



HAL
open science

La sanction de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation : étude de droit français et luxembourgeois

Cécile Pitzalis

► **To cite this version:**

Cécile Pitzalis. La sanction de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation : étude de droit français et luxembourgeois. Droit. Université de Lorraine, 2016. Français. NNT : 2016LORR0239 . tel-01752393

HAL Id: tel-01752393

<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01752393>

Submitted on 10 Jan 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.



AVERTISSEMENT

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

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

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

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

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

THÈSE

Soutenue le 26/10/2016 à Luxembourg

En vue de l'obtention du grade académique de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG
EN DROIT
ET
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE LORRAINE
EN DROIT

par

Cécile PITZALIS épouse WELCH

née le 12 janvier 1989 à Nancy (France)

LA SANCTION DE L'OBLIGATION LÉGALE
D'INFORMATION EN DROIT DES CONTRATS DE
CONSOMMATION : ÉTUDE DE DROIT FRANÇAIS ET
LUXEMBOURGEOIS

Jury de thèse

Dr Élise POILLOT, directrice de thèse
Professeur, Université du Luxembourg

Dr Xavier HENRY, directeur de thèse
Professeur, Université de Lorraine

Dr Pascal ANCEL, président
Professeur, Université du Luxembourg

Dr Jean-Michel GASSER, président suppléant
*Maître de Conférences, HDR, Université de
Lorraine*

Dr Malo DEPINCÉ, rapporteur
*Maître de Conférences, HDR, Université de
Montpellier*

Dr Fabrice DEFFERRARD, rapporteur
*Maître de Conférences, HDR, Université de Reims
Champagne-Ardennes*

À mon grand-père, Antoine.

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

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier mes directeurs de thèse pour leur investissement, leur disponibilité ainsi que leur soutien tout au long de ce projet. Je remercie Mme Élise Poillot de m'avoir proposé ce sujet passionnant et d'y avoir apporté une vision européenne. Je remercie M. Xavier Henry de m'avoir initiée à la recherche en Master puis de m'avoir accompagnée dans une thèse de doctorat. Leurs réflexions et leurs encouragements ont été indispensables à la réalisation de ce travail.

Mes remerciements vont ensuite aux membres de mon CET, M. Pascal Ancel et M. Stefan Braum pour avoir partagé leur expérience et leurs précieux conseils, ainsi que pour leurs remarques et questions qui ont été une source permanente de challenge et d'ouverture.

Je remercie les professeurs et les professionnels qui ont accepté de partager leurs connaissances. Je remercie particulièrement la DGDDRF, l'ILNAS, l'ILR et la Police grand-ducale, ainsi que MM. Georges Ravarani et Bob Schmitz.

Je tiens ensuite à remercier l'association française ORGECO 54 ainsi que son Président pour m'avoir permis de me confronter à la réalité des litiges de consommation il y a de cela plusieurs années, et d'avoir confirmé ma passion pour cette matière.

Je remercie mes amis et collègues de l'Université du Luxembourg que cette expérience m'a donné la chance de rencontrer : Bahya Bouharati, Mariana Peña-Pinon, Clémentine Boulanger, Cécile Pellegrini, Anthi Beka, Sophie De Sanctis, et Jeff Ellsworth.

Je remercie particulièrement Delphine Jeanpierre pour son amitié et son soutien infailibles, pour son aide, ses relectures ainsi que ses nombreux conseils pratiques et informatiques tout au long de ce travail de thèse.

Mes remerciements vont également à mes amis et à ma famille dont la présence et les encouragements ont été précieux.

Je remercie particulièrement mes parents, Marc et Danielle, pour leur soutien inconditionnel, leurs perpétuels encouragements et d'avoir été, tout au long de ce projet, les moteurs de ma ténacité.

Enfin, je souhaite remercier mon mari Matt d'avoir embarqué sans hésitation dans cette aventure, de m'avoir apporté une constante énergie ainsi qu'une présence lumineuse dans les moments les plus sombres.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AAI	Autorité administrative indépendante
aff.	Affaire
AJCA	Actualité Juridique Contrats d'affaire – Concurrence – Distribution (France)
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif (France)
al.	Alinéa
ALJB	Association Luxembourgeoise des Juristes de Droit Bancaire
Am. J. Comp. L.	The American Journal of Comparative Law
anc.	Ancien
art.	Article
Ass. Plén.	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (France)
Banque et Droit	Revue Banque et Droit (France)
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation (France)
BID	Bulletin Intérieur de Documentation (France : administration)
BIJ	Bulletin d'information juridique du Jeune barreau de Luxembourg
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (France)
Bull. Dr. et Banque– ALJB	Bulletin Droit et Banque – ALJB (Luxembourg)
c.	Contre
CA	Cour d'appel (France et Luxembourg)
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
Cass.	Cour de cassation (France et Luxembourg)
Cass. 1 ^{ère} , 2 ^{ème} ou 3 ^{ème} civ.	Arrêts de la Chambre civile de la Cour de cassation, 1 ^{ère} , 2 ^{ème} ou 3 ^{ème} Chambre (France)

Cass. com.	Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation (France)
Cass. crim.	Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (France)
C. aviation	Code de l'aviation civile (France)
CCA	Commission des clauses abusives (France)
CCE	Communication Commerce électronique (France)
C. civ.	Code civil
C. consom.	Code de la consommation
C&C	Revue concurrence et consommation (DGCCRF, France)
CDEC	Commission du droit européen des contrats
CE	Conseil d'État (France et Luxembourg)
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEDECE	Commission pour l'étude des Communautés européennes
CEE	Communauté économique européenne
CETEL	Centre d'Étude, de Technique et d'Évaluation Législative (Université de Genève)
cf.	confer
Ch.	Chambre
Ch. dr. fond. UE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
chron.	Chronique
C. mon. fin.	Code monétaire et financier (France)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
comm.	Commentaire
cons.	Considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel (France)
Contrats-conc.-consom.	Revue Contrat, concurrence, consommation (France)
Conv. EDH (coord.)	Convention européenne des droits de l'Homme Sous la coordination de
Cour IDH	Cour interaméricaine des droits de l'Homme
CPI	Code de la propriété intellectuelle (France)

C. pr. pén.	Code de procédure pénale (France)
CSJ corr. ou CA corr.	Arrêt d'une chambre correctionnelle de la Cour d'appel, désignée par certains auteurs comme la Cour supérieure de justice (Luxembourg)
CSP	Code de la santé publique (France)
D.	Décret
D.	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (France)
der.	Dernier(ère)
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (France)
(dir.)	Sous la direction de
doc.	Document
Doc. fr.	La Documentation française
doc. parl.	Document parlementaire
doctr.	Doctrine
Dr. et patri.	Droit et patrimoine (France)
Dr. pén.	Revue Droit pénal (France)
Dr. sociétés	Revue Droit des sociétés (France)
Europe	Revue Europe
Fasc.	Fascicule
fr.	Français(e)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais (France)
gr. ch.	Grande chambre
HAL	HAL archives-ouvertes.fr
Ibid.	<i>Ibidem</i> (même source)
ILR	Institut Luxembourgeois de Régulation
ILT	Institut Luxembourgeois des Télécommunications
IR	Informations rapides du Recueil Dalloz (France)
J.-Cl.	JurisClasseur (France)
J.-Cl. Com.	JurisClasseur Commercial (France)
J.-Cl. Conc.-consom.	JurisClasseur Concurrence-Consommation (France)

J.-Cl. Europe	JurisClasseur Europe Traité (France)
JCP	JurisClasseur Périodique (Semaine juridique) (France)
JCP E	JurisClasseur Périodique, édition Entreprise (France)
JCP G	JurisClasseur Périodique, édition Générale (France)
JORF	Journal officiel de la République française, Lois et Décrets
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
J.T.L.	Journal des tribunaux Luxembourg
JUDOC	Base de données des décisions de justice les plus importantes (Luxembourg), ancien CREDOC
L.	Loi
LDPA	Lamy Droit pénal des affaires (France)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches (France)
lux.	Luxembourgeois(e)
n°	Numéro(s)
No.	Numéro (s)
obs.	Observations
op. cit.	<i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
p. (pp.)	Page(s)
paragr.	Paragraphe
Pas.	Pasicrisie luxembourgeoise
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUR	Presses Universitaires de Rennes
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité (France)
RCA	Revue Responsabilité civile et assurances (France)
RDC	Revue des contrats (France)
RDI	Revue de droit immobilier (France)
RDP	Revue du droit public (France)
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz (France)
Rev. UE	Revue de l'Union européenne

RGDA	Revue générale du droit des assurances (France)
RIDC	Revue internationale de droit comparé
R.J.T.	Revue Juridique Themis
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires (France)
RLDC	Revue Lamy Droit Civil (France)
RSC	Revue de science criminelle (France)
RTD Eur	Revue trimestrielle de droit européen
s.	Suivant(e)s
sess.	Session
SJEA	Semaine Juridique Entreprise et Affaires (France)
SJEG	Semaine Juridique Édition Générale (France)
SNAT	Service National des Avertissements Taxés (Luxembourg)
spéc.	Spécialement
STE	Série des traités européens (Conseil de l'Europe)
TCE	Traité instituant la Communauté européenne (1193- 2009)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (depuis 2009)
TGI	Tribunal de grande instance (France)
TI	Tribunal d'instance (France)
T. pol.	Tribunal de police (France)
Trib. Diekirch	Tribunal d'arrondissement de Diekirch (Luxembourg)
Trib. Luxembourg	Tribunal d'arrondissement de Luxembourg
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
ULC	Union Luxembourgeoise des Consommateurs
V.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS.....	1
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	3
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION.....	11
TITRE PRÉLIMINAIRE – UNE QUESTION DOMINÉE PAR LE DROIT DE L’UNION EUROPÉENNE	39
CHAPITRE I – L’ANALYSE DES COMPÉTENCES DE L’UNION EUROPÉENNE	41
CHAPITRE II – LA POSITION INDÉCISE DE L’UNION EUROPÉENNE QUANT À L’HARMONISATION DES SANCTIONS.....	51
CHAPITRE III – LES PROPOSITIONS DE LA DOCTRINE EUROPÉENNE QUANT À LA DÉTERMINATION DE SANCTIONS AUX OBLIGATIONS D’INFORMATION EN DROIT DE L’UNION EUROPÉENNE	79
CHAPITRE IV – LE RÔLE D’ORIENTATION DU JUGE DE L’UNION À TRAVERS SON POUVOIR D’INTERPRÉTATION DU DROIT	83
 PARTIE I – LE CONSTAT DE L’INEFFICACITE DES SYSTEMES FRANÇAIS ET LUXEMBOURGEOIS.....	107
TITRE I – UN SYSTÈME DE SANCTIONS HÉTÉROGÈNE.....	109
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE – UNE VARIÉTÉ DE SANCTIONS COMMUNE AUX DEUX SYSTÈMES	111
CHAPITRE I – L’EXISTENCE DE SANCTIONS EXPRESSES	181
CHAPITRE II – UNE ABSENCE PONCTUELLE DE SANCTIONS EXPRESSES	191
CHAPITRE III – LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE 2011/83/UE DU 25 OCTOBRE 2011 RELATIVE AUX DROITS DES CONSOMMATEURS COMME OPPORTUNITÉ LEGISLATIVE DE CORRECTION DU SYSTÈME DE SANCTION DE L’OBLIGATION LEGALE D’INFORMATION.....	351
 TITRE II – LE CUMUL DES SANCTIONS.....	367
CHAPITRE I – LES DIVERSES SITUATIONS DE CUMUL.....	369
CHAPITRE II – LES PROBLÈMES CAUSÉS PAR LE CUMUL	447

PARTIE II – LES CONDITIONS DE L’EFFICACITE DES SYSTEMES FRANÇAIS ET LUXEMBOURGEOIS	485
TITRE I – LA CRÉATION D’UNE TYPOLOGIE FONCTIONNELLE DE LA SANCTION DE L’OBLIGATION LÉGALE D’INFORMATION	487
CHAPITRE I – PRÉSENTATION DES DIFFÉRENTES FONCTIONS DE LA SANCTION DE L’OBLIGATION LÉGALE D’INFORMATION	489
CHAPITRE II – ESSAI DE CLASSIFICATION	493
TITRE II – L’ESSAI DE POLITIQUE LÉGISLATIVE : POUR UN RÉGIME SPÉCIFIQUE DE LA VIOLATION DE L’OBLIGATION LÉGALE D’INFORMATION PAR LE CUMUL LÉGAL DES SANCTIONS.....	505
CHAPITRE I – UN CUMUL THÉORIQUEMENT JUSTIFIÉ PAR LA DIVERSITÉ DES FONCTIONS DE LA SANCTION DE L’OBLIGATION LÉGALE D’INFORMATION	507
CHAPITRE II – UN CUMUL RÉALISABLE EN PRATIQUE EN RAISON DE LA DIVERSITÉ DES FONCTIONS DE LA SANCTION DE L’OBLIGATION LÉGALE D’INFORMATION	513
CONCLUSION GENERALE	537
ANNEXES.....	541
BIBLIOGRAPHIE	543
INDEX.....	593
TABLE DES MATIERES	597

INTRODUCTION

1. Inspiré de « *l'histoire lointaine* »¹, du Code d'Hammurabi, du droit romain et de la police médiévale des foires et marchés², le droit de la consommation est tout d'abord apparu sous une forme répressive afin de lutter contre les fraudes et falsifications réalisées par les personnes peu honnêtes. C'est seulement à partir de la seconde moitié du XX^e siècle que le droit de la consommation s'est développé comme un droit fonctionnel, ayant pour objectif de protéger les consommateurs. En effet, la naissance du consumérisme en réaction au développement de la société de consommation a incité les législateurs de nombreux pays à se doter de dispositions spécifiques aux relations de consommation, plus protecteur que le droit commun des contrats qui se révélait insuffisant. Ainsi, selon M. Paul Ourliac « [I]a *publicité endort et fait rêver ; mais le jour où le consommateur se réveille naît le consumérisme* »³. La société de consommation s'est développée autour du marketing⁴, de la standardisation des produits, services et contrats, des nombreuses pratiques commerciales et des nouvelles techniques de communication. Il en résulte une situation de déséquilibre inhérente à la relation entre le consommateur constamment sollicité pour contracter, et le professionnel à la recherche de la réalisation de profit, parfois au détriment des intérêts du consommateur.

2. La protection du consommateur est nécessaire puisqu'il est un acteur économique essentiel. Sa protection est principalement réalisée par la protection de son consentement qui doit être éclairé et réfléchi, ainsi que par la réglementation et l'interdiction de certaines pratiques commerciales. Les études relatives au droit de la consommation sont multiples, qu'elles soient relatives à un aspect spécifique⁵, à une réglementation particulière⁶, à sa relation avec les autres droits⁷, ou à ses sanctions⁸.

¹ PICOD Yves et DAVO Hélène, *Droit de la consommation*, 2^e éd., 2010, n° 1.

² *Ibid.*

³ OURLIAC Paul, *Le passé du « consumerism »*, annales de l'Université de Toulouse, Université des sciences sociales, 1979, p. 217.

