n° 33279/05.
- CEDH, 27 septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.I. c/Italie*, req. n° 43509/08.

CEDH, 17 décembre 2009, *M c/Allemagne*, req. n° 19359/04.
 CEDH, gde ch, 23 novembre 2006, *Jussila c/Finlande*, req. n° 73053/01.
 CEDH 27 mai 2008, *Unel c/Turquie*, req. n° 35686/02.
 CEDH, 30 mars 2004, *Radio-France c/France*, req. n° 53984/00.
 CEDH, 28 octobre 1999, *Escoubet c/Belgique*, req. n° 26780/95.
 CEDH, 8 juillet 1999, *Baskaya et Okcuoglu c/Turquie*, req. n° 23536/94 et n° 24408/94.
 CEDH, 23 septembre 1998, *Malige c/France*, req. n° 27812/95.
 CEDH, 24 septembre 1997, *Garyfallou Aebe c/Grèce*, req. n° 18996/91.
 CEDH, 8 juin 1995, *Jamil c/France*, série A, n° 317-B.
 CEDH, février 1995, *Welch c/Royaume Uni*, série A, n° 307-A.
 CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun c/France*, req. n° 12547/86.
 CEDH, 25 août 1987, *Lutz c/Allemagne*, req. n° 9912/82.
 CEDH, 21 février 1984, *Oztück cf Allemagne*, Série A, n° 73.
 CEDH, 8 juin 1976, *Engel et a. c/Pays-Bas*, Série A, n° 22.

CJUE/CJCE

CJUE, 4^e ch, 5 avril 2017, aff. C-217/15, *Massimo Orsi* et aff. C-350/15.
 CJUE, 26 février 2013, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, aff. C-617/100.
 CJUE, 18 juillet 2013, *The Dow Chemical Company*, aff. C-499/11.
 CJUE, 14 février 2012, *Toshiba Corporation et a*, aff. C-17/10.
 CJUE, 3^e ch, 23 décembre 2009, *Spector Photo Group NV*, aff. C-45/08, *RDBF* 2010, n° 2, comm. n° 80 par T. Bonneau, *Europe*, 2010, n° 2, note. L. Idot.
 CJCE, 8 juillet 1999, *Nunes et de Matos*, aff. C-186/98.
 CJCE, 8 juillet 1999, *Montecatini S.P.A. c/Commission*, aff. C-235/92.

TPI UE/TPI CE

TPI UE, 13 septembre 2013, aff. T-548/06 et 566/08, *Total (cire de paraffine)*.
 TPI UE, 25 octobre 2005, aff. T-38/02, *Groupe Danone/Commission*.
 TPI CE, 9 juillet 2003 (4 arrêts), aff. T-224/00 et a, *Cartel de la Lysine, ADM*.

JURIDICTIONS ET AUTORITÉS FRANÇAISES

a. Conseil constitutionnel

Cons. const., 23 mars 2017, déc. n° 2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.
 Cons. const., 30 septembre 2016, n° 2016-572, QPC.
 Cons. const., 22 juil. 2016, n° 2016-556 QPC.
 Cons. const., 14 janvier 2016, n° 2015-513/514/526 QPC.
 Cons. constit, 5 août 2015, déc. n° 2015-715 DC, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*.
 Cons. constit, 18 mars 2015, déc. n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC - *M. John L. et autres*.
 Cons. constit, 23 janvier 2015, déc. n° 2014-439 QPC, *M. Ahmed S.*
 Cons. constit, 13 mars 2014, déc. n° 2014-690 DC, *Loi relative à la consommation*.
 Cons. constit, 4 décembre 2013, déc. n° 2013-679 DC, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière du 6 décembre 2013*.
 Cons. constit, 7 décembre 2012, déc. n° 2012-286, QPC, *Société Pyrénées services et a*.
 Cons. constit, 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC *Société Système U Centrale Nationale et autre*.
 Cons. constit, 20 mai 2011, déc. n° 2011-132 QPC, *M. Ion C.*
 Cons. constit, 1^{er} avril 2011, déc. n° 2011-114 QPC, *M. Didier P.*
 Cons. constit, 13 janvier 2011, déc. n° 2010-85 QPC, *S¹⁶ Ets Darty et Fils*.
 Cons. constit, 11 juin 2010, déc. n° 2010-2-QPC, *Madame Vivianne L, [Loi dite « anti-Perruche »]*.
 Cons. constit, 10 juin 2009, déc. n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.
 Cons. constit, 8 décembre 2005, déc. n° 2005-527 DC, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*.
 Cons. constit, 1^{er} juillet 2004, déc. n° 2004-497 DC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*.
 Cons. constit, 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*.
 Cons. constit, 12 janvier 2002, déc. n° 2001-455 DC, *Loi de modernisation sociale*.
 Cons. constit, 9 novembre 1999, déc. n° 99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité*.
 Cons. constit. 16 juin 1999, déc. n° 99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*.

- Cons. constit. 17 janvier 1989, déc. n° 88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.*
- Cons. constit. 25 décembre 1989, déc. n° 89-257 DC, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion.*
- Cons. constit. 3 septembre 1986, déc. n° 86-215 DC, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance.*
- Cons. constit. 20 décembre 1982, déc. n° 82-155 DC, *Loi de finances rectificative pour 1982.*
- Cons. constit. 22 octobre 1982, déc. n° 82-144 DC, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel.*

b. Cour de cassation

- Chambre mixte

Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768.

- Première chambre civile

- Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, n° 09-13303, *JurisData* n° 2010-022675, *RLDC* 2011, p.3, obs. J. Mestre, *RDC* 2011, p.459, obs. S. Carval.
- Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2009, n° 08-19499, *RTD com.* 2010.107, F. Pollaud-Dulian.
- Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2008, n° 06-22.0238, *Bull. civ. I*, n° 201.
- Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2008, n° 07-15823, *affaire Monster Câble.*
- Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 2004, *D.* 2004, p.1727, note C. Riefa.
- Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 2000, *D.* 2001, p.1348, note H. Matsopoulou.
- Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 1988, n° 87-11617.
- Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969 (société des comédiens français), *D.* 1969, p.60, note H. Mazeaud.