⁴ V. LINDA ARCELIN-LÉCUYER, *Droit de la publicité*, PUR, 2011 ; CHEVALIER Michel et DUBOIS Pierre-Louis, *Les 100 mots du marketing*, Que-sais-je ? PUF, 2009 ; CORNU Geneviève, *Sémiologie de l'image dans la publicité*, coll. E.O.Sup, Les éditions d'organisation, 1990 ; GRUNIG Blanche, *Les mots de la publicité. L'architecture du slogan*, Presses du CNRS

⁵ BAZIN Éric, *Le consentement du consommateur*, thèse, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2000.

3. L'étude de l'évolution du droit de la consommation démontre que le législateur a donné une place centrale à l'obligation d'information⁹ (I). Celui-ci en a fait un outil à la fois de protection des consommateurs et de régulation du marché. Se pose toutefois la question de l'efficacité de la sanction de l'obligation légale d'information à laquelle il faudrait idéalement joindre celle de l'effectivité des normes matérialisant cette sanction, question vaste qui mérite une étude en elle-même et ne sera donc évoquée dans ce travail que lorsque le besoin s'en fera sentir. Revenant à la question de l'efficacité, il est intéressant d'analyser les choix opérés par les législateurs et l'application faite par les juges des sanctions relatives au manquement de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation dans deux droits distincts mais similaires que sont le droit français et le droit luxembourgeois (II).

I. L'évolution des droits français et luxembourgeois de la consommation

4. Il convient de présenter brièvement le contexte général (A) dans lequel s'inscrit l'étude de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation (B).

A. Le contexte général

5. Tout d'abord, l'évolution du droit de la consommation permet de comprendre la place accordée par le législateur à l'obligation d'information (1). Ensuite, le choix de comparer les droits français et luxembourgeois s'explique par le passé historique et législatif commun de ces deux pays (2) puisqu'ils rendent d'autant plus intéressantes à analyser leurs similitudes et leurs divergeances.

⁶ BRICKS Hélène, *Les clauses abusives*, LGDJ, 1982.

⁷ POILLOT Élise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, thèse, LGDJ, 2004 ; RZEPECKI Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse, PUAM, 2002.

⁸ DOUCHE-DOYETTE Nathalie, *La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation*, thèse, Université de Lorraine, 2012 ; CALAIS-AULOY Jean, « Les sanctions en droit de la consommation », in *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2006, p. 75 et s.

⁹ FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, 1992.

1. L'évolution du droit de la consommation

6. Le 15 mars 1962, John Fitzgerald Kennedy, 35^{ème} Président des Etats-Unis, a adressé un « *message spécial au Congrès pour protéger l'intérêt du consommateur* »¹⁰. Dans ce discours, le Président a dépeint le paradoxe de la société de consommation : malgré le fait que nous soyons tous des consommateurs, il s'agit de l'unique groupe de l'économie qui n'est pas effectivement organisé ni entendu¹¹. Or, quatre droits devraient être garantis aux consommateurs : le droit à la sécurité, le droit d'être informé, le droit de choisir et le droit d'être entendu. Le Président explique que le droit d'être informé s'entend du droit d'être protégé contre l'information, la publicité, les labels ou autres pratiques frauduleuses, déloyales ou trompeuses, et d'obtenir les informations nécessaires pour faire un choix éclairé¹².

7. C'est ainsi que l'impulsion du mouvement consumériste fut donnée, mouvement qui a pour objectif de protéger les intérêts des consommateurs et dont Ralph Nader sera le leader emblématique. L'importance de ce mouvement se concrétise notamment en 1966 lorsque le Congrès américain adopte la loi sur la sécurité de la circulation et des véhicules automobiles¹³ qui donne notamment à l'administration des transports¹⁴ le pouvoir d'ordonner aux entreprises le retrait des véhicules défectueux ou ne correspondant pas aux critères standards de sécurité. Cet acte législatif est une réponse au livre de Nader intitulé « *Ces voitures qui tuent* »¹⁵, publié en 1965 et qui démontre la dangerosité de la Chevrolet Corvaire qui sera par la suite retirée du marché par La General Motors.

¹⁰ Discours de J. F. Kennedy du 15 mars 1962 devant le Congrès américain « *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest* » (<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108> : le site « *American Presidency Project* » (americanpresidency.org) a été établi en 1999 en tant que collaboration entre John T. Woolley et Gerhard Peters à l'Université de Californie à Santa Barbara.

¹¹ « *To the Congress of the United States: Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all spending in the economy is by consumers. But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard.* »

¹² « *(2) The right to be informed, to be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice.* »

¹³ « *The National Traffic and Motor Vehicle Safety Act* », adoptée en 1966 et codifiée au titre 49 du chapitre 301 du Code des Etats-Unis (« *originally enacted in 1966 and now recodified as 49 U.S.C. Chapter 301* » <http://www.nhtsa.gov/Vehicle+Safety/Recalls+and+Defects/Motor+Vehicle+Safety+Defects+and+Recalls+Campaigns>).

¹⁴ *Department of Transportation's National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA)*.

¹⁵ Ralph Nader, « *Unsafe at Any Speed* », *Grossman Publishers*, 1965; traduit en français par Anne-Marie Suppo et Anne de Pérignon sous le titre « *Ces voitures qui tuent* », Flammarion, 1966.

8. À la suite du lancement du mouvement consumériste aux Etats-Unis, celui-ci s'est étendu progressivement à la France, à l'Europe, à l'Union européenne et au monde. Avant même l'adoption de la première loi protégeant les consommateurs en 1971, concernant l'enseignement à distance¹⁶, la France a vu naître divers organismes ayant le même objectif. L'Union Fédérale des Consommateurs (UFC – Que choisir) est une association de consommateurs à but non lucratif, créée en 1951, qui « *informe, conseille et défend les consommateurs* »¹⁷ et publie en 1961 sa revue du même nom¹⁸. Puis le Comité National de la Consommation (CNC) voit le jour en 1960¹⁹ et a un rôle consultatif auprès du ministre des finances en permettant « *la confrontation permanente des représentants des pouvoirs publics et des représentants de l'intérêt collectif des consommateurs* »²⁰ (il sera remplacé en 1983 par le Conseil national de la consommation²¹). L'institut National de la Consommation est un « *établissement public national à caractère administratif* »²² créé en 1966 qui « *constitue un centre de recherche, d'information et d'études sur les problèmes de la consommation* »²³ ; il publie la revue *50 Millions de consommateurs* depuis 1970²⁴, devenue *60 Millions de consommateurs*. Après la loi de 1971, le législateur a réglementé les divers secteurs du droit de la consommation les uns après les autres, engendrant une superposition de textes et faisant du droit de la consommation un droit pragmatique mais massif. A ainsi été réglementé successivement le démarchage à domicile²⁵, la publicité trompeuse²⁶, le crédit mobilier²⁷ dit crédit à la consommation, les produits dangereux²⁸, le crédit immobilier²⁹, etc.

9. Les initiatives consuméristes datent également des années 1960 au Luxembourg puisque l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs a été créée le 4 décembre 1961. Elle est une

¹⁶ Loi n° 71-556 du 12 juillet 1971 relative à la création et au fonctionnement des organismes privés dispensant un enseignement à distance, ainsi qu'à la publicité et au démarchage faits par ces établissements d'enseignement.

¹⁷ <http://www.quechoisir.org>.

¹⁸ « *Le Guide du Consumérisme* », INC Document, Édition 2006, page 4.

¹⁹ Décret n° 60-1390 du 19 décembre 1960 Comité National de la Consommation.

²⁰ Article 2 du D. n° 60-1390 du 19 déc. 1969 instituant le CNC.

²¹ Décret n° 83-642 du 12 juillet 1983 portant création d'un Conseil national de la consommation.

²² Article 22, alinéa 1 de la loi n° 66-948 du 22 décembre 1966 de finances rectificative pour 1966.

²³ Article 22, alinéa 2 de la loi n° 66-948 du 22 décembre 1966 de finances rectificative pour 1966.

²⁴ « *Le Guide du Consumérisme* », INC Document, Édition 2006, page 4.

²⁵ Loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile.

²⁶ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat dite loi Royer.

²⁷ Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dite loi « Scrivener 1 ».

²⁸ Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 dite « Scrivener » sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

²⁹ Loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, dite loi « Scrivener ».

association à but non lucratif qui a pour ambition « *la protection, la défense, l'information et l'éducation des consommateurs luxembourgeois* »³⁰.

En 1983, le législateur luxembourgeois a adopté la première loi de protection juridique du consommateur concernant les clauses abusives³¹. A ensuite été adoptée une série de lois réglementant le droit de la consommation par secteurs, comme en France, et concernant le crédit à la consommation³², la vente de voyages ou de séjours³³, l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers³⁴, au commerce électronique³⁵, etc.

10. C'est en 1973 que l'Europe a notamment reconnu le droit à l'information du consommateur lorsque l'Assemblée du Conseil de l'Europe a adopté la Charte de protection des consommateurs³⁶. Concernant l'Union européenne, le Conseil de la Communauté économique européenne a établi en 1975 un programme préliminaire pour une politique de protection et d'information des consommateurs³⁷. Cette politique communautaire avait pour objectif « *le renforcement et la coordination des efforts pour protéger les consommateurs dans la Communauté économique européenne* »³⁸. Quelques années plus tard, l'Union européenne a alors adopté une série de directives relatives notamment aux contrats conclus hors établissements commerciaux³⁹, au crédit à la consommation⁴⁰, aux clauses abusives⁴¹ et aux contrats à distance⁴². La politique de protection des consommateurs qui procède à l'harmonisation des réglementations des États membres en matière de consommation s'est

³⁰ <http://www.ulc.lu/fr/Presentation/Default.asp?Id=1>.

³¹ Loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, publication au Mémorial A n° 70 du 1^{er} sept. 1983, p. 1494.

³² La loi modifiée du 9 août 1993 réglementant le crédit à la consommation, Mém. A – N° 66 du 24 août 1993, p. 1181.

³³ Loi du 14 juin 1994 portant réglementation des conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours et portant transposition de la directive du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, Mém. A – N° 58 du 6 juill. 1994, p. 1092.

³⁴ Loi du 18 décembre 1998 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiels de biens immobiliers, Mém. A – N° 4 du 26 janv. 1999, p. 70.

³⁵ Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique, Mém. A – N° 96 du 8 sept. 2000, p. 2176.

³⁶ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution n° 543 (1973), 17 mai 1973.

³⁷ Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, Journal officiel n° C 092 du 25/04/1975 p. 0002 – 0016.

³⁸ Point 1 de l'introduction du programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs.

³⁹ Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

⁴⁰ Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation.

⁴¹ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

⁴² Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

donc surtout développée dans les années 1990⁴³ et participe à l'harmonisation des obligations d'information au sein des États membres, notamment afin de faciliter le commerce transfrontière. Ensuite, l'intérêt des consommateurs a également été reconnu mondialement. L'association à but non lucratif *Consumers International* (CI) fut créée en 1960 et regroupe actuellement 240 organisations dans 120 pays. Elle a pour mission de promouvoir internationalement les droits des consommateurs à travers des actions concrètes de développement et de protection avec ses membres. Enfin, l'Organisation des Nations Unies a adopté le 16 avril 1985⁴⁴ un texte mettant en avant la protection des consommateurs, notamment en encourageant la création de programmes d'information et d'éducation⁴⁵.

II. Il est important de constater que le droit français et le droit luxembourgeois ont en commun d'avoir un droit de la consommation codifié. En 2011, le Luxembourg est ainsi le troisième pays de l'Union européenne à opter pour la codification du droit de la consommation⁴⁶, après la France en 1993⁴⁷, et l'Italie en 2005, ainsi que le quatrième pays au niveau mondial, le pays innovateur étant le Brésil en 1990. Il s'est agi, pour le législateur luxembourgeois de s'inspirer du modèle français permettant « *de faciliter l'accessibilité des consommateurs aux normes qui le protègent* »⁴⁸. M. Jeannot Krecké, Ministre de l'Économie et du Commerce extérieur en 2008, se réjouissait alors en ces termes à propos de la future introduction du Code : « [l]e présent ouvrage viendra combler un vide laissé par une doctrine luxembourgeoise qui semble ignorer l'importance des contrats conclus par les

⁴³ PICOD Yves et DAVO Hélène, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey Université, 2010, n° 1.

⁴⁴ Résolution n° A/RES/39/248 (<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>).

⁴⁵ Point F, considérants 31 et suivants de la Résolution.

⁴⁶ Le Code de la consommation luxembourgeois a été introduit par la Loi du 26 avril 2011 portant introduction d'un Code de la consommation pour la partie législative (Mém. A – N° 69 du 12 avril 2011, p. 1120) et par le Règlement grand-ducal du 19 mai 2011 en ce qui concerne la partie réglementaire (Mém. A – N° 105 du 24 mai 2011, p. 1666), v. RAUSCH Pierre, « Le projet de Code de la consommation luxembourgeois », in PRÜM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 51 et s. (l'auteur traite du périmètre du projet de Code ainsi que du type de codification retenu par les gouvernements) ; HIEZ David, « Le Code de la consommation luxembourgeois », in PRÜM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, *op. cit.*, p. 95 et s. ; sur le contexte de la codification dans le contexte européen v. : ALPA Guido, « Les enjeux d'une codification du droit de la consommation au regard en particulier des initiatives communautaires », in PRÜM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, *op. cit.*, p. 13 et s.

⁴⁷ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 (codifie la partie législative) et décret n° 97-298 du 27 mars 1997 (codifie la partie réglementaire).

⁴⁸ POILLOT Élise, « Le Code luxembourgeois de la consommation : étude de droit interne et de droit comparé », JTL n° 25, Larcier, 5 févr. 2013, p. 1. L'auteur ajoute que le droit de la consommation luxembourgeois a été codifié à droit constant, à l'image des droits français et italien.

consommateurs »⁴⁹. De ce point de vue, l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs avait en quelque sorte pris les devants en publiant en 1974 un Code du consommateur qui rassemblait les divers textes existant en la matière⁵⁰.

12. Les droits français et luxembourgeois de la consommation se trouvent, à l'instar des droits des autres Etats membres de l'UE, sous l'influence du droit européen⁵¹. Le projet de loi portant introduction d'un Code de la consommation luxembourgeois en date de 2008 affirmait d'ailleurs qu'« *hormis la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur très novatrice en son temps et qui précédait la directive relative aux clauses abusives adoptée en 1993, le législateur luxembourgeois suit en fait le mouvement communautaire* »⁵².

13. Il a déjà été souligné que l'information a été reconnue dès le début du mouvement consumériste comme un des droits du consommateur. L'actualité législative européenne est également allée en ce sens, puisque la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs qui a "recodifié" un certain nombre de directives adoptées dans les années quatre-vingts et quatre-vingt dix et transposée en avril 2014 en droits français et luxembourgeois, a harmonisé les obligations d'information dans un grand nombre de contrats réaffirmant et accentuant la place centrale de l'obligation d'information en droit des contrats de consommation. L'obligation d'information est par voie de conséquence un élément pivot des droits français et luxembourgeois de la consommation. En plus de posséder un droit de la consommation placé sous une influence supranationale commune, ces deux droits ont des origines communes.