- Deuxième chambre civile

- Cass. civ. 2^e, 28 février 2013, n° 12-12813, *Bull. civ. II*, n° 44.
- Cass. civ. 2^e, 12 septembre 2013, n° 12-24650, *RDC* 2014, n° 2, p.194, obs. G. Viney.
- Cass. civ. 2^e, 30 juin 2011, n° 10-30838, *S^{te} Casino de la Baule c/Mme X*, *RTD civ.* 2011. 770, note P. Jourdain.
- Cass. civ. 2^e, 16 octobre 2008, n° 07-14373.
- Cass. civ. 2^e, 21 février 2008, n° 06-21.1820, *RCA* 2008, no 124, *D.* 2008. 2125, note J.-P. Laydu, *JCP* 2008. I. 186, no 5, obs. P. Stoffel-Munck.

- Troisième chambre civile

Cass. civ. 3^e, 26 septembre 2007, n° 04-20.636, *Bull. civ. III*, n° 155, *RTD civ.* 2008.35 note P. Jourdain.

- Chambre commerciale

- Cass. com. 25 janv. 2017, n° 15-2354, *Galec SAS c/Min. Éco.*
- Cass. com. 29 sept 2015, n° 13-25043.
- Cass. com. 27 mai 2015, n° 14-11387, *Société Groupement d'achats des centres Leclerc Ministre de l'économie du redressement productif et du numérique.*
- Cass. com. 3 mars 2015, n° 13-27525 et n° 14-10907, *D.* 2015. 620 et 1021, note F. Buy, *JCPE* 2015, n° 17, 1207, note S. Le Gac-Pech.
- Cass. com. 4 novembre. 2014, n° 13-24.270, *JurisData* n° 2014-026529.
- Cass. com. 29 avril 2014, n° 13-12.563, *Rev. soc.* 2014. 404, obs. P. Roussel Galle.
- Cass. com. 10 septembre 2013, n° 12-21.804, *Carrefour hypermarchés c/Ministre de l'économie*, *JurisData* n° 2013-018949, *D.* 2013, 2812, note Y. Serra, *RTD civ.* 2014.114, note H. Barbier.
- Cass. com. 31 janvier 2012, no 11-14.154, *Rev. soc.* 2012. 418, note B. Dondero.
- Cass. com. 21 février 2012, n° 10-27866, *S^{te} Coudene Michel c/S^{te} Midi Tielles*, *D.* 2012. 2760, note Y. Serra.
- Cass. com., 18 octobre 2011, n° 10-15296, *D.* 2011. 2961, note Y. Serra.
- Cass.com. 11 octobre 2011, n° 10-21.373, *D.* 2012, p. 700, obs. REMERY (J.-P.).
- Cass.com. 18 octobre 2011, n° 10-15296, *Bull. civ.* 2011, IV, n° 161, *D.* 2011.2961, obs. Y. Serra.
- Cass. com. 13 juillet 2010, n° 06-20230.
- Cass. com. 28 septembre 2010, no 09-66255, *D.* 2010. Actu. 2290, note A. Lienhard.
- Cass. com. 28 septembre 2010, n° 09-69272.
- Cass. com. 30 mars 2010, n° 08-17841, *D.* 2010.304, note B. Dondero.
- Cass. com. 15 décembre 2009, n° 08-21906, *Rev. soc.*, 2010.256, note N. Morelli.
- Cass. com. 10 février 2009, no 07-20.445, *D.* 2009. 559, obs. A. Lienhard.
- Cass.com. 8 juillet 2008, n° 07-16761, *JCP G.* 2008, act 507, obs. A.-M. Luciani, *D.* 2008, p. 3046, note M. Brandac.
- Cass.com. 16 décembre 2008, n° 08-13.162, *JCPE* 2009, 1479, obs. D. Mainguy.
- Cass. com. 9 décembre 2006, n° 05-19.088, *JurisData* n° 2006-036655, *Rev. soc.* 2007.416, note B. Saintourens.
- Cass. com. 25 janvier 2005, n° 01-10740.

- Cass. com. 7 juillet 2004, n° 02-17729.
 Cass. com. 20 mai 2003, no 99-17.092, Seusse, *Bull. civ.* IV, n° 84, *D.* 2003, note B. Dondero.
 Cass. com. 1^{er} juillet 2003, n° 01-13052.
 Cass. com. 1^{er} avril 1997, n° 94-22.129, *JCPE* 1997, pan. 558, *D.* 1997, *Bull. civ.* 1997, IV, n° 87.
 Cass. com. 14 décembre 1993, no 91-21.362, *Rev. soc.* 1994. 778, note M. Pariente.
- *Chambre mixte criminelle*
- Cass. crim. 16 décembre 2014, n° 14-82.815.
 Cass. crim. 22 janvier 2014, n° 12-83.579, *JurisData* n° 2014-000571, *Dr. pén.* 2014, comm. 67, note É. Bonis-Garçon.
 Cass. crim. 19 mars 2014, n° 12-87.416, *D.* 2014. 912, obs. T. Coustet, note J. Lasserre Capdeville, *RTD civ.* 2014.349, note P. Jourdain.
 Cass. crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938, *D.* 2012.2711, *AJ Pénal* 2012, p.574, *affaire Erika*.
 Cass. crim. 14 décembre 2011, n° 11-87.302, *aff. Mediator*.
 Cass. crim. 9 novembre 2010, n° 09-88272, *RSC* 2011.858 note X. Salvat.
 Cass. crim. 9 septembre 2008, n° 07-87281 *Aff. Le monde/Ferrara*.
 Cass. crim. 26 septembre 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 224.
 Cass. crim. 14 juin 2006, n° 05-82.453, *JurisData* n° 2006-034236, *Rev. Sociétés* 2007.125, note B. Bouloc.
 Cass. crim. 19 octobre 2004, *RTD com.* 2005.431, note B. Bouloc.
 Cass. crim. 24 avril 2001, n° 00-85402.
 Cass. crim. 22 juin 1994, n° 93-83.900, *D.* 1995.85, note A. Prothais.
 Cass. crim. 4 octobre 1990, n° 89-85.392, *Bull. crim.* n° 331, *JCP* 1992. I. 3572, obs. G. Viney.
 Cass. crim. 25 janvier. 1990, *Revue Droit pénal* 1990, comm.228, obs. J.-H. Robert.
 Cass. crim. 4 janvier 1977, *D.* 1977.336, note J.-Cl. Fourgoux.
 Cass. crim. 10 octobre 1968, n° 67-92262, *Bull. crim.* n° 248.

- *Chambre sociale*

- Cass. soc. 16 octobre 2013, n° 12-15.638, *Gaz. Pal.* 07 janvier 2014, n° 7, p. 34, obs. D. Berra.
 Cass. soc. 8 décembre 2009, n° 08-17.191.
 Cass. soc. 14 décembre 1999, n° 97-41.995, *Bull.* n° 488.
 Cass. soc. 28 avril 1988, n° 87-41.904, *Bull.* n° 257.
 Cass. soc. 6 novembre 1984, n° 82-41.888.
 Cass. soc. 18 février 1970, n° 68-11443.

Cours d'appel

- CA Versailles, 9^e ch. Appels corr, 23 sept. 2016, n° 14/01570, *JCPG.* 2016.1245, J.-H. Robert.
 CA Paris, pôle 5, ch. 5-7, n° 2012/06498, 15 mai 2014.
 CA Paris, 13 mars 2014, n° 2013/00714, S^{te} Bang & Olufsen A/S, S^{te} Bang & Olufsen France SAS c/Aut. conc. et min. Économie, *RDC* 2014, n° 3, p.416, note M. Behar-Touchais.
 CA Paris, 20 nov. 2013, n° 12/04791.
 CA Paris, 4 juil. 2013, n° 12/07651.
 CA Paris, pôle 5, ch. 12, 24 octobre 2012, n° 11/00404, *RSC* 2013. 381, obs. F. Stasiak.
 CA Paris pôle 5, ch. 2, 11 mai 2012, *M.Y. c/Hachette Livre*, E. X.
 CA Paris, 2 février 2012, RG 09/22350.
 CA Paris, 11 octobre 2011, n° RG 2011/03298.
 CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 décembre 2011, n° 10/04481, *JurisData*, 2011-030824.
 CA Poitiers, 2^e civ., 4 octobre 2011, n° 10/02787.
 CA Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278, *D.* 2010.2238, note L. Neyret, *RCS* 2013.363, note J.-H. Robert.
 CA Nîmes, 25 février 2010, *JurisData* n° 2010-003528, SAS Carrefour France c/Ministre de l'Économie, *RJDA* 6/2010 n° 682.
 CA Paris, 3 septembre 2010, pôle 5, ch. 2, *eBay Inc et eBay International AC c/SA Christian Dior Couture et SA Louis Vuitton Malletier*.
 CA Versailles 29 octobre 2009, n° 08/07357, *SA coopération d'achats de centres Y c/min. de l'éco.*
 CA Versailles 20 octobre 2009, n° 08/07356, *Galec c/min. de l'économie*.
 CA Aix en Provence 11^e ch. A, 20 mai 2009 RG 07/03288.
 CA. Angers, 29 mai 2007, RG n° 06/00563.
 CA Versailles, 3 mai 2007, RG, n° 05/09223.
 CA Reims, ch.soc. 9 mai 2007, n° 06/00268, *JurisData*, 2007-342735, *EURL Eurocarte cf Chevallier*.
 CA Paris, 25 octobre 2007, *Parfip France cf Art Toulouse*, n° RG, 05/12758.
 CA Paris ch. 5, 19 janvier 2006, *SARL Films sans Frontières /SA TVOR*, n° 02/21085, *JurisData* 2006-300814.
 CA Pau 5 octobre 2006, RG 04/03266.
 CA Versailles 1^{er} ch., 31 octobre 2006, n° 05/07242, *Hachette c/Belluci*.
 CA Bastia ch. corr. 15 novembre 2006, *RLDI* 2007, n° 24 note L. Grynbaum.
 CA Bordeaux, 17 mars 2005, n° 03/01278.

- CA Paris, 18 mai 2005, *S^{te} William Saurin c/S^{te} Raynal*.
 CA Bordeaux, 17 mars 2005, n° 03/01278.
 CA Paris 11^e ch., A, 17 mars 2004, *T.K. Yahoo, Inc /Association amicale des déportés d'Auschwitz et des Camps de Haute Silésie, RAP, etc., Communication Commerce électronique*, avril 2005, n° 4, comm. 72, note A. Lepage.
 CA Orléans, 2 juillet 2004, *CNOSF c/S^{te} Galec*.
 CA Nancy, ch. com, 10 octobre 2002, n° 10/01499.
 CA Versailles, 10 novembre 2000, n° 1999-202, *D. 2000.IR 307*.
 CA Aix en provence, ch. 2, 10 février 2000, n° 96.6294 *Giani /Sarl Marineland et autres, JurisData 2000-128816*.
 CA Aix-en-Provence, 13 mars 1997, *S^{te} Yves Saint Laurent c/Mme Fusco, JCPG. 1997, IV, 2305*.
 CA Paris, 15 décembre 1993, *S^{te} Yves Saint-Laurent c/Comité des vins de Champagne, D. 1994. 145, note P. Le Tourneau, JCPE 1994 II. 540, note F. Pollaud-Dulian, D. 21 juillet 1994, n° 27, p. 213-216, note C. Lampre, RTD.com. 2002, p.605, note N. Cuzacq, RJDA 6/94, p.483, note M.-A. Frison-Roche*.
 CA Paris, 15 septembre 1992, *D. 1993, jurispr. p. 98, note P. Delebecque*.
 CA Paris, 14 décembre 1987, *RTD com. 1990, p.284, obs. P. Bouzat*.
 CA Paris, 26 avril 1983, *D. J, 1983, p.376, note R. Lindon*.

JURIDICTIONS DE PREMIÈRE INSTANCE

- TGI Nanterre, 1^{re} chambre, 27 mars 2014, RG n° 14/027360, *affaire Gayet c/Closer*.
 TGI Paris, 31-1. ch. corr, 18 décembre 2013, *aff. Chimirec, Rev. envir. n° 6, juin 2014, comm. 48 L. Neyret*.
 TGI Paris, 3^e ch., 13 mars 2009, n° 2007/09467, PIBD 2009, III, p. 1289.
 TGI Paris, 3 septembre 2009, *Rev. Propr. Intell. 2009, p.377 obs. J.-M. Bruguière*.
 TGI Paris, 11^e ch., 16 janvier 2008, n° 993489010, *AJDA 2008. 394, note A. Van Lang, RSC 2008.344, obs. J. H. Robert0, JCP 2008 n° 12, II 100053, note B. Parance*.
 TGI Paris, 3^e ch., 14 décembre 2005, RG 2004/15816, *CVIM c/S^{te} Le Champagne*, PIBD 2006, III, p. 235.
 TGI Paris, ord. De référé, 20 novembre 2000, *Gaz. Pal. 2000. 348, p. 39*.
 T. corr. Marseille 10 décembre 2013, *aff. PIP*.
 T. corr. Paris, 11^e ch., 3^e sect, 5 octobre 2010, *RSC 2011. 126, obs. F. Stasiak*.
 T. corr. Paris 26 février 2002, *Yahoo, JurisData n° 2002-169041*.
 T. com. Bobigny, 26 septembre 2013, RG 2013/00400.
 T. com. Meaux, 24 janvier 2012, RG 2009/02296, *Min. de l'éco. c/E.M.C.*
 T. com. Meaux, 6 décembre 2011, RG 2009/02295, *Min. de l'éco. c/Provera*.
 T. com. Lille 7 septembre 2011, *JurisData 2011-020988, Min. de l'éco. c/SAS Eurauchan, n° 2009/05105*.
 T. com. Créteil, 2^e ch., 24 octobre 2006, jugement n° 2005F00025, *Min. de l'éco. c/SAS Système U centrale nationale*.
 T. adm. Paris, 3 juillet 2014, n° 1312345/6, note Petit (J.), *RFDA 2014.1193*.

AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE

- Aut. conc. n° 15-D-08, 5 mai 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de la viande de volaille.
 Aut. conc. n° 12-D-09, 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires.
 Aut. conc. n° 12-D-08 du 6 mars 2012, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives.
 Aut. conc. n° 12-D-23 du 12 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma.
 Aut. conc. n° 10-D-28, 20 sept. 2010, relative aux tarifs et au conditions liées appliquées par les banques et les établissement financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement.
 Aut. conc. n° 11-D-17 du 8 décembre 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives.
 Aut. conc. n° 05-D-65, 30 novembre 2005, relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile.
 Cons. conc. n° 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques.
 Cons. conc. n° 09-D-05 du 2 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire.
 Cons. conc. n° 07-D-03, 24 janv. 2007, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe par la société Clarins SA.
 Cons. conc. n° 94-D-21 du 22 mars 1994, relative à des pratiques de l'Office d'annonces, régisseur exclusif de la publicité dans les annuaires de France Télécom.



INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient au(x) numéro(s) des paragraphes.

A

- Action de groupe, 74, 349 et s.,
 - habilitation, 350 et s.
 - *opt out/opt in*, 354 et s.
 - action civile de groupe, 378 et s.
 - v. *Recours collectif*.
- Action confiscatoire, 53, 69 et s.
 - privée, 334 et s.
 - publique, 375 et s., 387, 344.
- Action privée,
 - compensatoire, 67, 72.
 - dualité de finalités, 338 et s.
 - v. *Action confiscatoire*.
 - action civile, 338.
 - action sociale, 342 et s.
 - association, 74, 346 et s.
- Action publique, 72, 69 et s., 359 et s.,
 - ministère public, 70, 84, 375 et s., 433.
 - DGCCRF, 71, 82, 388.
 - ministre de l'Économie, 82.
 - autorité de la concurrence, 39, 67, 71, 406.
- Alerte, 361 et s.,
 - alerte interne/externe, 370, 371.
 - citoyen économique, 369.
 - v. *Probabilité de sanction publique*.
- Amende,
 - pénale, 77 et s, 96.
 - administrative, 81, 106.
 - civile, 82, 107.
 - dissuasive, v. *Sanction optimale*.
- Analyse contrefactuelle,
 - surprofit, 398 et s.
- Analyse économique du droit,
 - méthode, 15.
 - v. *efficacité et effectivité*.
- Assiette,
 - Sanction monétaire confiscatoire publique, 230 et s.
 - Sanction monétaire confiscatoire privée, 255.
- Assurance,
 - non-assurabilité de la sanction confiscatoire, 260.
 - v. *Faute civile*.

B

- Becker (G.), 153, 174, 225 et s.

C

- Calcul coût-avantage, 4, 13, 226,
 - intention lucrative, 195.
- Cessation de l'illicite, 138 et s.
 - clause abusive, 65.
 - sanction normative, 139, 305.
 - coût nul, 133, 140.
- Circonstance aggravante,
 - en droit pénal, 169 et s., 308 et s.
 - en droit des pratiques anticoncurrentielles, 187.
- Classification des fautes lucratives, 75.,
 - fautes lucratives assorties d'une sanction publique expresse, 76 et s.
 - fautes lucratives non assorties d'une sanction publique expresse, 84 et s.
- Clémence,
 - v. *prime à l'auto-dénonciation*.
 - responsabilité civile confiscatoire du repentir, 368.
- Coefficient multiplicateur,
 - sanction monétaire publique confiscatoire, 234 et s.
 - sanction monétaire privée confiscatoire, 256.
- Concurrence déloyale, 48.,
 - faute lucrative, 85.
 - dommages et intérêts extra-compensatoires, 122, 212.
- Confiscation du gain illicite,
 - sanction civile, 215, 246 et s.
 - réparation du préjudice économique, 118.
 - sanction pénale, 100, 234.
- Contentieux civil économique, 380 et s.
 - intérêt à agir du ministère public, 386.
 - portée du droit d'agir, 387 et s.
- Contrefaçon,
 - faute lucrative, 77, 78.
 - responsabilité civile, 121.

D

- Déchéance,
- sanction non monétaire, 272 et s.
- immunité civile, 205 et s.
- v. *Interdictions, incapacités*.
- Délit civil,
- v. *Concurrence déloyale*.
- v. *Dol contractuel*.
- v. *Violation efficace du contrat*.
- Délit commercial,
- pratiques restrictives de concurrence, 50, 82, 105.
- Dénonciation,
- auto dénonciation, 362 et s.
- dilemme du prisonnier, 363.
- prime à, 362 et s.
- v. *Alerte*.
- Dirigeants,
- sanction personnelle, 274 et s.
- responsabilité civile, 205
- Dissuasion, 13,
- fonction de la peine, 223.
- répression, 295.
- v. *Sanction optimale*.
- Dol civil, 86,
- v. *Faute dolosive*.
- Dol pénal,
- *dol aggravé*, 163.
- *dol éventuel*, 159 et s.
- *dol général*, 156.
- *dol spécial*, 162.
- Domage objectif, 124, 128 et s., 142 et s.
- dommage au Marché, 133, 144.
- dommage au Vivant, 129, 142.
- Domage subjectif, 124,
- dommage réparable, 135.
- risque de dommage subjectif, 134 et s.
- dommage subjectif réalisé, 148 et s.
- Domages et intérêts punitifs, 240,
- droit comparé, 248.
- position de la doctrine, 238 et s.
- appartenance à la matière pénale, 301.
- v. *Peine privée*.
- Droit d'agir à fin de sanction confiscatoire,
- devant juge pénal, 338.
- devant juge civil, 339 et s.
- Droit allemand,
- concurrence déloyale, 253.
- Droit américain,
- dommages et intérêts punitifs, 248, 367.
- Droit anglais,
- *Exemplary damages*, 248.
- *Restitutionary damages*, 252.
- Droit québécois,
- article 1621 du Code civil, 248, 311.
- Droit suisse,
- actions confiscatoires, 253.
- Droit international privé,
- lois de police, 443.