⁴⁹ KRECKÉ Jeannot, « Préface », in PRÜM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 8.

⁵⁰ FONTAINE Marcel et BOURGOIGNIE Thierry, *Le droit de la Consommation en Belgique et au Luxembourg. Une étude préparée pour la Commission des Communautés Européenne*, Van Nostrand Reinhold Company, 1981, n° 437.

⁵¹ La France et le Luxembourg entretiennent une relation particulière à cet égard puisqu'ils font partie des six pays fondateurs de l'Union européenne qui trouve ses origines en 1951 avec la création de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) et sa dénomination actuelle depuis la signature du Traité de Lisbonne le 13 décembre 2007. Enfin, la région Lorraine et le Luxembourg font tous deux partie de la Grande Région qui constitue également un marché local.

⁵² Projet de loi portant l'introduction d'un Code de la consommation, Doc. Parl. n° 5881/00, déposé le 20 mai 2008, p. 55.

2. Le passé historique et législatif commun de la France et du Luxembourg

14. Le Luxembourg est tombé entre les mains des armées révolutionnaires françaises le 7 mai 1795⁵³. À ce moment, « [l]es Pays-Bas furent réunis définitivement à la France et divisés en neuf départements » par décret du 1^{er} octobre 1795⁵⁴ à l'occasion duquel le Luxembourg est devenu le Département des Forêts régi par la Constitution de l'an III⁵⁵. Avec la signature du traité de Campo Fornio le 18 octobre 1797, « le Duché de Luxembourg fut intégré à la France et l'Autriche abandonna tous ses droits sur la Belgique et le Luxembourg. Aussi les lois républicaines étaient-elles automatiquement applicables dans cette région »⁵⁶. Suit ensuite le Consulat (1799 – 1804), appliquant la Constitution de l'an VIII, puis l'Empire (1804 – 1814). Selon M. Nicolas Majerus, « l'œuvre la plus durable et la plus célèbre du Consulat et de l'Empire fut la confection du Code Napoléonien »⁵⁷, « voté et promulgué par la loi du 30 ventôse an XII qui réunit les 36 parties en un seul Code et l'intitula « Code civil des Français »⁵⁸. L'auteur traduit alors l'impact du Code civil : « [o]n a exalté ce Code qui conquiert le monde entier et sert de modèle à tous les Codes modernes. Là où le Code a été introduit à la suite des batailles victorieuses de Napoléon, il est resté après, comme en Belgique, dans le canton de Genève et à Luxembourg »⁵⁹.

D'ailleurs, ce n'est pas le seul code dont héritera le Luxembourg. Peuvent être cités le Code de procédure civile (promulgué le 24 avril 1806)⁶⁰, le Code de commerce (parut le 15 septembre 1807), le Code d'instruction criminelle (promulgué le 27 novembre 1808)⁶¹ puis le

⁵³ MAJERUS Nicolas, *Histoire du droit dans le Grand-Duché du Luxembourg*, Tome Deuxième, 1949, p. 711.

⁵⁴ *Ibid*, p. 712.

⁵⁵ La Première République française utilise la forme gouvernementale de la Convention nationale de 1792 à 1795, du Directoire de 1795 à 1799 (fondé par la Constitution de l'an III), puis du Consulat (trois consuls : Sieyès, Roger-Ducos, Bonaparte) de 1799 à 1804. Suivra ensuite le Premier Empire de 1804 à 1814 de Napoléon Bonaparte. L'auteur explique que « le Consulat et l'Empire (...) ont gardé pour base du droit public la Constitution de l'an VIII, à laquelle les sénatusconsultes postérieurs changèrent assez peu » (*Ibid*, p. 714).

⁵⁶ SPIELMANN Dean et SPIELMANN Alphonse, *Droit pénal général luxembourgeois*, J. VERHAEGEN (Préf.), BRUYLANT Bruxelles, 2002, p. 11.

⁵⁷ MAJERUS Nicolas, *Histoire du droit dans le Grand-Duché du Luxembourg*, Tome Deuxième, 1949, p. 715.

⁵⁸ L'auteur ajoute que « [l]e Code civil consacra les conquêtes de la Révolution, opéra une transaction entre le droit romain et les coutumes et unit ainsi le passé au présent. La jurisprudence du droit romain était combinée avec les anciennes coutumes et adaptées à la Déclaration des droits de l'homme. (...) On peut donc dire qu'il était plutôt l'œuvre de toute la nation française que de quelques jurisconsultes, car il sut réunir l'ancien droit avec l'œuvre de la Révolution en un tout clair et précis » (*Ibid*, p. 716).

⁵⁹ Et l'auteur poursuit : « [e]n Hollande et en Italie, il a servi de modèle aux nouveaux Codes. En Allemagne et en Suisse les codifications en ont largement profité. Il a pénétré chez des peuples qui ne l'avaient jamais connu, comme la Roumanie, la Bulgarie, le Portugal, l'Espagne, l'Égypte et le Japon » (*Ibid*, p. 716 et 717).

⁶⁰ *Ibid*, p. 717.

⁶¹ *Ibid*, p. 718.

nouveau Code pénal (promulgué le 3 juin 1810, entrant en vigueur le 1^{er} janvier 1811)⁶². Le code pénal français sera en vigueur jusqu'en 1879 au Luxembourg⁶³. Le nouveau Code pénal luxembourgeois promulgué le 18 juin 1879 s'inspira alors du Code pénal belge de 1867⁶⁴ procédant lui-même du modèle juridique français⁶⁵.

15. Les chemins de la France et du Luxembourg se sont séparés en 1814 lorsque la France a vu la Première Restauration s'installer au printemps 1814 puis les Cents-jours se dérouler (mars – juin 1815). Avec le Congrès de Vienne, signé le 9 juin 1815, le Luxembourg « *est élevé au rang de Grand-Duché* »⁶⁶. Cela va marquer le début de ce que M. Nicolas Majerus nomme le « *Régime de l'indépendance* » (1815 – 1940) : « *le Congrès de Vienne qui fit de l'ancien duché de Luxembourg un État indépendant, l'avait donné en apanage personnel au roi des Pays-Bas. L'autonomie et l'indépendance du pays furent bien reconnus, mais il devait faire partie de la Confédération Germanique et la ville de Luxembourg fut déclarée forteresse fédérale avec une garnison prussienne* »⁶⁷. Le régime hollandais sera alors appliqué au Luxembourg, qui sera partie prenante de la révolution belge (septembre 1830)⁶⁸. Le Traité de Londres du 18 avril 1839 fit véritablement du Grand-Duché de Luxembourg un pays indépendant et en fixa ses frontières telles qu'elles existent aujourd'hui⁶⁹.

16. Malgré l'indépendance du pays, le Luxembourg reste influencé par le droit français. Ainsi M. Numa Wagner affirme que « *le fait que les règles législatives françaises sont très souvent reprises soit textuellement soit avec certaines adaptations a pour conséquence que les solutions jurisprudentielles et les théories doctrinales françaises font l'objet d'une grande*

⁶² Le premier Code pénal français date du 25 septembre 1791 (*Ibid*, p. 709), abrogé et remplacé le 25 octobre 1795 par le Code des délits et des peines (« *Ce Code contenait presque exclusivement la procédure criminelle et un commencement de Code pénal* », p. 710), qui sera lui-même remplacé par le Code pénal mis en place par Napoléon Bonaparte, promulgué le 3 juin 1810 et entrant en vigueur le 1^{er} janvier 1811 (p. 718). D'après l'auteur, « *tous les Codes européens de la première moitié du XIXe siècle se sont inspirés de lui* » (p. 719).

⁶³ SPIELMANN Dean et SPIELMANN Alphonse, *Droit pénal général luxembourgeois*, J. VERHAEGEN (Préf.), BRUYLANT Bruxelles, 2002, p. 11.

⁶⁴ *Ibid*, p. 15.

⁶⁵ WAGNER Numa, « Luxembourg » in *La circulation du modèle juridique français*, (Journées franco-italiennes), Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique, Tome XLIV, Litec, 1993, p. 98.

⁶⁶ SPIELMANN Dean et SPIELMANN Alphonse, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁷ MAJERUS Nicolas, *Histoire du droit dans le Grand-Duché du Luxembourg*, Tome Deuxième, 1949, p. 720.

⁶⁸ « Par décret du 18 novembre fut proclamée l'indépendance du peuple belge » (*Ibid*, p. 724). « *Le Grand-Duché de Luxembourg avait fait pendant la révolution de 1830 partie commune avec la Belgique, sauf la ville de Luxembourg qui était occupée par la garnison de la Confédération germanique* » (p 728).

⁶⁹ <http://www.luxembourg.public.lu> (consulté le 1^{er} oct. 2013).

attention »⁷⁰. D'après l'auteur, la pratique parlementaire (travaux préparatoires, projets de loi) et la pratique juridique (jurisprudence, doctrine, terminologie et style des décisions de justice) sont ainsi des éléments du modèle juridique français reçus par le Luxembourg⁷¹. Un des « vecteurs de circulation » est constitué par la langue française, qui est la langue législative et judiciaire au Luxembourg⁷². En effet, M. Nicolas Majerus cite un passage du rapport Metzler de 1914 : « notre loi partagera ainsi le sort de son modèle ; le pays sur les traces duquel nous marchons, nous offrira gracieusement le concours de sa doctrine et de sa jurisprudence... »⁷³. L'auteur ajoute alors : « même si notre législation n'était qu'un grand plagiat, où prendrions-nous le droit de reprocher à nos législateurs d'avoir emprunté aux voisins des remèdes qui chez eux s'étaient avérés efficaces contre des maux sociaux identiques »⁷⁴.

17. L'influence du droit français a cependant ses limites et le droit luxembourgeois sait s'en écarter si besoin. M. Nicolas Majerus l'affirme en ces termes : « j'ose avoir la prétention d'apporter la preuve qu'il existe un droit luxembourgeois, qu'on peut parler d'un véritable droit luxembourgeois »⁷⁵ ; « [s]i dans le passé, notre pays pouvait emprunter servilement des lois à nos voisins, à l'avenir il nous sera impossible de suivre l'évolution moderne de certains États dont l'idéologie et la législation ont rompu avec toutes les théories juridiques du passé. Tenons-nous donc aux grandes lois constitutives de l'étranger qui ont fait leurs preuves, mais cherchons à développer une législation appropriée à nos besoins d'État indépendant et neutre, restant à l'écart de toutes les extravagances, cherchons notre voie dans l'ordre et la mesure qui caractérisent l'esprit luxembourgeois »⁷⁶. Notamment, le juge et le législateur luxembourgeois s'émancipent du modèle civil français. Ainsi, le juge peut se montrer récalcitrant à l'accueil d'une jurisprudence de la Cour de cassation (par exemple la responsabilité du fait d'autrui), tout comme le législateur peut faire évoluer un régime juridique français d'une manière différente (par exemple la garantie des vices cachés)⁷⁷.

⁷⁰ WAGNER Numa, « Luxembourg » in *La circulation du modèle juridique français*, op. cit.

⁷¹ *Ibid*, p. 99 et s.

⁷² *Ibid*, p. 103.

⁷³ MAJERUS Nicolas, *Un droit luxembourgeois existe-t-il et comment faut-il l'étudier ? : Conférence faite à de futurs juristes aux Cours Supérieures de l'Athénée*, 1938 p. 8.

⁷⁴ *Ibid*.

⁷⁵ *Ibid*, p. 5.

⁷⁶ *Ibid*, p. 10.

⁷⁷ « Culture et droit civil. Rapport national luxembourgeois », par un Collectif d'auteurs du groupe luxembourgeois de l'Association Henri Capitant, Pasicrisie luxembourgeoise, Tome 34 4/2009, 2009, n° 11 à 15, pp. 357 à 359.

18. En conclusion, les droits de la consommation français et luxembourgeois subissent actuellement l'influence du législateur européen tandis que les droits que ce premier recoupe, notamment le droit civil et le droit pénal⁷⁸, trouvent leur source dans un passé commun. Ce bref rappel du contexte général permet de mieux comprendre celui plus particulier de l'obligation légale d'information.

B. Le contexte spécifique de l'obligation légale d'information

19. La notion d'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation (1) joue un rôle primordial dans la protection du consentement du consommateur mais aussi dans l'assainissement de la concurrence (2). Son analyse en droit français et luxembourgeois devra respecter une certaine méthodologie (3).

1. La notion d'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation

20. L'obligation d'information n'est pas propre au droit de la consommation. En effet, cette obligation prétorienne trouve son origine dans le droit civil. Les juges ont en effet trouvé un mécanisme de protection des cocontractants en présence d'un déséquilibre informatif. Ainsi les juges se sont fondés sur divers articles pour dégager une obligation générale d'information. Étaient concernés les anciens articles 1108 et 1109 [actuels art. 1128 et 1130] du Code civil exigeant un consentement non vicié, l'ancien article 1134 alinéa 3 [actuel art. 1104] disposant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi et l'article 1602 selon lequel « [l]e vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige » à défaut de quoi « [t]out pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ». En effet, Mme Fabre-Magnan rappelle que l'obligation d'information « est due, dès l'origine, à la constatation d'une inégalité d'information ou, plus précisément, d'une inégalité d'accès à l'information entre les contractants, inégalité pouvant entraîner un important déséquilibre contractuel »⁷⁹. M. Guy Raymond ajoute que l'information due au cocontractant doit posséder plusieurs caractéristiques, autrement dit être claire et compréhensible⁸⁰, loyale⁸¹ et complète⁸².

⁷⁸ Le droit de la consommation est un droit « *transdisciplinaire par excellence* » qui recoupe en partie le droit civil, pénal, judiciaire et administratif (POILLOT Élise, « Le Code luxembourgeois de la consommation : étude de droit interne et de droit comparé », JTL n° 25, 5 févr. 2013, Larcier, p. 1).

⁷⁹ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992, n° 162, p. 126 et s.

⁸⁰ Ex. : Cass. civ. 1^{ère}, 5 juin 2008, n° 07-12237 : « Sur le premier moyen, pris en sa première branche : Vu les

L'obligation précontractuelle d'information « découverte » par les juges peut être de différents degrés et aller de la simple obligation de renseignement au devoir de conseil, en passant par la mise en garde⁸³.