- exception d'ordre public, 442.
- principe de territorialité, 440.
- théorie de l'ubiquité, 440.

E

- Effectivité, 107, 332,
- sanction privée, 335 et s.
- sanction publique, 359 et s.
- Efficacité, 107, 219.
- sanction privée, 239 et s.
- sanction publique, 222 et s.
- Efficiencie,
- de marché, 42.
- Emprisonnement, 282 et s.
- Art. L 420-6 Ccom, 285 et s.

F

- Faute lucrative,
- conception subjective /objective, 3.
- définitions doctrinales, 192 et s.
- élément légal, 19 et s.
- élément matériel, 88 et s.
- élément intentionnel, 152 et s.
- faute lucrative de masse, 320, 348 et s.
- faute lucrative opaque, 360 et s.
- *Affaire Champagne*, 116.
- *Affaire Kerviel*, 208 et s.
- *Affaire PIP*, 132, 136.
- *Affaire du Mediator*, 130, 143, 166.
- *Affaire Erika*, 142, 149 et et s., 158 et s.
- *Affaire de la Viande chevaline*, 132, 168, 237, 266.
- Faute civile,
- dolosive, 200, 202.
- intentionnelle, 199, 201.
- inexcusable, 198.
- lourde, 197.
- Fonctions de la responsabilité civile,
- indemnitaire, 114, 211.
- normative, 112, 214, 239.
- punitive, 244 et s.
- Forum shopping*, 439,
- obstacle à la mise en œuvre de l'action privée confiscatoire, 443.

G

- Gain illicite,
- gain négatif /gain positif, 94.
- preuve, 392 et s.
- v. *Assiette de la sanction confiscatoire*.
- Garanties de la sanction dissuasive,
- v. Principe de légalité.
- v. Principe de proportionnalité.
- v. Principe *non bis in idem*.
- v. Motivation.

I

- Illicéite, 23,
 - sources formelles, 23.
 - sources informelles, 24 et s.
 - v. *Élément légal*.
- Impérativité,
 - loi de police, 443.
 - règle d'ordre public, 26 et s.
 - règle confiscatoire, 447.
 - office du juge et de l'arbitre, 449 et s.
- Imputabilité,
 - faute lucrative civile, 205 et s.
- Incapacités, interdiction professionnelles,
 - personne morale, 263 et s.
 - personne physique, 275 et s., 312, 388.
- Indemnisation,
 - v. *Action privée compensatoire*.
 - v. *Préjudice économique*.
- Infraction,
 - pénale, 77 et s.
 - administrative, 81.
 - objective, 184 et s.
- Intention lucrative,
 - v. *Élément moral*.
 - *Animus cupidi*, 153.
- Intérêt à agir à fin de sanction extra-compensatoire,
 - de la victime, 340.
 - du ministère public, 386.

L

- Lien de causalité,
 - Entre la faute et le surprofit, 422 et s.

M

- Ministre de l'économie, 82, 344.
- Ministère public,
 - v. *Action publique, action publique confiscatoire*.
 - v. *Contentieux civil économique*.
- Mesure de sûreté,
 - confiscation, 222.
 - v. *Incapacités, Interdictions*, 265, 277.
- Motivation,
 - garantie de la sanction dissuasive, 329 et s.

N

- Nullité,
 - nullité relative/absolue, 59 et s.
 - v. *Restitutions*.

O

- Ordre public, 20 et s.,
 - fonction, 27.
 - ordre public économique, 36 et s.

- ordre public de marché, 39 et s.
 - dualité de l'ordre public économique, 55 et s.
 - dualité de l'ordre public de marché, 66 et s.

- Opportunité des poursuites,
 - probabilité de l'action publique, 376.

P

- Peine,
 - critères européens, 297.
 - critères constitutionnels, 298.
 - sanction confiscatoire civile multiple, 301.
- Peine civile,
 - amende civile, 105 et s., 300, 388.
- Peine privée,
 - affectation du profit illicite à la victime, 242, 258 et s.
 - peine semi-privée, 259.
 - v. *Dommages et intérêts punitifs*.
- Personne morale,
 - neutralisation, 263 et s.
 - v. *sanction pécuniaire*.
- Plafond,
 - fixe /proportionnel, 92, 237.
 - sanction monétaire publique, 238 et s.
 - sanction monétaire privée, 257.
- Préjudice économique, 118 et s.
- Preuve,
 - du profit illicite, 392 et s.
 - de l'intention lucrative, 410.
 - présomption de l'homme, 411 et s.
 - secret des affaires, 408.
- Principe de réparation intégrale, 115 et s., 211.
- Principe de légalité,
 - notion de faute lucrative, 308 et s.
 - sanction de la faute lucrative, 310 et s.
- Principe de proportionnalité,
 - proportionnalité-efficacité, 314 et s.
 - proportionnalité-limite, 316 et s.
- Principe *non bis in idem*,
 - articulation sanction confiscatoire publique et privée, 322 et s.
- Probabilité,
 - paramètre du calcul, 4, 14, 226.
 - v. *Effectivité de la sanction*.
- Profit,
 - profit licite, v. *Efficiencie de marché*.
 - profit illicite, v. *Gain illicite, v. Résultat économique*.
- Publicité, 292.

R

- Recours collectif,
 - conditions d'effectivité, 350 et s.
 - conditions d'efficacité, 354 et s.
 - v. *Action de groupe*.

Réparation,
 - v. *Préjudice économique*.
 - v. *Fonction de la responsabilité civile*.

Répétition de l'indu, 100, 240,
 - sanction normative, 304.
 - ministre de l'Économie, 345.
 - principe *non bis in idem*, 322 et s.

Répression,
 - v. *Matière pénale*.

Restitution,
 - enrichissement sans cause, 109, 250.
 - v. *Répétition de l'indu*.
 - v. *Droit anglais*.

Résultat d'une faute lucrative,
 - économique, 88 et s.
 - dommageable, 127 et s.

Risque de dommage,
 - élément matériel, 127.
 - conscience du risque, 159 et s.

S

Sanction monétaire confiscatoire publique,
 222 et s.
 - v. *Assiette*, 230 et s.
 - v. *Coefficient multiplicateur*.
 - v. *Plafond*.