21. L'obligation générale d'information, créée par la jurisprudence civile, a par la suite été reprise, adaptée et complétée par le droit de la consommation, qui l'a déclinée en fonction des types de contrat ou des produits et services concernés qu'il a souhaité réglementé. L'obligation générale d'information a été reprise par le droit de la consommation avec la loi française du 18 janvier 1992⁸⁴, puis sous la forme de l'article L. 111-1 lors de sa codification par la loi du 26 juillet 1993⁸⁵ et au Luxembourg par la loi du 8 avril 2011⁸⁶. L'obligation précontractuelle et générale d'information prévue par les articles L. 111-1 est complétée par d'autres obligations précontractuelles d'information. Ainsi, avant la conclusion du contrat, le professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit notamment informer le consommateur sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service, le prix, les éventuelles limitations de responsabilité, le délai de livraison, la disponibilité des pièces détachées en droit français et le contenu du contrat. Ces informations précontractuelles peuvent ainsi se doubler d'obligations contractuelles d'information avec lesquelles elles se

articles 1134,1147,1602 du code civil ; Attendu que, pour débouter les consorts X... de leurs demandes dirigées à l'encontre de M. Y... et constater la résolution du compromis à leurs torts, l'arrêt retient que l'information qui leur a été donnée était suffisamment loyale, claire et précise pour leur permettre de contracter en connaissance de cause ; Qu'en statuant ainsi, sans constater que le vendeur avait averti les consorts X... de l'existence et de la teneur du jugement rendu le 29 mai 1997 déclarant l'emplacement de stationnement propriété d'un tiers alors que la lettre d'intention ne laissait en aucune façon supposer que l'issue de la procédure en cours pouvait remettre en cause la propriété de ce bien, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

⁸¹ Ex. : Cass. civ. 3^{ème}, 21 sept. 2010, n° 09-70258 : à propos d'un appartement litigieux dont les « vices rendaient l'immeuble impropre à sa destination » et « les mentions portées à l'acte authentique étaient imprécises et insuffisantes », « la cour d'appel (...) a pu en déduire que les époux X... n'avaient pas rempli l'obligation d'information loyale qui pesait sur eux et que l'existence de vices cachés justifiait le prononcé de la résolution de la vente ».

⁸² Ex. : Cass. soc., 8 févr. 2012, n° 10-30892 : « Mais attendu que la cour d'appel a relevé qu'alors qu'elle était, dans cette situation, susceptible de servir deux types d'allocations, l'ASSEDIC n'avait clairement donné que l'information relative à l'ASS ; qu'elle a ainsi caractérisé le manquement de l'ASSEDIC à l'obligation qu'ont les organismes d'assurance chômage d'assurer l'information complète des demandeurs d'emploi ».

⁸³ Distinction développée par Muriel Fabre-Magnan : M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n° 8 et s. p. 7 ; l'auteur précise en outre que le créancier de l'obligation d'information reste libre de suivre ou non l'information ou le conseil procuré (n° 501 et s., p. 407) : « le créancier demeure en effet libre d'utiliser l'information comme bon lui semble. Cette liberté s'impose car il est, en définitive, le seul intéressé par l'information, le seul à subir les conséquences de l'attitude qu'il décidera d'adopter ».

⁸⁴ Ancien article 2, alinéa 1^{er} de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs.

⁸⁵ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation.

⁸⁶ Loi du 8 avril 2011 portant introduction d'un Code de la consommation, Mém. – 69 du 12 avril 2011, p. 1120.

confondront souvent en pratique⁸⁷. Là où M. Guy Raymond distingue les obligations spéciales relatives aux produits, alimentaires ou non, de celles relatives au prix des produits exposés ou non à la vue du public, des prestations de services, des règles particulières à certains produits et services⁸⁸, MM. Jean Calais-Auloy et Henri Temple reconnaissent quatre catégories d'obligation⁸⁹, les obligations d'information concernant les pratiques commerciales déloyales, l'étiquetage des produits, le marquage des prix, la rédaction des contrats, ainsi que l'obligation d'utiliser la langue française⁹⁰.

22. Seront uniquement analysées dans le cadre de cette étude les obligations d'information⁹¹ imposées par les codes de la consommation français et luxembourgeois dans le cadre d'une relation contractuelle entre un consommateur et un professionnel, que celle-ci soit engagée ou sur le point de l'être. Sont donc exclues de cette étude les obligations d'information facultatives⁹² comme les signes de qualité, tels les appellations d'origine et les labels, ainsi que la publicité⁹³. L'objet de notre recherche étant la sanction du manquement ou de la

⁸⁷ Certains auteurs affirment que cette distinction semble toutefois artificielle (CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010, n° 53, p. 57). Ils précisent qu'« *il est néanmoins nécessaire de parler d'obligation contractuelle d'information ou de renseignement pour désigner une obligation accessoire que la jurisprudence découvre dans un nombre croissant de contrats, spécialement dans ceux conclu entre professionnels et consommateurs* » (*ibid*, p. 58).

⁸⁸ RAYMOND Guy, « Fasc. 845 : Information du consommateur », J.-Cl. Conc.-consom., n° 59 et s., p. 24 et s.

⁸⁹ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 55-1 et s., p. 62 et s.

⁹⁰ Ex. : L. n° 94-665 du 4 août 1994 « relative à l'emploi de la langue française » dite loi Toubon, art. 2, al. 1 et 2 : « *Dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire. Les mêmes dispositions s'appliquent à toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle* » ; C. consom., art. R. 112-8 (étiquetage des denrées alimentaires).

⁹¹ V. *Le consommateur & ses contrats*, JurisClasseur, Juris Compact, 2002.

⁹² Nous considérons donc l'information dans un sens étroit. L'information au sens large peut être définie comme « *tous les moyens de communication par lesquels les consommateurs peuvent avoir connaissance de leurs droits, des produits et des prix qui sont pratiqués dans tous les domaines qui les concernent* » (RAYMOND Guy, « Fasc. 845 : Information du consommateur », J.-Cl. Conc.-consom., n° 2, p. 3). Il englobe alors « *les renseignements ou les conseils qui peuvent être donnés par les organismes privés ou publics qui se préoccupent des consommateurs* », « *les articles de presse qui, d'une manière ou d'une autre, participent à la formation et à l'éducation des consommateurs* », et la publicité. Dans un sens plus étroit, l'obligation d'information rassemble « *les moyens personnalisés par lesquels le professionnel informe le consommateur des éléments qui lui sont immédiatement nécessaires pour conclure le contrat en toute liberté* » : « *l'information du consommateur s'inscrit alors dans le processus qui permet à ce dernier de prendre une décision en connaissance de cause* » (*ibid*). C'est cette dernière notion que nous allons adopter pour notre analyse.

⁹³ De ce fait, nous excluons de notre étude les dispositions relatives à la publicité (v. ARCELIN-LÉCUYER Linda, *Droit de la publicité*, coll. Didact Droit, PUR, 2011). Les publicités ont un objectif commercial et non informatif puisqu'elles ont pour objectif premier de vendre un produit ou un service aux consommateurs, non pas de les informer. De plus, les publicités sont le produit du marketing et par la même source d'informations subjectives, potentiellement trompeuses pour le consommateur moyen (v. ARCELIN-LÉCUYER Linda, *op. cit.*, p. 146 et s. (appréhension de la loyauté au regard du consommateur moyen) ; CARREAU Caroline, « Publicité et hyperbole », D. 1995, p. 225 ; GIUDICELLI A., « Publicité fautive ou de nature à induire en erreur. Synthèse annuelle », Rev. sc. crim. 1999, p. 119 ; RAYMOND Guy, « Loterie : du bon usage des superlatifs », Contrats-Conc.-Consom. n° 1, janvier 2012, comm. 30 ; G. RAYMOND, « Publicité trompeuse : caractérisation »,

violation d'une obligation d'information édictée par les législateurs français et luxembourgeois, le bien-fondé de l'existence et la pertinence des obligations d'information édictées par la loi⁹⁴ ne seront pas ici abordées. En outre, l'obligation d'information sera étudiée dès lors qu'elle est prévue par le Code de la consommation⁹⁵ dans le cadre d'un contrat de consommation⁹⁶, qui peut être caractérisé par la qualité des parties⁹⁷ et défini

Contrats-Conc.-Consom. n° 11, novembre 2011, comm. 250 ; AMBROISE-CASTEROT Coralie, « Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », AJ Pénal 2009, p. 22 ; RAYMOND Guy, « Éléments constitutifs d'une pratique commerciale trompeuse », Contrats-Conc.-Consom. n° 7, juillet 2011, comm. 178 ; RAYMOND Guy, « Directive n° 2005/29 et pratiques commerciales déloyales », Contrats-Conc.-Consom. n° 8, août 2011, comm. 205 ; RAYMOND Guy, « LME : modification du Code de la consommation », Contrats-Conc.-Consom. n° 8, août 2008, comm. 214. Sur la confusion par les juges des notions de publicité fautive et de publicité trompeuse : Cass. crim., 15 octobre 1985, pourvoi n° 84-92.870, dit arrêt « Wonder ». D'ailleurs, certains auteurs affirment qu'« une publicité, même si elle n'est pas trompeuse, est nécessairement tendancieuse » (CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2010, n° 50, p. 55).

⁹⁴ V. CHAZAL Jean-Pascal, « Vulnérabilité et droit de la consommation », Colloque organisé par l'Université P. Mendès-France, Grenoble II, 23 mars 2000 ; ARCELIN-LÉCUYER Linda, « La redondance informative ou le bon sens oublié », Contrats-conc.-consom. n° 5, mai 2011, étude 9 ; TCHENDJOU Marius, « L'alourdissement du devoir d'information et du conseil des professionnels », JCP G 2003.I.141 ; V. BEN-SHAHAR Omri and SCHNEIDER Carl E., « The failure of mandated disclosure », *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 159, 2011, p. 647 et s. (sur l'échec des obligations d'information v. spéc. p. 679 et s., et les effets négatifs qui peuvent en résulter v. spéc. p. 729) ; PAZOS CASTRO Ricardo, « El problema de la sobrecarga informativa y la imposición de obligaciones legales de información », *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 15/2015, pp. 107-124 [notre traduction : « Le problème de la surcharge de renseignements et l'imposition d'obligations légales d'information »] (l'auteur espagnol a analysé les problèmes qui apparaissent lorsqu'un individu reçoit trop d'information ou des informations trop complexes, les obligations légales d'information peuvent se révéler inefficaces, inefficaces voir préjudiciables : [texte original] « Este artículo analiza los problemas que surgen cuando el individuo recibe demasiada información y ésta es demasiado compleja. En este caso, las obligaciones legales de información pueden ser ineficaces, ineficientes o incluso perjudiciales. », p. 107) ; BEN-SHAHAR Omri and SCHNEIDER Carl E., *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press, 2014 (les auteurs démontrent notamment comment construire un système protecteur du consommateur sans multiplier le devoir d'information) ; pour une critique de l'ouvrage précité v. RADIN Margaret Jane, « Less Than I Wanted To Know: Why Do Ben-Shahar and Schneider Attack Only 'Mandated' Disclosure ? », 5-31-2014, *Law and Economics Working Papers*, Paper 107, MAROTTA-WURGLER Florencia, « Even More Than You Wanted To Know About the Failures of Disclosure », 11-2014, *New York University Law Law and Economics Working Papers*, Paper 394 ; TWIGG-FLESNER « Information Disclosure about the Quality of Goods – Duty or Encouragement ? » in *Information Rights and Obligations*, Aldershot, 2005.

⁹⁵ Au vu du nombre important d'obligations légales d'information existant, une étude exhaustive ne pouvait être menée. Ont été étudiées les obligations légales d'information mises à la charge du professionnel par les codes de la consommation français et luxembourgeois. Si certaines dispositions se trouvaient dans le code d'un pays et dans une loi non codifiée dans l'autre, alors celles-ci ont tout de même été envisagées. C'est le cas par exemple du contrat de voyage à forfait dont les dispositions figurent dans le Code de tourisme français et le contrat de service de communications électroniques ou le contrat de fourniture d'énergie réglementés par des lois luxembourgeoises non codifiées. Mme Dominique Fenouillet dénomme cette situation le « défaut de coïncidence entre le droit de la consommation et le Code de la consommation » (FENOUILLET Dominique, « Les préalables à l'effectivité spontanée du droit de la consommation », », in Centre Jean Bodin (sous la dir. de BERNHEIM-DESVAUX Sabine et BLANCHARD Christophe), *L'effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion d'Angers, 26 mars 2015, RLDA n° 105, juin 2015, n° 12).

⁹⁶ Si le terme de « contrat de consommation » n'est pas utilisé par le législateur ni par les juges français et luxembourgeois, il n'en est pas moins une « réalité » (SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, avec le concours de POILLOT Élise, AUBERT DE VINCELLES carole et BRUNAUX Geoffray, *Les contrats de consommation. Règles communes*, GHESTIN Jacques (dir.) *Traité de droit civil*, LGDJ, 2013, n° 9 et 10), mais reste controversé (NOBLOT Cyril, *Droit de la consommation*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 59 et s.).

comme « *le contrat par lequel le consommateur se procure un bien ou un service auprès d'un professionnel* »⁹⁸.

23. M. Guy Raymond rappelle que les contrats de consommation sont soumis à différentes strates de dispositions⁹⁹ s'articulant entre le droit commun des contrats, qui a vocation à s'appliquer à tous les contrats (le droit civil des obligations, le droit des contrats spéciaux c'est-à-dire les dispositions spécifiques à certains contrats comme la vente et le prêt d'argent), et le droit particulier du Code de la consommation (les règles générales, comme l'obligation générale d'information, et les règles spéciales, telles celles relatives au démarchage).

24. Afin d'étudier la sanction de l'obligation légale d'information, il est nécessaire de garder à l'esprit la particularité de l'obligation d'information puisqu'elle est dotée de deux objectifs différents mais complémentaires.

2. La dualité de fonction de l'obligation légale d'information

25. MM. Jean Calais-Auloy et Henri Temple rappellent que « *le déséquilibre dans les relations entre professionnels et consommateurs tient pour une bonne part à la disymétrie de leur information : les professionnels connaissent les biens et les services mis sur le marché,*

⁹⁷ SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, *op. cit.*, n° 83 ; NOBLOT Cyril, *op. cit.*, p. 60. Selon M. Guy Raymond, deux critères doivent être réunis, la qualité des parties, l'objet de l'obligation ainsi que la cause (RAYMOND Guy, « Une catégorie juridique nouvelle : les contrats de consommation », in *Les contrats de consommation*, PUF, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2002, p. 9 et s.). Le non-professionnel (C. consom. fr., art. liminaire) est assimilé au consommateur en droit français, tandis que le Code de la consommation luxembourgeois ne fait pas mention d'une telle notion. Le professionnel peut être défini comme la « [p]ersonne physique ou morale qui, dans le cadre de sa profession, exerce une activité de fabrication, de distribution ou de prestation de service. Étant réputé compétent et avisé, le professionnel est soumis à des règles dérogatoires protectrices du consommateur profane » (GUINCHARD Serges (dir.), *Lexique des termes juridiques 2014*, Dalloz, 21^{ème} édition, 2013, p. 749). C. consom. fr., art. liminaire ; C. consom. lux., art. L. 010-1, 2). Ensuite, le consommateur a été défini comme la « [p]ersonne qui conclut avec un professionnel un contrat lui conférant la propriété ou la jouissance d'un bien ou d'un service destiné à un usage personnel ou familial, à l'exclusion de toute finalité professionnelle. La jurisprudence assimile parfois au consommateur le professionnel qui conclut un contrat sans lien avec son activité professionnelle » (GUINCHARD Serges (dir.), *op. cit.*, p. 238). C. consom. fr., art. liminaire ; C. consom. lux., art. L. 010-1, 1). À propos du terme « consommateur », v. PAISANT Gilles, « Essai sur la notion de consommateur en droit positif », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 9, 10 mars 1993, I 3655 ; CHAZAL Jean-Pascal, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, p. 260 ; RAYMOND Guy, « Le consommateur ne peut être qu'une personne physique », *Contrats-Conc.-Consom.* n° 6, juin 2009, comm. 182.

⁹⁸ SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, *op. cit.*, n° 83.

⁹⁹ RAYMOND Guy, « Fasc. 800 : Contrats de consommation », *J.-Cl. Conc.-Consom.*, n° 40 et s., p. 18 et s. De plus, le droit de la consommation a une influence certaine sur le droit commun : RZEPECKI Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse, PUAM, 2002.

alors que les consommateurs sont, pour la plupart, incapables de les juger par avance et de les comparer entre eux. Le droit à l'information est devenu, à juste titre, l'un des thèmes majeurs de toute politique de défense des consommateurs »¹⁰⁰.

Les mêmes auteurs ajoutent à juste titre que « l'information des consommateur est, de surcroît, un facteur de transparence du marché, donc de développement de la concurrence. Mieux informés, les consommateurs sauront mieux choisir. Ils se tourneront vers les produits et les services dont le rapport qualité-prix est le plus favorable. Cette concurrence accrue ne peut qu'être favorable au développement économique »¹⁰¹.

26. Ainsi, l'obligation d'information présente une dualité de fonction. D'une part, l'obligation d'information protège le consommateur en lui garantissant un consentement éclairé, et d'autre part, elle régule le marché en permettant une concurrence transparente et loyale. L'obligation d'information reflète alors la dualité même du droit de la consommation qui est, avec le droit de la concurrence, un droit du marché¹⁰². D'ailleurs, certaines obligations d'information semblent avoir pour objectif principal la régulation du marché et de mettre les professionnels sur un pied d'égalité. Mme Sabine Bernheim-Desvaux affirme à cet effet que « *les règles consuméristes internes ne sont pas nécessairement des règles de protection* »¹⁰³. L'auteur cite en exemple les dispositions relatives à la conformité et à la sécurité des produits, à la réglementation de l'affichage des prix dont « *[l]'objectif central est la régulation de l'offre des produits et des services faite au public* »¹⁰⁴.

27. La dualité du droit de la consommation apparaît clairement puisque le consommateur est un acteur économique clé, dont la confiance, notamment grâce à une information loyale, permet de stimuler la concurrence. M. Wilfrid Jeandidier rappelle que « *[l]e degré de développement d'une société est fonction de la satisfaction des besoins de ses consommateurs* » puisque la demande crée l'offre, qui elle-même nécessite la création d'emplois¹⁰⁵. Le consommateur est donc le « *moteur décisif* » d'un cercle économique

¹⁰⁰ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010, n° 49, p. 55.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Sur l'ascension du droit des affaires, v. CHAMPAUD Claude, *Le droit des affaires*, Que sais-je ?, PUF, 1981, pp. 6-47.

¹⁰³ BERNHEIM-DESVAUX Sabine, « Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché », RLDA n° 69, mars 2012, n° 3945.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal des affaires*, 5^e éd., Précis Dalloz, 2003, p. 507.

vertueux. L'objectif de réalisation de bénéfices des entreprises, fabricants et commerçant, et celui de faire plus de profit que le concurrent, a engendré la naissance de pratiques abusives envers le consommateur qui, de par la masse concernée, a nécessité une protection particulière dérogeant au droit commun. Ainsi, l'«*émergence du phénomène du consumérisme est une des caractéristiques dominantes de la récente histoire socio-économique*»¹⁰⁶.

28. Nous venons de constater que l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation exerce un rôle primordial parmi les dispositifs protecteurs des consommateurs, mais également en tant qu'outil de régulation du marché. L'analyse de l'efficacité de sa sanction doit respecter une certaine méthodologie pour en garantir la clarté et la pertinence.

3. La méthodologie utilisée

29. Il conviendra de procéder par analogie puisque le droit luxembourgeois a des origines communes avec le droit français et s'en inspire fortement. Il conviendra en priorité d'initier les explications en partant du droit français pour aller vers le droit luxembourgeois. Ainsi, les similitudes des dispositions françaises et luxembourgeoises sont suffisamment importantes pour entreprendre une étude de droit comparé. L'esprit du texte est bien entendu pris en compte, les deux législations ne pouvant édicter des dispositions identiques au mot par mot¹⁰⁷. Comme énoncé précédemment, de nombreuses dispositions du droit de la consommation sont issues du droit européen, ce qui ajoute encore un facteur de rapprochement des deux législations.

30. La place centrale de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois ainsi que le passé historique et législatif de ces deux pays rendent pertinente la comparaison de l'efficacité de leurs systèmes de sanctions.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Les textes des directives sont souvent modifiés lors de leur transposition dans les droits nationaux, ce qui peut se révéler problématique. En effet, les juges risquent d'interpréter les textes d'une manière différente selon les États membres.

II. La sanction de l'obligation d'information au prisme des droits français et luxembourgeois

31. La notion de sanction doit être définie (A) avant de tenter de déterminer les critères de son efficacité (B).

A. L'importance de la sanction

32. Si la sanction demeure « *cette inconnue du droit* »¹⁰⁸, l'origine de ce terme est connue. Cependant, les définitions du verbe latin *sancire* et de son substantif *sanctio* sont controversées, puisqu'elles peuvent renvoyer « à l'acte de consécration par lequel une chose était rendue inviolable », « le fait d'interdire » ou « celui de décider une mesure obligatoire »¹⁰⁹. La multitude de sens qui peut être attribuée à la notion de sanction fait soutenir certains auteurs que la sanction en droit est « un réseau complexe aux frontières incertaines »¹¹⁰, et même que « [l]e terme de sanction est ambigu, inutile et nocif »¹¹¹.

33. La complexité de la relation entre le droit et la sanction reste débattue, notamment sur le point de savoir si la sanction est un critère ou non de juridicité¹¹². Cependant, sa nécessité

¹⁰⁸ JESTAZ Philippe, « La sanction ou l'inconnue du droit », D. 1986, chron. 32, p. 197.

¹⁰⁹ ROUMY Frank, « Les origines romano-canonique du concept moderne de sanction », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 2.

¹¹⁰ V. OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 221 et s. Sur le caractère polysémique de la sanction v. spéc. pp. 222-230 (la sanction-peine, la sanction-conséquence négative d'une violation, la sanction contrainte, la sanction-conséquence positive ou négative d'un comportement, la sanction reconnaissance, la sanction consécration).

¹¹¹ MORAND Charles-Albert, « La sanction », Travaux CETEL, n° 36, mars 1990, p. 18.

¹¹² La sanction peut être considérée comme le critère de juridicité d'une norme (AUBERT Jean-Luc, *Le fondement du caractère coercitif de la règle de droit*, Defr. 1985, p. 619 ; JESTAZ Philippe, « La sanction ou l'inconnue du droit », D. 1986, chron. 32, p. 197 ; TERRÉ François, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2000, n° 27 ; GRIDEL Jean-Pierre, « Introduction au droit et au droit français, Dalloz, 2^{ème} éd., 1994, p. 41 et s.). Ainsi M. Jean Rivero affirme que « [s]i faible qu'en soit le résultat, la démarche est révélatrice : c'est la sanction qui fait passer la règle de l'Éthique au Droit » (RIVERO Jean, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p. 676).

M. Alexandre Viala, a discuté du point de vu de Noberto Bobbio sur la question : « [i]l me semble que Bobbio se démarque d'autres juristes contemporains en estimant que la sanction est l'élément constitutif du droit. Certains, au contraire, considèrent à son époque que la sanction n'est qu'un moyen au service de l'efficacité du droit, que le droit existe en soi, dans sa structuration prescriptive indépendamment de la sanction, et que la sanction n'est autre que cet outil dont se sert le droit pour parvenir à ses fins. Selon Bobbio en revanche, la sanction fait partie de la définition même du droit, lequel est un système d'organisation de la force » (CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GUASTINI Riccardo, PFERSMANN Otto, PICARD Étienne et VIALA Alexandre, « Controverse autour de l'ouvrage de Noberto Bobbio, De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit (1) »,

n'est plus à démontrer. Ainsi M. Philippe Malaurie affirme que « [I]a sanction est donc plus que l'ombre de la règle [...] : la sanction, c'est l'intelligence de la règle ; ce n'est que par sa sanction qu'une règle peut être au service d'une valeur ou d'une politique – juridique, sociale, économique, etc. »¹¹³. Il est certain que la sanction, conformément à sa finalité principale, assied l'effectivité de la norme¹¹⁴, soit par sa simple existence de par son caractère dissuasif, soit par son prononcé lorsque la norme est violée. Ainsi, « le sort de l'obligation est intimement lié à celui de la sanction, puisque c'est par la sanction que l'obligation s'impose, qu'elle donne lieu à exécution »¹¹⁵. M. Bob Schmitz, conseiller juridique de l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs, estime également que les sanctions sont un « volet crucial pour la mise en œuvre du droit de la consommation »¹¹⁶. De la même manière, M. Pierre Pescatore rappelle que toutes les sanctions tendent à favoriser « une certaine discipline sociale qui garantisse, d'une manière générale, l'observation de l'ordre juridique »¹¹⁷ : « [a]insi, à l'arrière plan du système juridique, il existe un second système puissamment développé, à savoir, un système de garanties que nous appelons sanctions »¹¹⁸.

34. M. Christophe Blanchard en déduit qu'« il est naturel que la sanction figure au cœur du droit de la consommation mais d'une façon toute singulière : sa place y est plus importante, plus intense, que pour les autres disciplines juridiques »¹¹⁹. Cela tient, selon l'auteur, d'une

RDP n° 2, 1^{er} mars 2013, p. 239 ; v. BOBBIO Noberto, *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, coll. Rivages du droit, Dalloz, 2012).

M. Pierre Pescatore estime quant à lui « la sanction n'est pas un élément essentiel du droit, mais une condition qui contribue à sa perfection ». L'auteur rappelle que « [I]e problème consiste à savoir si la sanction est un élément essentiel du droit, l'autre qui n'y voit qu'un élément adventice » (PESCATORE Pierre, *Introduction à la science du droit*, 2^{ème} réimpression, Université du Luxembourg, Bruylant Bruxelles, 2009, n° 298). L'auteur affirme qu'« [u]ne règle juridique peut exister dépourvue de sanction, ou armée d'une sanction peu efficace, mais seule la règle sanctionnée est parfaite. La règle est moins que parfaite lorsque la sanction est incomplète ; elle est imparfaite lorsque la sanction est manquante » (*ibid.*).

¹¹³ MALAURIE Philippe, « Les sanctions en droit privé », *Deffrénois* n° 4, 28 févr. 2006, p. 316.

¹¹⁴ Sur les nombreuses conceptions de l'effectivité du droit en doctrine, v. LEROY Yann, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société* 2011/3 (n° 79), 2011, p. 715 et s.

¹¹⁵ BLANCHARD Christophe, « Quelle sanction pour faire cesser les infractions au droit de la consommation ? », in Centre Jean Bodin (sous la dir. de BERNHEIM-DESVAUX Sabine et BLANCHARD Christophe), *L'effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion d'Angers, 26 mars 2015, RLDA n° 105, juin 2015.

¹¹⁶ SCHMITZ Bob, « La codification du droit de la consommation au Luxembourg. Le point de vue des consommateurs », in PRŪM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 86.

¹¹⁷ PESCATORE Pierre, *Introduction à la science du droit*, 2^{ème} réimpression, Université du Luxembourg, Bruylant Bruxelles, 2009, p. 400. Selon l'auteur, l'autre aspect fondamental est d'assurer la réparation du tort causé par la violation du droit.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*

part à l'objectif de protection du droit de la consommation dont la sanction assure une police du comportement du professionnel et d'autre part au but de réglementation du marché du droit de la consommation dont la régulation est permise par la sanction. La dualité du droit de la consommation, ainsi que celle des obligations d'information qu'il édicte, transparait à nouveau.

35. M. Mustapha Mekki exprime également l'objectif premier d'effectivité du droit assumé par la sanction, mais du point de vue de la sociologie juridique. L'auteur certifie que « *la sanction est un trait d'union entre le fait et le droit* »¹²⁰. Autrement dit, la sanction est l'outil permettant de transformer ce qui est, le fait, en ce qui doit être, le droit. M. Jean Rivero déclare également que « *[l]'instrument principal de cette nécessaire mise en conformité du sein avec le sollen, du réel avec la norme, c'est la sanction organisée qui vient frapper celui qui s'est affranchi de la règle* »¹²¹. Les conséquences de ces constats sont formulées par M. Pierre Pescatore qui affirme que « *[c]hacune des branches juridiques a développé un ensemble de sanctions caractéristiques. En effet, la mise au point d'un système aussi complet et aussi nuancé que possible de sanctions est l'une des préoccupations majeures de la technique juridique* »¹²².

36. L'importance de la sanction issue de l'objectif d'effectivité de la norme qu'elle achève est admise par tous. Cependant, sa définition peut varier et être plus ou moins large. Il convient d'arrêter la définition utilisée dans cette étude afin d'en délimiter l'étendue.

37. Il semble opportun de retenir une définition ni trop large ni trop étroite de la sanction, à l'image de Mmes Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, afin d'y inclure un grand nombre de mesures tout en préservant une certaine pertinence¹²³. La sanction peut être définie comme

¹²⁰ MEKKI Mustapha, « Considérations sociologiques sur le droit des sanctions », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 52. Sur la sociologie juridique, v. CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, Thémis droit, PUF, 1978.

¹²¹ RIVERO Jean, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p. 675.

¹²² PESCATORE Pierre, *Introduction à la science du droit*, 2^{ème} réimpression, Université du Luxembourg, Bruylant Bruxelles, 2009, n° 274.

¹²³ Une définition plus large de la sanction amène à considérer « *le caractère juridique de la règle* », notion trop large et non technique de la sanction qui se révèle non pertinente (CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. XXII, n° 10). À l'inverse, une

« toute réaction du droit à une violation de la règle juridique »¹²⁴ ou encore « la conséquence attachée à l'inobservation et à la violation du droit »¹²⁵. La sanction peut alors avoir pour objectif de réparer un dommage, punir un comportement prohibé ou rétablir la légalité, autrement dit, « toute mesure déclenchée par la violation d'une règle juridique peut être qualifiée de sanction »¹²⁶.

38. Il n'est plus à prouver que la sanction est nécessaire à l'effectivité de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation. Il convient donc de mesurer la capacité des sanctions existantes à produire les effets adéquats aux objectifs qui lui ont été assignés, autrement dit d'analyser leur efficacité.

B. À la recherche des critères de l'efficacité de la sanction de l'obligation d'information

39. En sociologie du droit, l'efficacité est définie comme le « [m]ode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent »¹²⁷. Le terme « efficacité » trouve son origine dans les termes latins *efficere, efficacia, efficax*, qui se réfèrent à la production des effets attendus. Ainsi, l'efficacité des normes est leur « aptitude réelle à réaliser leur but »¹²⁸. On peut en déduire qu'étudier l'efficacité des sanctions revient à analyser l'adéquation de leurs effets « à leur propre finalité »¹²⁹. Avant d'arrêter les critères d'efficacité des sanctions, il convient de déterminer leur finalité.

40. Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles explique que chaque obligation possède des « finalités immédiates »¹³⁰. L'auteur cite d'ailleurs l'exemple de l'obligation d'information qui a pour objectif immédiat d'informer, cette information ayant elle-même pour objectif que le consentement de son destinataire soit éclairé, afin de protéger les plus faibles pour une plus

définition trop étroite n'est pas non plus satisfaisante puisque trop réductrice. En effet, la sanction désigne alors la mesure punissant un coupable (*op. cit.*, n° 11).

¹²⁴ CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, *op. cit.*, p. XXII, n° 13.

¹²⁵ PESCATORE Pierre, *Introduction à la science du droit*, 2^{ème} réimpression, Université du Luxembourg, Bruylant Bruxelles, 2009, n° 274.

¹²⁶ CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, *op. cit.*

¹²⁷ ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993, v. « Efficacité », p. 219.

¹²⁸ ARNAUD André-Jean (dir.), *op. cit.* v. « Efficacité », p. 220.

¹²⁹ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 18, p. 31.

¹³⁰ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *op. cit.*, n° 19, p. 32.

grande justice, etc. Ainsi, chaque sanction a pour fonction première d'assurer l'effectivité de la « *finalité immédiate* » de chaque norme à laquelle elle se rapporte.

41. Au delà d'assurer le respect de la règle de droit à laquelle elle s'applique, un objectif particulier, une fonction particulière est généralement assigné à la sanction. Cette fonction peut être déduite des conditions d'application de la sanction. Ainsi, se distinguent principalement deux fonctions de la sanction. Une sanction prononcée pour la seule violation de l'obligation, sans présence d'un dommage, est axée sur la faute de l'auteur et est donc répressive¹³¹. À l'inverse, la réparation nécessite l'existence d'un dommage causé par la violation de l'obligation. En effet, la réparation vise à rétablir la situation qui aurait existé en l'absence de violation à l'obligation sanctionnée tandis que la peine vise à punir un comportement fautif. Cette explication est corroborée par Mme Marie-Ève Roujou de Boubée qui rappelle dans sa thèse les fondements respectifs de la réparation et de la peine : le préjudice est le fondement nécessaire et suffisant de la réparation, tandis que la faute est le fondement nécessaire et suffisant de la peine¹³². La violation d'une obligation légale d'information doit d'une part, en tant que violation, être appréciée au regard de la faute de l'auteur et entraîner une sanction répressive, et d'autre part, en ce qu'elle provoque un dommage du consommateur, emporter une sanction réparatrice.

La fonction réparatrice ou répressive d'une sanction est indépendante de sa nature civile, pénale ou administrative. Une constante peut cependant se dégager. En effet, la fonction réparatrice des sanctions est principalement assurée par la sanction civile tandis que la fonction répressive l'est majoritairement par une sanction pénale.

42. Après avoir déterminé la finalité des sanctions existantes, il convient d'analyser les critères de leur efficacité. La sanction est efficace si ses effets sont adéquats à ses objectifs. Autrement dit, afin de mesurer l'efficacité de la sanction, il convient d'analyser si l'effet qu'elle produit lui permet de réaliser les fonctions ou les finalités qui lui sont attribuées. Il paraît opportun d'appréhender séparément la fonction réparatrice, répressive et dissuasive et

¹³¹ V. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 21, p. 34.

¹³² ROUJOU DE BOUBÉE Marie-Ève, *Essai sur la notion de réparation*, thèse, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1974, resp. n° 69 et s., n° 59 et s.

de prendre pour modèle les critères dégagés par Mme Carole Aubert-Ouerdane de Vincelles dans sa thèse ¹³³.

43. Selon Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles, deux conditions sont nécessaires à la réparation : la violation de la règle et l'existence d'un dommage, « *défini comme étant l'incidence de la violation sur la situation de la victime* »¹³⁴. Si les conditions sont réunies, la sanction réparatrice sera efficace si elle répare intégralement les conséquences de la violation. Pour se faire, l'auteur estime que la sanction doit être adaptée au type de déséquilibre et proportionnelle aux effets de la violation¹³⁵. La réparation doit être comprise dans son sens large, définie comme le « [d]édommagement d'un préjudice par la personne qui en est responsable civilement », le « rétablissement de l'équilibre détruit par le dommage consistant à replacer, si possible, la victime dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit »¹³⁶.

La réparation suppose que la violation de la règle de droit, le manquement à l'obligation légale d'information, a eu une incidence sur la situation de la victime et lui a causé un dommage. Dans le cas qui nous intéresse, lorsque la règle de droit a pour objet l'information du consommateur, sa violation entraîne la privation de l'information¹³⁷. Celle-ci peut avoir de multiples conséquences comme la conclusion d'un contrat inutile ou à un prix plus élevé. Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles explique que le juge doit alors rechercher quel aurait été le comportement probable de la victime si l'information lui avait été donnée et par

¹³³ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *op. cit.*, p. 2, n° 3. En effet, certaines règles juridiques ne sont pas sanctionnées par le droit. L'auteur donne l'exemple du droit international public, dont la sanction n'est pas juridique mais politique ou économique, et des obligations naturelles en droit interne qui sont malgré tout considérées comme l'accomplissement d'un devoir moral.

¹³⁴ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 21, p. 34.

¹³⁵ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 26.

¹³⁶ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, PUF, 8^{ème} éd., mise à jour « Quadrige », 2007, p. 803, v. « Réparation ».

¹³⁷ Se pose la question des effets négatifs de la surinformation. Le consommateur étant le destinataire d'une myriade d'informations, il n'est pas certain qu'il prenne connaissance et, le cas échéant, qu'il comprenne la totalité des informations qui lui sont fournies. Certains auteurs affirment que peu de consommateurs lisent la totalité des clauses d'un contrat ou des mentions d'une notice d'utilisation. L'impact négatif de la surinformation n'est pas pris en compte dans notre étude, puisqu'elle porte sur les sanctions de l'obligation d'information et non l'information elle-même. M. Omri Ben-Shahar a réfléchi sur l'impact concret d'une proposition de réforme qui consiste à accorder une opportunité plus réelle (*opportunity-to-read*) au consommateur pour lire le contrat. Or, l'auteur affirme qu'accorder légalement un temps de lecture au consommateur n'aurait aucune influence sur ce comportement et le consommateur ne lirait toujours pas le contrat. Cette opportunité de lecture pourrait même produire des effets non désirés en cas de contestation du consommateur, puisque ce dernier aura eu l'opportunité de lire et comprendre les termes du contrat (BEN-SHAHAR Omri, « The Myth of the 'Opportunity to Read' in Contract Law », 7-18-2008, University of Chicago Law and Economics, Olin Working Paper n° 415 (available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1162922>)).

exemple si la rétention d'une information a fait que le contractant a conclu le contrat a un prix plus élevé, le dommage réside dans le caractère excessif du prix et la réparation réside dans la réduction du prix grâce à l'allocation de dommages-intérêts¹³⁸.

44. En ce qui concerne la fonction répressive de la sanction, Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles distingue les conditions relatives à l'infraction et celles relatives à la peine¹³⁹. Tout d'abord, l'infraction possède une fonction symbolique et à ce titre elle doit concerner uniquement les actes graves qui altèrent les valeurs fondamentales de la société. De plus, en vertu de sa fonction morale, l'infraction doit concerner les actes réalisés consciemment et volontairement, autrement dit l'élément moral de l'infraction doit être caractérisé¹⁴⁰.

Ensuite, quant à la peine, l'auteur précise qu'à l'image des sanctions réparatrices, elle doit être adaptée au comportement prohibé. Il faut alors rechercher quel est l'intérêt de l'auteur à la violation de la règle de droit afin de formuler une peine adaptée. Dans le cas de la violation de l'obligation d'information, le professionnel a pour objectif de contracter avec le consommateur afin de réaliser des profits. La peine la plus adaptée est alors celle qui atteint directement le patrimoine, telle une amende. D'autres peines peuvent atteindre le patrimoine de manière indirecte, telle l'interdiction temporaire d'exercer la profession par le biais de laquelle la violation a été réalisée, ou encore les peines d'affichage ou de diffusion de la décision de condamnation. De plus, la peine doit être proportionnelle à la gravité de la faute. En effet, le caractère rétributif de la peine fait que la punition dépend du comportement de l'auteur. Si la peine est trop peu sévère, elle n'aura pas le caractère punitif souhaité. À l'inverse, si elle est trop sévère, elle risque, si elle est prononcée de mettre en difficulté financière le professionnel (et dans ce cas l'arrêt de sa profession ne serait pas utile à la société), et si elle n'est pas prononcée, à ne pas être crainte et donc à ne pas être dissuasive.

45. Enfin, qu'elle soit réparatrice ou répressive, chaque sanction exerce une fonction dissuasive en amont de la violation puisqu'elle a pour objectif d'inciter au respect de la loi¹⁴¹. Les effets produits par la sanction réparatrice ou répressive doivent être de nature à inciter les

¹³⁸ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 21, p. 34.

¹³⁹ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *op. cit.*, n° 27.

¹⁴⁰ Nous verrons que cela ne correspond pas à la logique de répression de la violation du droit de la consommation français (plus rarement en droit luxembourgeois) qui punit fréquemment la violation d'une obligation légale d'information par une peine contraventionnel, autrement dit une peine qui ne nécessite pas la preuve d'élément intentionnel.

¹⁴¹ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *op. cit.*, n° 23.

contractants à respecter la loi. Pour être efficace, la sanction dissuasive doit être adaptée au type de déséquilibre et proportionnelle aux effets de la violation. Selon Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles, quatre conditions favorisent ces effets (l'auteur précise qu'elles ne peuvent la garantir, car la nature humaine est imprévisible, et certains délinquants n'y sont pas sensibles) : la sanction ne concerne que les contractants de mauvaise foi (ils ont conscience de commettre un acte interdit), ils connaissent la sanction, les effets de la sanction sont proportionnels à l'avantage procuré par la violation (égaux ou légèrement supérieurs mais par trop forts), et enfin l'auteur peut croire à la réalisation de la sanction, autrement dit sa condamnation¹⁴².

46. Il faut distinguer la notion d'efficacité de celles d'effectivité et d'efficace. Ces dernières méritent d'être brièvement présentées mais ne feront pas l'objet d'autres développements pour des raisons de temps. En plus d'être efficace, la sanction de l'obligation légale d'information doit être effective, autrement dit elle doit pouvoir être prononcée¹⁴³ et mise en œuvre¹⁴⁴, afin de procurer une force contraignante à la norme à laquelle elle s'applique.

¹⁴² OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *op. cit.*, n° 25 ; v. également, RIVERO Jean, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, 1985, p. 675 et s.

¹⁴³ Les autorités compétentes en matière de litiges de consommation de nature civile peuvent être précisées ce qui concerne les sanctions judiciaires. En France, le juge de proximité est compétent pour les litiges de consommation puisqu'il a dans ses attributions les litiges de faibles montants, c'est-à-dire inférieurs à 4 000 euros (COJ fr., art. L. 231-3, al. 1). Le tribunal d'instance reste compétent pour les litiges relatifs aux contrats de crédit à la consommation (COJ fr., art. R. 221-39-1). Devant le juge de proximité et le juge d'instance, l'assistance ou la représentation, notamment par un avocat, est facultative (C. proc. civ. fr., art. 827 et 828). Cependant, il convient de rappeler que les juridictions de proximité seront supprimées au 1^{er} janvier 2017 (la suppression a déjà été différée deux fois en 2013 puis en 2015) et les tribunaux d'instance seront compétents pour connaître des litiges dont le montant est inférieur à 4 000 euros (Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles (1), JORF n° 0289 du 14 déc. 2011, p. 21105, texte n° 1).

Au Luxembourg, « [l]e projet de loi portant introduction d'un Code de la consommation instaure le juge de paix comme juge naturel des affaires de consommation » (RAUCHS Pierre, « Le projet de Code de la consommation luxembourgeois », in PRÛM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 63). Le juge de paix a donc une compétence exclusive en matière de litiges de consommation, quelle que soit la valeur du litige. Ses compétences sont définies à l'article 4 du Nouveau Code de procédure civile. Cependant, M. Pierre Rauchs estime que cette nouveauté n'impactera pas la pratique puisque les litiges de consommation se caractérisent par un enjeu de faible valeur, généralement en dessous de 10 000 euros, pour lesquels le juge de paix est déjà compétent (*ibid*). L'accès du consommateur à la Justice sera donc facilité pour les litiges supérieurs à 10 000 euros concernant par exemple l'achat d'une voiture ou des travaux de rénovation immobilière. En effet, le ministère d'avocat est facultatif devant le juge de paix, les parties peuvent donc paraître personnellement sans être représentées par un avocat (Sur l'ensemble des compétences du tribunal de paix, v. HOSCHEIT Thierry, *Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg*, éd. Paul Bauler, 2012, p. 115 et s.).

¹⁴⁴ « La sanction est contenue sous forme de commination générale dans la règle de droit ; elle est prononcée dans le cas concret par une décision de justice. Comme telle, la sanction a encore un caractère purement intellectuel. Elle est un ordre, un iussum de l'autorité judiciaire. Cet ordre doit être exécuté » (PESCATORE

47. Le terme « effectivité » provient du latin *effectivus*, « actif », « qui produit » et peut être défini, en sociologie du droit, comme le « [d]egré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »¹⁴⁵. Lorsque la règle est violée, plusieurs conditions sont nécessaires pour que la sanction soit prononcée et effective. Le prononcé d'une sanction implique la connaissance de la violation de la règle par la justice, ce qui amène à se pencher sur le problème de détection de la violation des lois et ensuite de son prononcé¹⁴⁶. De la même manière, certains auteurs en sociologie du droit relèvent trois niveaux possibles d'ineffectivité de l'action des instances de contrôle. Il s'agit de sa détection, son traitement et son issue : le défaut de détection de la violation de la norme, le traitement des informations reçues par l'administration en matière de violation et la gravité des sanctions prononcées par le juge au regard des sanctions possibles (l'inexécution d'une sanction prononcée, l'insignifiance d'une sanction prononcée ou la concurrence entre sanction, par exemple la coexistence de voies administrative et judiciaire)¹⁴⁷.

48. L'effectivité de la sanction, autrement dit la possibilité de la prononcer et de la mettre en œuvre, est un aspect essentiel qui, pour des raisons de temps, ne sera pas traité dans cette étude. Cependant, l'effectivité de la sanction doit être prise en compte dans l'incidence qu'elle peut avoir sur l'efficacité de la sanction. En effet, comme l'a affirmé Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles, l'effectivité peut jouer un rôle perturbateur de l'efficacité¹⁴⁸. En effet, l'auteur explique qu'une sanction effective peut ne pas être efficace, si ses effets ne sont pas adaptés à sa finalité, et une sanction peut être efficace sans être mise en œuvre. Ainsi une sanction répressive est efficace dans sa finalité dissuasive lorsqu'elle n'est pas prononcée, car cela signifie que sa simple existence suffit à dissuader son destinataire de commettre un acte illégal. Cependant, il est nécessaire que la sanction efficace soit potentiellement effective pour produire un tel effet. Une sanction est dissuasive lorsque l'acteur auquel elle a vocation à

Pierre, *Introduction à la science du droit*, Université du Luxembourg, Bruylant Bruxelles, 2009, n° 284). Ainsi au Luxembourg, M. Bob Schmitz souhaite que « dans un proche avenir le Code soit enrichi de nouvelles règles procédurales facilitant davantage le règlement rapide, équitable et peu coûteux des litiges de consommation – ces conditions n'étant pas garanties par l'appareil judiciaire actuel dans notre pays » (SCHMITZ Bob, « La codification du droit de la consommation au Luxembourg. Le point de vue des consommateurs », in PRŪM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 87).