Sanction monétaire confiscatoire privée,
 - mode de calcul, 255 et s.
 - affectation, 259 et s.
 - non-assurabilité, 260 et s.

Sanctions non monétaires,
 - personne morale, 263 et s.
 - personne physique, 273 et s.

Sanction répressive,
 - v. *Peine*.

Sanctions normatives,
 - sanction confiscatoire non multiple,
 303 et s.
 - cessation de l'illicite, 305.

- incapacités civiles professionnelles,
 306.

Sanction optimale, 226.

Sanction pécuniaire de l'article L. 464-2
 C. com., 81.
 - surprofit, 103 et s.
 - dommage à l'économie, 144 et s.
 - chiffre d'affaires, 231 et s.

Surprofit, 47,
 - activité licite exercée de manière illicite,
 398 et s.
 - gain mal acquis, 101 et s.
 - quantification, 104.
 - préjudice économique, 119.
 - v. *Profit illicite*.

Syndicat, 74,
 - droit d'agir, 345 et s.

T

Transaction, 426 et s.
 - dissuasion, 426 et s.
 - faute lucrative grave, 433 et s.
 - contrepartie restitutive, 436.

V

Violation efficace du contrat,
 - inexécution de mauvaise foi, 87.
 - préjudice économique, 118.
 - réparation en nature, 148.
 - affectation du gain illicite, 249.

W

Whistleblower,
 - protection, 373 et s.
 - v. *Citoyen économique*.
 - v. *Alerte*.

TABLE DES MATIÈRES

Préface	VI
Sommaire	XI
Principales abréviations	XIII
Introduction	1
I. Notion	2
A. Éléments de définition	2
B. Contexte spatio-temporel du sujet	6
II. Intérêt du sujet	9
A. Raisons d'être de la faute lucrative et de son combat	10
B. Enjeux, objectifs et plan de la thèse	14

Partie I UNE NOTION UNITAIRE

Titre I *Élément légal de la faute lucrative*

Chapitre I : L'ordre public de marché : origine de la diversité des fautes lucratives	23
Section I : Diversité et impérativité : caractéristiques de l'élément légal de la faute lucrative	23
A. La diversité des sources d'illicéité	24
1. Les sources formelles d'illicéité	24
2. Les sources informelles d'illicéité	25
B. Le caractère impératif de l'élément légal de la faute lucrative	27
1. L'impérativité des normes d'ordre public	27
2. L'impérativité expresse	29
3. L'impérativité discutée	30
Section II : L'avènement d'un ordre public de marché propice aux stratégies lucratives	33
A. L'édification d'un ordre public de marché	34
1. Une édification ralentie par des tensions idéologiques	34
2. La conversion à une économie de marché	36

B. La finalité de l'ordre public de marché favorable aux stratégies de calcul	39
1. Le but de l'ordre public de marché, l'efficacité	39
2. La quête individuelle de profit, vecteur d'efficacité	40
C. Les règles encadrant la quête de profit, cible des fautes lucratives	42
1. Les règles encadrant la liberté de la concurrence	43
2. Les règles encadrant la liberté contractuelle	45
3. Règles encadrant la liberté d'entreprendre	47
Conclusion du Chapitre I	49
Chapitre II: Le dualisme de l'ordre public de marché : fondement d'une classification des fautes lucratives	51
Section I: La dualité de l'ordre public	51
§ 1 - Le dualisme théorique de l'ordre public économique	52
A. Un dualisme théorique fondé sur la théorie moderne des nullités ...	52
1. L'intérêt préservé, critère de division de l'ordre public économique	52
2. L'argument juridique au soutien de cette dichotomie, la dualité des nullités	54
B. Les facteurs d'affaiblissement de ce dualisme théorique	55
1. Une frontière poreuse, la confusion des finalités au sein des dispositions d'ordre public de marché	56
2. L'inadéquation de la théorie moderne des nullités en droit du marché	58
§ 2 - Le dualisme procédural de l'ordre public de marché	59
A. Le double contentieux généré par une faute lucrative	60
B. La double action confiscatoire	62
1. Définition de l'action publique confiscatoire	62
2. Définition de l'action privée confiscatoire	64
Section II: Classification des fautes lucratives au regard de leur élément légal	68
§ 1 - Les fautes lucratives assorties d'une sanction publique expresse	68
A. Les fautes lucratives assorties d'une sanction pénale	68
B. Les fautes lucratives assorties d'une sanction administrative et civile	72
§ 2 - Les fautes lucratives non assorties d'une sanction publique expresse	75
A. Les fautes lucratives civiles extra contractuelles	76
B. Les fautes lucratives contractuelles	77
Conclusion du Titre I	83
Titre II	
<i>L'élément matériel de la faute lucrative</i>	
Chapitre I: Le résultat économique	87

Section I : Réaction inégale du droit répressif face au résultat économique d'une faute	90
A. L'indifférence de principe du droit pénal au résultat économique d'une infraction	90
1. Indifférence du profit illicite au stade de la qualification d'une infraction pénale	91
2. Prise en compte insuffisante du profit illicite au stade de la répression	94
B. Mérites et insuffisances du droit de la concurrence face au résultat économique	96
1. La prise en compte aléatoire du surprofit dans le calcul de la sanction pécuniaire du droit des pratiques anticoncurrentielles	98
2. Inefficacité et ineffectivité des amendes en droit des pratiques restrictives de concurrence	101
Section II : Réaction insuffisante du droit civil face au résultat économique d'une faute	104
A. L'absence de sanction du profit tiré d'une faute civile	105
1. Les carences du droit des quasi-contrats	105
2. La démission de la fonction normative de la responsabilité civile	108
B. Les limites de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile face à la confiscation du profit illicite	109
1. La prise en compte du profit illicite interdite par le principe de réparation intégrale (notamment en présence d'un seul préjudice moral)	110
2. La prise en compte du profit illicite autorisée, mais limitée par le principe de réparation intégrale en cas de concordance entre profit illicite et préjudice économique	113
Conclusion du Chapitre I	119
Chapitre II : Le résultat dommageable	121
Section I : Le risque de dommage, élément matériel de la faute lucrative ...	123
A. Le risque de dommage objectif	124
1. l'incrimination du risque de dommage objectif	124
2. L'évaluation du risque de dommage objectif	128
B. Le risque de dommage subjectif et son coût	130
1. Le traitement insuffisant du risque de dommage par la fonction indemnitaire de la responsabilité civile	131
2. Le traitement non dissuasif du risque de dommage par la fonction normative de la responsabilité civile	133
Section II : Le dommage réalisé, élément de calcul	138
A. Les inégalités de coût du dommage objectif effectif	138
1. Le faible coût du dommage effectif au Vivant	138
2. Le coût proportionnel du dommage au Marché	141
B. Les facteurs d'affaiblissement du coût des dommages subjectifs réalisés	145

Conclusion du Titre II	151
Titre III	
<i>L'élément moral de la faute lucrative</i>	
Chapitre I: L'intention lucrative en droit répressif	155
Section I: L'impossible classement du <i>dol lucratif</i> dans la hiérarchie des fautes en droit pénal	155
§ 1 - Qualification de l'intention lucrative en droit pénal <i>de lege lata</i>	156
A. Les qualifications possibles de la conscience d'un coût	156
1. Le coût pécuniaire ou la conscience de l'interdit, un dol général	156
2. Le coût social ou l'acceptation du risque de résultat dommageable, une faute involontaire ou le <i>dol éventuel</i>	158
B. L'impact de « la recherche d'un avantage économique » sur la nature de l'intention	162
1. Exclusion du <i>dol spécial</i>	162
2. Exclusion du <i>dol aggravé</i>	163
§ 2 - Qualification de l'intention lucrative <i>de lege feranda</i> , le <i>dol lucratif</i>	164
A. Les caractéristiques du <i>dol lucratif</i>	165
1. La recherche d'un gain illicite	165
2. Le mépris du risque pour autrui	165
B. Consécration du <i>dol lucratif</i> en droit pénal, une nouvelle circonstance aggravante générale	167
1. La nécessaire aggravation de la répression	167
2. La plasticité de la circonstance aggravante	169
Section II: La caractérisation du <i>dol lucratif</i> , révélateur d'une diversité des fautes en droit des pratiques anticoncurrentielles	172
A. Identification des pratiques anticoncurrentielles animées d'une intention lucrative	173
1. Le postulat : Toutes les pratiques anticoncurrentielles procèdent d'un calcul coût-avantage	173
2. Réfutation du postulat : certaines pratiques anticoncurrentielles ne procèdent pas d'un calcul coût-avantage	175
3. Caractéristiques d'une pratique anticoncurrentielle lucrative ...	180
B. Consécration de l'intention lucrative en droit des pratiques anticoncurrentielles	182
1. Réhabilitation impossible de l'intention au stade de la qualification	183
2. Réhabilitation possible de l'intention au stade de la répression	185
Conclusion du Chapitre I	189
Chapitre II: L'intention lucrative en droit civil	191
Section I: Qualification de la faute lucrative en droit de la responsabilité civile	192
A. Définition de la faute lucrative	192

1. Les définitions doctrinales proposées de la faute lucrative	192
2. Les traits saillants de la faute lucrative	194
B. Classement possible de la faute lucrative dans la hiérarchie des fautes civiles	196
1. Exclusion <i>a priori</i> de la qualification de faute non intentionnelle	196
2. Admission <i>a posteriori</i> de la qualification de faute intentionnelle ou dolosive	197
3. Confirmation partielle de cette assimilation en droit des assurances	199
Section II : Conséquences de cette assimilation de la faute lucrative à la faute intentionnelle ou dolosive	202
A. Conséquence sur l'imputabilité de la faute lucrative, la mise en échec des immunités civiles	203
1. L'imputabilité de la faute lucrative au dirigeant	204
2. L'imputabilité de la faute lucrative au préposé, l' <i>affaire Kerviel</i>	207
B. Conséquence sur la responsabilité de l'auteur	209
1. La responsabilité de l'auteur aggravée, expression insuffisante de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile	210
2. Pour le prononcé d'une sanction normative, l'indispensable expression de la fonction normative pour traiter la faute lucrative	214
Conclusion du Titre III	217
Conclusion de la Partie I	219

Partie II

UN RÉGIME DISSUASIF

Titre I

Les sanctions de la faute lucrative

Chapitre I : Nature des sanctions de la faute lucrative	225
Section I : Une sanction monétaire « confiscatoire » proportionnelle au résultat économique	225
§ 1 - La sanction monétaire confiscatoire publique	226
A. Le modèle de la peine confiscatoire dissuasive	226
1. Le modèle classique de la dissuasion	227
2. Le modèle beckerien de la dissuasion : la sanction optimale	228
3. Les objections apportées au modèle beckerien	231
B. Consécration de la sanction publique confiscatoire	232
1. L'assiette	232
2. Un coefficient multiplicateur strictement supérieur à 1	238
3. Les plafonds légaux	242
§ 2 - La sanction monétaire confiscatoire privée	246

A. Les facteurs de dissuasion de la sanction civile	247
1. Un <i>quantum</i> proportionnel au profit ou au dommage	247
2. Des éléments garantissant une probabilité forte de la sanction civile	251
B. Les obstacles à la dissuasion en droit de la responsabilité civile	253
1. L'admission controversée d'une fonction punitive adossée à la responsabilité civile	254
2. L'enrichissement de la victime	259
3. Synthèse, pour une sanction civile plurielle	265
C. Consécration de la sanction civile plurielle dissuasive	266
1. Le mode de calcul de la sanction civile plurielle	266
2. L'affectation du montant de la sanction confiscatoire	269
3. La non-assurabilité, une réponse consensuelle	272
Section II : Une sanction non monétaire proportionnelle au résultat dommageable	274
§ 1 - Pour un allègement des sanctions non monétaires des personnes morales	276
A. La neutralisation de la personne morale, une sanction discutée	277
1. Les facteurs d'inefficacité de la neutralisation	277
2. La nécessaire neutralisation des fautes lucratives commises sur le web	279
B. La « neutralisation ciblée » de la personne morale	283
1. La sanction de démantèlement	283
2. Les interdictions ciblées	285
§ 2 - Pour un renforcement des sanctions non monétaires des personnes physiques	286
A. Les mesures d'isolement de l'agent économique personne physique	288
1. Les mesures d'exclusion de la vie professionnelle	288
2. Les mesures d'exclusion de la vie économique et civile	291
B. Pour la stigmatisation des agents économiques malhonnêtes	293
1. La peine d'emprisonnement d'un agent économique, une sanction pénale discutée	293
2. Les mesures de publicité et de diffusion stigmatisant tous les auteurs de fautes lucratives	304
Conclusion du Chapitre I	307
Chapitre II : Régime des sanctions des fautes lucratives	309
Section I : Puniton et dissuasion, deux champs distincts	310
§ 1 - Le domaine de la peine	311
A. Les critères de la peine	312
B. Les sanctions de la faute lucrative revêtant la qualification de peine	315
1. Sanctions publiques monétaires et non monétaires	315
2. Sanction privée monétaire	317
§ 2 - Le domaine de la sanction « normative »	318