¹⁴⁵ ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1993, v. « effectivité », p. 217.

¹⁴⁶ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 29, p. 48 et s.

¹⁴⁷ LASCOUMES Pierre et SERVERIN Évelyne, « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Droit et société* n° 2, 1986, p. 101 et s., spéc. pp. 114-117.

¹⁴⁸ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *op. cit.* n° 28 et s.

s'appliquer estime que le coût du manquement, la sanction prononcée, est supérieur à l'avantage procuré par le même manquement, le gain de ne pas se plier à l'obligation d'information. Le calcul coût/bénéfice du manquement à l'obligation d'information inhibe l'action d'un professionnel malintentionné. En conclusion, une sanction sera dissuasive lorsque, d'une part, elle peut être prononcée et être mise en œuvre, car le cocontractant ne saurait craindre une sanction qui n'est jamais prononcée ou qui ne peut pas matériellement être exécutée, et d'autre part, l'individu destinataire de cette sanction en a connaissance, puisqu'il ne saurait craindre une sanction dont il ignore l'existence. En effet, une sanction réparatrice ou répressive qui ne peut pas être prononcée ou ne l'est que peu souvent pour diverses considérations, ne sera pas une sanction dissuasive efficace puisque le cocontractant ne craindra pas sa réalisation. Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles en conclue que « *l'efficacité n'existe réellement qu'à travers l'effectivité* »¹⁴⁹.

49. Enfin, les notions d'efficacité et d'effectivité de la sanction sont encore à distinguer de celle d'efficience. Envisager la sanction en fonction de son efficience revient à mesurer son efficacité économique. Ainsi la doctrine a dénoncé « *la transformation insidieuse des finances publiques, devenues véritables « maîtresse » du droit, et l'emprise des lois performatives* »¹⁵⁰. Si cette approche de la sanction peut se révéler utile, certains auteurs conseillent malgré tout de ne pas en faire « *le curseur exclusif de la politique de la sanction* »¹⁵¹.

50. Si le présent travail s'intéresse à l'efficacité, il ne met pas de côté la question de l'effectivité. Il a plus modestement pour ambition de se focaliser sur la question de l'efficacité afin d'en tirer la substance moelle tout en admettant que les conclusions tirées ne pourront produire leur plein effet que si les législateurs français et luxembourgeois assurent la mise en œuvre des sanctions. Or il ressort de l'étude menée que l'efficacité de la sanction de l'obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois repose en premier lieu sur une la mise en ordre des sanctions applicables lorsqu'une telle obligation n'est pas respectée par le professionnel. En effet, l'inefficacité des

¹⁴⁹ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 28, p. 48.

¹⁵⁰ CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. LXIV, n° 69.

¹⁵¹ CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, *op. cit.*, p. LXIV, n° 70.

systèmes de sanction actuels de l'obligation légale d'information semble procéder d'une part, de l'absence ponctuelle de sanction expresse, et d'autre part, du cumul de certaines sanctions, lesquelles découlent à notre sens d'une absence de vision analytique de la part des deux législateurs. Il en résulte que l'efficacité de la sanction pourra être atteinte que si, une fois une grille de lecture dégagée, il est possible d'articuler de manière cohérente les différentes sanctions existant. Une vision analytique du droit positif permettra en outre d'adapter les sanctions au contexte particulier des litiges de consommation (déséquilibre du pouvoir économique, faible montant des litiges, psychologie du consommateur). Dresser ce tableau analytique ne peut toutefois se faire sans conduire au préalable une analyse de l'influence du droit de l'Union européenne de la place accordée à la sanction de l'obligation légale d'information en droit européen (Titre préliminaire). Ce passage obligé fournit en effet des explications partielles sur l'inefficacité actuelle des systèmes nationaux et permet d'en saisir l'exacte mesure dans les droits français et luxembourgeois (Partie I). Une fois cette mesure prise, il conviendra alors de proposer des solutions pour tenter de restaurer l'efficacité de la sanction de l'obligation d'information contractuelle dans les deux droits (Partie II).

TITRE PRÉLIMINAIRE – UNE QUESTION DOMINÉE PAR LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

51. Depuis les années 1980, « *l'impulsion législative en matière de protection des consommateurs est très largement d'origine européenne* »¹⁵². À ce titre, la Commission européenne a déclaré qu'un des quatre grands objectifs de la politique des consommateurs de l'Union européenne est de « *veiller à ce que leurs décisions en terme de dépense s'appuient sur des informations claires, exactes et cohérentes* »¹⁵³. Le législateur de l'Union européenne a ainsi édicté de nombreuses obligations légales d'information et dispose des compétences nécessaires à la création des sanctions de celles-ci (Chapitre 1). Sa position quant à l'harmonisation des sanctions apparaît cependant comme paradoxale. En effet, si le choix de la sanction est souvent confié aux États membres, le législateur de l'Union européenne décide parfois d'imposer une sanction harmonisée (Chapitre 2). Toutes les obligations d'information édictées par le législateur de l'Union européenne ne reçoivent donc pas une sanction harmonisée. Or, l'harmonisation des sanctions apparaît comme l'étape indispensable à un droit de la consommation européen et national cohérent et effectif. L'explication de l'attitude indécise du législateur de l'Union européen semble résider dans une problématique plus large qui est la faisabilité politique. En effet, l'harmonisation des sanctions de l'obligation légale d'information nécessite un consensus entre les États membres, ce qui semble difficile à réaliser. Le législateur de l'Union européenne est donc intervenu ponctuellement, et a créé une sanction à l'obligation d'information qu'il édictait uniquement lorsque cette première pouvait satisfaire tous les États membres. Le manquement à une obligation légale d'information d'origine européenne reçoit une sanction identique dans tous les États membres dans certains cas, et une sanction différente dans d'autres. Pour pallier ce manque de cohérence du système de sanction, la doctrine européenne a tenté de déterminer des sanctions et des principes directeurs aux conséquences légales des violations des obligations légales

¹⁵² LATINA Mathias, « L'impact de l'harmonisation européenne sur le droit commun des contrats », in BOUMGHAR Mouloud et DURAND Valérie (dir.), *Les nouvelles échelles du droit commun*, Larcier, 2013, p. 97, n° 4.

¹⁵³ Commission européenne, « Comprendre les politiques de l'Union européenne – Consommateurs », 2016, p. 3.

d'information (Chapitre 3). Cependant, les lacunes des textes de l'Union sont surtout compensées par le pouvoir d'interprétation du droit de la Cour de justice qui guide les juges nationaux dans l'application des sanctions (Chapitre 4).

CHAPITRE I – L’ANALYSE DES COMPÉTENCES DE L’UNION EUROPÉENNE

52. Se poser la question des compétences législatives de l’Union européenne en matière de création de sanction revient à se demander quelles compétences lui ont été déléguées par les États membres en vertu du principe d’attribution¹⁵⁴. Il conviendra de rappeler les compétences de l’Union en matière de protection des consommateurs (Section 1) puis plus particulièrement en matière de création de sanctions aux obligations d’information qu’elle édicte (Section 2).

SECTION 1 – LA COMPÉTENCE D’ATTRIBUTION DE L’UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS

53. À l’heure actuelle, « *la politique des consommateurs* » à l’échelle de l’Union européenne est réalisée en partenariat avec les États membres et a pour objectif d’une part, d’adopter des mesures visant à protéger la santé, la sécurité et les intérêts économiques des consommateurs et de promouvoir leur droit à l’information et à l’éducation, et d’autre part, de prendre en compte les exigences en matière de protection des consommateurs dans la mise en œuvre des autres politiques de l’Union¹⁵⁵. Ainsi, l’article 4, paragraphe 2, point f), du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne dispose que la protection des consommateurs est une compétence partagée de l’Union européenne¹⁵⁶. L’Union et les États membres peuvent donc légiférer dans ce domaine, mais les États exercent leur compétence uniquement si l’Union n’a pas exercé la sienne¹⁵⁷. De plus, l’Union n’agit que si les objectifs déterminés par les traités ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres en vertu du

¹⁵⁴ Traité sur l’Union européenne (TUE), art. 5, paragr. 1 et 2.

¹⁵⁵ Commission européenne, « Consommateurs », 2014 (<http://bookshop.europa.eu/fr/consommateurs-pbNA0216162/?CatalogCategoryID=sciep2OwkgkAAAE.xjhtLxJz>, dernière consultation le 15 septembre 2016). V. BOURGOIGNIE Thierry, « Droit et politique communautaire de la consommation. Une évaluation des acquis », in Mélanges en l’honneur de JEan Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 95 et s. ; FASQUELLE Daniel et MEUNIER Patrick (dir.), *Le droit communautaire de la consommation : Bilan et perspectives*, (actes du colloque de Boulogne-sur-Mer, 14 et 15 janv. 2000), coll. de la CEDECE, Paris : La documentation française, 2002. V. WEATHERILL Stephen, *EU Consumer Law And Policy*, Elgar European Law, 2005 ; MICKLITZ Hans-W., REICH Norbert and ROTT Peter, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, 2009

¹⁵⁶ WILMAN Folkert, *Private enforcement of EU law before national courts. The EU Legislative Framework*, Elgar European Law and Practice, Edward Elgar publishing, 2015, n° 5.02.

¹⁵⁷ TFUE, art. 2, paragr. 2.

principe de subsidiarité¹⁵⁸. L'article 169, paragraphe 1, TFUE décrit les objectifs de la politique de l'UE en matière de protection des consommateurs. L'Union assure un niveau de protection élevé aux consommateurs en participant à la protection de leur santé, leur sécurité et leurs intérêts économiques, et en promouvant leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser pour protéger leurs intérêts. Cela se traduit notamment par une information loyale des consommateurs, afin qu'ils opèrent des choix économiques éclairés¹⁵⁹. Les missions actuelles de l'Union européenne en matière de consommation ont cependant été le fruit d'une évolution.

54. Mme Sabine Bernheim-Desvaux rappelle que « [l]e traité de Rome du 25 mars 1957, antérieur au développement du consumérisme en Europe, n'envisageait pas la protection des consommateurs. Ce n'est qu'à compter des années 1970 que la politique communautaire en matière de consommation s'est mise en place. Plusieurs étapes se succédèrent jusqu'à l'actuel article 153 du traité CE qui dispose qu'un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union. La protection des consommateurs est désormais prévue de façon explicite par le traité CE, elle est un but en soi de la politique communautaire »¹⁶⁰.

Cependant, la réglementation du droit de la consommation par l'Union européenne n'a pas pour seul objectif de protéger les consommateurs. Ainsi, le même auteur affirme que « [c]'est un truisme d'affirmer que le droit de la consommation permet de protéger les consommateurs dans leurs relations avec des professionnels. Il est néanmoins réaliste de constater que le droit de la consommation, sous l'égide de la Commission européenne, tend à devenir un outil de régulation du marché économique »¹⁶¹. L'auteur conclut que « [s]i la fonction de protection

¹⁵⁸ TUE, art. 5, paragr. 1 et 3.

¹⁵⁹ « La politique des consommateurs de l'UE vise à :

- protéger les droits des consommateurs par la législation, notamment en les aidant à résoudre rapidement et efficacement leurs litiges avec des commerçants (au moyen de systèmes de règlements à l'amiable ou du réseau des centres européens des consommateurs, par ex.);

- veiller à ce que ces droits soient en phase avec les évolutions économiques et sociales, notamment dans les domaines du numérique, de l'énergie et des services financiers;

- garantir la sécurité de tout produit en vente dans le marché unique;

- aider les consommateurs à faire des choix fondés sur des informations claires, exactes et cohérentes, notamment pour les achats en ligne » (http://europa.eu/pol/cons/index_fr.htm, dernière consultation le 15 septembre 2016).

¹⁶⁰ BERNHEIM-DESVAUX Sabine, « Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché », RLDA n° 69, mars 2012, n° 3945.

¹⁶¹ BERNHEIM-DESVAUX Sabine, *op. cit.* L'auteur cite trois exemples démontrant son propos. L'utilisation du droit de la consommation aux fins de régulation du marché par l'Union européenne ressort de la définition du consommateur qui est une acception économique du consommateur, de la multiplication depuis 2005 de

reste prégnante, celle de régulation transcende désormais la discipline »¹⁶². L'approche centrée sur la réalisation du marché du législateur s'explique par les origines de l'Union européenne. La question du rapprochement¹⁶³ des législations des États membres est complexe et originelle puisqu'elle est née avec la création de la Communauté économique européenne en 1957¹⁶⁴. L'Union étant fondée sur l'intégration économique avec la création d'un marché commun¹⁶⁵, il a d'abord été question du rapprochement des politiques économiques des États membres. Ainsi, à titre de comparaison, l'Union détient une compétence exclusive quant à l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur¹⁶⁶ et la politique commerciale commune¹⁶⁷. Dans ces domaines, seule l'Union peut légiférer, les États membres étant compétents uniquement s'ils y sont habilités par elle ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union¹⁶⁸.

Plus récemment, le déficit concerne le droit civil puisqu'est en cours un projet de droit européen commun de la vente¹⁶⁹. Le droit européen s'est ainsi immiscé de plus en plus dans le droit interne et dans les relations entre particuliers et professionnels. La prédominance de l'objectif de régulation du marché se reflète dans les bases légales des compétences législatives de l'Union et de l'usage qui en est fait.

55. Les compétences de l'Union européenne en matière de consommation reposent sur une double base juridique¹⁷⁰, relative ou non à la réalisation du marché intérieur.

Tout d'abord, l'article 169, paragraphe 2, point a), du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne peut servir de base légale en matière de protection des consommateurs à la

directives communautaires dites d'harmonisation maximale ou totale, et enfin du devoir du juge national, posé par la CJUE, de relever d'office toute disposition consumériste.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ « *Le rapprochement des législations des États membres de la Communauté économique européenne constitue un des problèmes les plus importants et les plus délicats concernant l'application du Traité instituant cette Communauté* » (CATALANO Nicola, « La Communauté économique européenne et l'unification, le rapprochement et l'harmonisation du droit des États membres », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 13, N° 1, 1961, n° 1, p. 5).

¹⁶⁴ Traité de Rome, 1957.

¹⁶⁵ Traité de Rome, art. 2. V. BOURGOIGNIE Thierry (dir.), *L'intégration économique régionale. Protection du consommateur*, Éd. Yvons Blais, 2009.

¹⁶⁶ TFUE, art. 3, paragr. 1, point b).

¹⁶⁷ Point e).