A. Sanction monétaire normative, la sanction confiscatoire non multiple	318
B. Les sanctions non monétaires normatives, cessation de l'illicéité et incapacités professionnelles	320
Section II : Les garanties de la sanction dissuasive	324
§ 1 - Les garanties tenant à l'existence de la sanction dissuasive	324
A. Le principe de légalité	324
1. La notion de « faute lucrative » à l'épreuve du principe de légalité des délits	325
2. La sanction de la faute lucrative à l'épreuve du principe de légalité des peines	326
B. Le principe de proportionnalité	330
1. Les critères de proportionnalité-efficacité de la double sanction	331
2. Les critères de proportionnalité-limite de la double sanction	332
§ 2 - Les garanties tenant au prononcé de la sanction dissuasive	334
A. Principe <i>non bis in idem</i> , limite au cumul de sanctions	334
1. L'hypothèse de la faute lucrative de masse	335
2. L'hypothèse d'une faute lucrative susceptible de plusieurs qualifications	336
3. L'hypothèse d'une faute lucrative provoquant un dommage plurilocalisé	342
B. La motivation	345
Conclusion du Titre I	349

TITRE II

La mise en œuvre des sanctions de la faute lucrative

Chapitre I : Les conditions de mise en œuvre propre à chaque action confiscatoire	353
Section I : Les conditions d'effectivité propres à l'action privée confiscatoire	353
§ 1 - Distribuer le droit d'agir à fin de sanction extra-compensatoire	353
A. Attribuer à la victime un droit d'agir à fin de sanction « extra-compensatoire »	354
1. <i>De lege lata</i> , l'admission d'un droit d'agir à fin de sanction extra-compensatoire de la victime devant le juge pénal	354
2. <i>De lege feranda</i> , l'admission du droit d'agir à fin de sanction extra-compensatoire devant le juge civil et commercial	356
B. Distribuer le droit d'agir à fin de sanction extra-compensatoire dans l'intérêt d'autrui	358
1. L'action en défense d'une personne morale	358
2. L'action en défense d'une personne faible	360
§ 2 - Regrouper les droits d'agir dans l'hypothèse d'une faute lucrative de masse	364
A. Les conditions d'effectivité du recours collectif	366
1. Pour une habilitation diversifiée des associations	366

2. Pour un champ d'application large de l'action de groupe	367
B. Les conditions d'efficacité du recours collectif	369
1. La constitution <i>opt out</i> du groupe en cas de faute lucrative	369
2. La portée « extra-compensatoire » de l'habilitation	371
Section II : Les facteurs d'effectivité propres à l'action publique confis- catoire	373
§ 1 - Encourager la dénonciation des fautes lucratives opaques	373
A. Inciter l'auteur d'une faute lucrative à se dénoncer, la prime à l'autodénonciation	375
1. Pour un recours systématique à la prime à l'autodénonciation dans tous les cas de délinquance d'affaires organisée	376
2. Pour une consolidation de la prime en droit de la concurrence	379
3. Pour le maintien d'une responsabilité civile du repentir	381
B. Inciter le citoyen économique à dénoncer l'auteur d'une faute lucrative	382
1. Multiplication des procédures d'alerte ouvertes au citoyen	383
2. La protection du <i>whistleblower</i>	386
§ 2 - Inciter le ministère public à exercer l'action publique	390
A. Maintenir le rôle de la victime dans la mise en œuvre de l'action publique	390
1. La mise en œuvre partagée de l'action publique	390
2. L'action civile de groupe en cas d'infraction lucrative de masse	391
B. Le rôle du ministère public dans le contentieux civil économique ..	393
1. Un domaine d'action historiquement controversé	395
2. Les conditions d'exercice de l'action publique du ministère public dans un contentieux civil économique	397
3. La portée du droit d'agir	398
Conclusion du Chapitre I	402
Chapitre II : Les conditions de mise en œuvre communes aux deux actions confiscatoires	403
Section I : La preuve de la faute lucrative, condition de bien-fondé de l'action confiscatoire	404
§ 1 - La preuve du résultat économique	405
A. L'évaluation du profit illicite	406
1. La quantification du profit illicite tiré d'une activité illicite	406
2. L'estimation du surprofit d'une activité exercée de manière illicite	411
B. L'accès à la preuve comptable	417
1. Les modes d'accès à la preuve	417
2. Le secret des affaires, une difficulté surmontable	419
§ 2 - La preuve du <i>dol lucratif</i>	421
A. La preuve du caractère délibéré	422
1. Preuve de la connaissance de l'interdit	422
2. La preuve de la conscience du risque pour autrui	426
B. La preuve de la recherche d'un gain illicite	428

1. La preuve d'une quête de gain	428
2. La preuve de la conscience du caractère illicite du gain	429
C. La preuve du lien de causalité entre la faute et le gain illicite	430
Section II : Les obstacles communs au succès de l'action à fin de sanction ..	433
§ 1 - La transaction sur la sanction dissuasive, cause d'extinction de l'action à fin de sanction	434
A. L'incompatibilité <i>a priori</i> des effets de la transaction avec l'objectif de dissuasion	434
1. La désactivation de la dissuasion par l'effet extinctif de la transaction	435
2. La désactivation de la dissuasion par l'abaissement du <i>quantum</i> de la sanction	435
B. Les conditions d'une compatibilité sauvegardée <i>a posteriori</i>	437
1. L'interdiction <i>de lege lata</i> de transiger en cas de faute lucrative grave	438
2. La possibilité <i>de lege feranda</i> d'imposer une mesure confisca- toire et une mesure de publicité	440
§ 2 - Les stratégies d'éviction de la loi confiscatoire française	441
A. Les mécanismes garantissant l'application de la loi française confiscatoire par le juge	442
1. Mécanismes internes garantissant l'application de la loi « pénale » française	443
2. Mécanismes internes garantissant l'application de la loi civile française	446
B. L'impérativité de la règle confiscatoire	449
1. Nul ne doit tirer profit de son délit, une règle d'ordre public	449
2. Conséquence de l'impérativité de la règle confiscatoire sur l'office du juge et de l'arbitre	450
Conclusion du Titre II	455
Conclusion de la Partie II	457
Conclusion Générale	459
Propositions de thèse	463
Bibliographie	467
Index alphabétique	485