¹⁶⁸ TFUE, art. 2, paragr. 1

¹⁶⁹ Droit commun européen de la vente, procédure législative n° 2011/0284 (COD) ; document législatif de base : Proposition de Règlement du 11 oct. 2011 ; dernier document en date en avril 2015 : Texte adopté du Parlement 1^{ère} lecture/lecture unique le 26 févr. 2014 (en attente de la position du Conseil en 1^{ère} lecture/convocation de la conciliation budgétaire).

¹⁷⁰ STUYCK Jules, « Fasc. 2000 : Politique européenne de la consommation », *J.-Cl. Europe Traité*, 2 janv. 2013, n° 9 et s.

lumière de la jurisprudence de la Cour de justice en ce qui concerne l'article 114 TFUE, autrement dit la protection des consommateurs est envisagée dans le cadre de la réalisation du marché intérieur. Les directives consuméristes sont généralement basées sur cet article¹⁷¹, ce qui montre la volonté politique de régulation du marché à travers la protection du consommateur. M. Jules Stuyck explique que « *ces directives doivent donc nécessairement avoir un lien suffisant avec le marché intérieur, tel que déterminé par l'article 114 TFUE et interprété par la Cour de justice* »¹⁷². Autrement dit l'Union rapproche les législations des États membres en matière d'établissement et de fonctionnement du marché intérieur¹⁷³ tout en visant un niveau élevé de protection des consommateurs¹⁷⁴ : l'harmonisation de la législation du droit de la consommation est le principe, les États membres pouvant conserver des mesures particulières dans certaines circonstances¹⁷⁵.

Ensuite, l'Union européenne peut légiférer en matière de protection des consommateurs sur le fondement de l'article 169, paragraphe 2, point b), TFUE qui est une compétence non liée à la réalisation du marché intérieur et concerne les mesures qui appuient et complètent la politique menée par les États membres, et en assurent le suivi. M. Jules Stuyck précise que cette base légale, qui est présentée comme une réelle alternative au point a), autrement dit à la base législative permettant la protection du consommateur à travers la réalisation du marché intérieur, n'a pourtant été utilisée qu'une seule fois¹⁷⁶. Sur ce fondement, l'UE peut adopter des mesures pour lesquelles une harmonisation des législations n'est pas autorisée¹⁷⁷, étant également précisé que l'UE ne peut empêcher un État membre de conserver ou d'établir des mesures de protection plus strictes¹⁷⁸. Enfin il est précisé que les États membres doivent coordonner leurs politiques économiques¹⁷⁹, l'Union possédant une compétence de définition des modalités prévues par le TFUE¹⁸⁰ et le Conseil adoptant les grandes orientations de ces politiques¹⁸¹.

¹⁷¹ STUYCK Jules, *op. cit.*, n° 10.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ TFUE, art. 114, paragr. 1.

¹⁷⁴ *Op. cit.*, paragr. 3.

¹⁷⁵ *Op. cit.* paragr. 4 et 5.

¹⁷⁶ STUYCK Jules, *op. cit.*, n° 13.

¹⁷⁷ TFUE, art. 2, paragr. 5.

¹⁷⁸ TFUE, art. 169, paragr. 4.

¹⁷⁹ Sur la politique économique : TFUE, art. 120 et s.

¹⁸⁰ TFUE, art. 2, paragr. 3.

¹⁸¹ TFUE, art. 5, paragr. 1, al. 1.

56. En définitive, la base légale utilisée par l'Union européenne pour légiférer en matière de protection des consommateurs atteste que cette politique est surtout envisagée à travers la réalisation du marché intérieur¹⁸². M. Mathias Latina rappelle ainsi l'orientation divergente du droit de la consommation au niveau européen et au niveau national. En effet, « [l]orsque des dispositions spéciales sont adoptées par le législateur français en droit de la consommation, elles le sont quasi-systématiquement dans le but exclusif de renforcer la protection du consommateur. Or, telle n'est pas la vision de la commission européenne. Certes, l'intervention législative européenne en droit de la consommation a pour but de créer un socle commun de règles offrant au consommateur une protection jugée satisfaisante. Toutefois, la protection du consommateur est également vue comme un moyen de mettre en place un espace au sein duquel la concurrence serait libre et non faussée »¹⁸³. Cette vision est également affirmée par la Commission européenne en ces termes : « [q]ue souhaitent les 508 millions de consommateurs de l'Union européenne (UE) lorsqu'ils achètent des biens et des services ? À n'en pas douter, du choix, de la qualité, et un bon rapport qualité/prix. Ils veulent savoir précisément ce qu'ils achètent et être sûrs que leurs droits sont protégés. Mais, par leur choix, ils stimulent aussi l'innovation, l'efficacité et la croissance économique »¹⁸⁴. Le fait que la protection du consommateur soit envisagée sous le prisme de la réalisation du marché constitue peut être une explication à la position indécise de l'Union européenne en matière de création de sanction aux obligations d'information qu'elle édicte. En effet, le socle commun de dispositions protectrices du consommateurs est peut être suffisant à l'objectif de réalisation du marché, les sanctions relevant plutôt de la souveraineté des États membres.

57. Nous allons observer que l'Union européenne dispose des compétences législatives nécessaires à l'élaboration de sanctions aux obligations d'information qu'elle crée. Dès lors, le fait qu'elle laisse majoritairement le choix des sanctions aux États membres semble s'expliquer par la non faisabilité politique de créer une sanction commune, le consensus entre les États membres étant complexe voire impossible à atteindre.

¹⁸² Sur la « spécificité de la politique communautaire de protection du consommateur », v. POILLOT Élise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, thèse, LGDJ, 2004, p. 37 et s.

¹⁸³ LATINA Mathias, « L'impact de l'harmonisation européenne sur le droit commun des contrats », in BOUMGHAR Mouloud et DURAND Valérie (dir.), *Les nouvelles échelles du droit commun*, Larcier, 2013, p. 97, n° 5 ; VAN GERVEN Walter, « Rapport introductif », in JAMIN Christophe et MAZEAUD Denis (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, p. 3 et s.

¹⁸⁴ Commission européenne, « Comprendre les politiques de l'Union européenne – Consommateurs », 2016, p. 3.

SECTION 2 – LA COMPÉTENCE LÉGISLATIVE DE L’UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE DE CRÉATION DE SANCTIONS AUX OBLIGATIONS D’INFORMATION QU’ELLE ÉDICTE

58. La sanction évoque la souveraineté des États membres et un consensus politique entre les États membres est nécessaire si l’Union européenne souhaite imposer une sanction harmonisée à l’obligation d’information qu’elle crée. Le thème de la sanction est d’autant plus particulier en droit de la consommation que celui-ci est un droit pluridisciplinaire qui contient des dispositions civiles, pénales et administratives¹⁸⁵. À cela s’ajoute l’ambivalence de ce droit du marché qui a vocation à protéger les consommateurs mais surtout et plus globalement à assurer le bon fonctionnement du marché. Le législateur européen ne prend pas souvent l’initiative d’édicter une sanction commune aux obligations légales d’information qu’il impose.

59. Mme Fabienne Gazin rappelle que « *le concept de « sanction » n’apparaît que rarement et tardivement au sein des traités européens* » puisqu’« *il faut attendre le traité de Nice de décembre 2000 pour que soit introduit au sein des articles 31 TUE et 229 TCE le terme de « sanction* » »¹⁸⁶. Mais l’auteur tempère aussitôt ce constat, affirmant que « *les mécanismes de sanction sont nombreux au sein des traités ou des normes de droit dérivé* »¹⁸⁷. Les propos de l’auteur concernent d’une part, les sanctions que peut édicter l’Union pour les normes qu’elle crée et qui seront à mettre en œuvre par les États membres, et d’autre part, le pouvoir de sanction qu’exercent ses organes lorsqu’un État membre ou un particulier, tel une entreprise, viole le droit européen (par exemple une entente ou un abus de position dominante). Ce sont les premières qui nous intéressent puisque nous nous interrogeons sur le pouvoir de sanction de l’UE quant aux obligations d’information qu’elle impose en droit de la consommation.

¹⁸⁵ V. PIEDELIÈVRE Stéphane, *Droit de la consommation*, MOLFESSIS Nicolas (dir.), Corpus Droit Privé, Économica, 2008, n° 27 et s.

¹⁸⁶ GAZIN Fabienne, « Les sanctions en droit de l’Union européenne : Renforcement de l’autorité ou « surenchère sanctionnatrice » du droit européen ? » in *Les sanctions en droit contemporain : La sanction, entre technique et politique*, dir. par. CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 2, p. 572.

¹⁸⁷ GAZIN, Fabienne, *op. cit.*, n° 3, p. 572.

60. Nous constaterons dans la suite de nos développements que le législateur de l'Union européenne se cantonne à élaborer des sanctions de nature civile aux obligations d'information. Ainsi, la directive relative aux contrats conclus à distance et hors établissement, adoptée sur le fondement de l'article 114 TFUE, prévoit la prorogation du délai de rétractation en cas de défaut de transmission par le professionnel de cette information. La question est de savoir si le législateur de l'Union européenne dispose des compétences nécessaires pour créer des sanctions de nature pénale aux obligations légales d'information.

61. Nous pouvons rappeler que la souveraineté pénale des États membres n'est pas déléguée à l'Union. En effet, M. Denys Simon explique que « [l]es traités communautaires originaires ne contenaient aucune disposition relative à une quelconque compétence pénale de la Communauté »¹⁸⁸. La sphère pénale reste par principe de la compétence des États membres. Le principe est donc celui de la « non ingérence du droit communautaire dans la définition des incriminations et la détermination des sanctions »¹⁸⁹. Cependant, Mme Maiténa Poelemans affirme qu'« [i]l existe bien un « système répressif de l'Union européenne »¹⁹⁰ et M. Denys Simon tempère lui-même son constat précédent en affirmant que « le droit communautaire [...] affecte inéluctablement la compétence législative [...] de définir des incriminations et de déterminer des peines »¹⁹¹. Ainsi, si les États membres restent souverains quant à l'élaboration des sanctions pénales, l'Union européenne « peut définir des lignes directrices et apporter une plus-value aux systèmes nationaux »¹⁹², notamment en terme de coordination entre les États membres.

62. Nous pouvons tout d'abord nous intéresser à la coopération judiciaire¹⁹³ en matière pénale¹⁹⁴. Ainsi l'article 83, paragraphe 1, TFUE dispose que « [l]e Parlement européen et le

¹⁸⁸ SIMON Denys, « Constitution, souveraineté pénale, droit communautaire », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 26, août 2009, p. 1.

¹⁸⁹ SIMON, *op. cit.*

¹⁹⁰ POELEMANS Maiténa, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire : Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, thèse, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, 2004.

¹⁹¹ SIMON, *op. cit.*

¹⁹² <http://www.touteleurope.eu/les-politiques-europeennes/justice-et-affaires-interieures/synthese/la-cooperation-judiciaire-en-matiere-penale.html>, dernière consultation le 15 septembre 2016).

¹⁹³ Jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009, le Conseil pouvait imposer aux États membres d'adopter des sanctions pénales par décisions-cadres, celles-ci n'ayant pas d'effet direct comme les directives, dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale pour rapprochement des législations nationales (TUE, art. 34 paragr. 1 b), version consolidée au 24 déc. 2002, JO n° 325). Cette pratique était contestée par les autres organes de l'UE. Désormais l'art. 83 paragr. 1 TFUE dispose qu'est utilisée la « procédure législative ordinaire », redonnant ainsi un rôle au Parlement : « la possibilité de fixer des sanctions pénales par voie de directive implique que la Commission retrouve son monopole d'initiative, que le Parlement

Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes »¹⁹⁵. Sont concernés les domaines de criminalité particulièrement grave ayant une dimension transfrontière, tels « le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée »¹⁹⁶. La violation du droit de la consommation peut être concernée par ces infractions graves mais en aucun cas le simple manquement à l'obligation d'information édictée.

63. Ensuite, le paragraphe 2 du même article dispose que des « directives¹⁹⁷ peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions » en dehors des cas de criminalité grave transfrontière lorsque l'objectif est de garantir le respect d'une politique harmonisée de l'Union européenne. Ainsi la Commission estime que les domaines d'action de l'Union dans lesquels un droit pénal de l'Union européenne pourrait s'avérer nécessaire sont le secteur financier, la lutte contre la fraude, la protection de l'euro contre le faux monnayage¹⁹⁸, le droit du travail¹⁹⁹, le transport routier, la protection des données, les règles douanières, la protection de l'environnement²⁰⁰, la politique de pêche et

n'est plus simplement consulté mais associé en codécision, et que le vote au sein du Conseil a lieu à la majorité qualifiée et non à l'unanimité ; d'autre part, à la différence des décisions-cadres, le régime des directives est fondamentalement différent en termes d'effet direct, de compétence interprétative de la Cour de justice et de qualité pour introduire un recours en annulation » (SIMON D., op. cit., p. 3).

¹⁹⁴ TFUE, art. 82 et s.

¹⁹⁵ TFUE, art. 83, paragr. 1, al. 1.

¹⁹⁶ Op. cit., al. 2.

¹⁹⁷ « Ces directives sont adoptées selon une procédure législative ordinaire ou spéciale identique à celle utilisée pour l'adoption des mesures d'harmonisation en question, sans préjudice de l'article 76 » (dernière phrase du paragr. 2).

¹⁹⁸ Décision-cadre du conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro.

¹⁹⁹ Dir. 2009/52 du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjours irréguliers.

²⁰⁰ Dir. 2008/99/CE du 19 nov. 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal. La directive n° 2008/99/CE impose aux États membres d'adopter des sanctions pénales pour certains actes déclarés illicites en droit européen. Selon l'UE, « [l]'expérience montre que les systèmes de sanction existants ne suffisent pas à garantir le respect absolu de la législation en matière de protection de l'environnement. Ce respect peut et doit être renforcé par l'existence de sanctions pénales, qui reflètent une désapprobation de la société qualitativement différente de celle manifestée par le biais des sanctions administratives ou d'une indemnisation au civil » (Dir., propos introductifs, paragr. 3). Ainsi, les actes polluants les plus graves prohibés par le droit européen doivent obligatoirement recevoir des sanctions de nature pénale (art. 3). M. Denys Simon remémore au lecteur l'avis

les politiques relatives au marché intérieur²⁰¹. L'Union européenne pourrait donc définir des infractions pénales et des sanctions à l'obligation d'information qu'elle édicte en droit des contrats de consommation mais se pose toujours la question de la faisabilité politique et de la possibilité de trouver un accord commun entre les États membres pour la création d'une sanction pénale commune au manquement à l'obligation légale d'information due au consommateur.

64. En conclusion, l'Union européenne n'a pas de compétence pénale générale, celle-ci relevant de la souveraineté des États membres, mais elle n'est pas pour autant dépourvue de compétence. En effet, l'Union européenne peut fixer des règles minimales en matière d'infraction et de sanction par voie de directive dans les domaines de criminalité grave et transfrontière, et elle peut imposer aux États membres d'adopter des sanctions de nature pénale lorsque elles sont nécessaires à l'effectivité d'une matière harmonisée. *A priori*, l'Union européenne pourrait imposer aux États membres d'adopter des sanctions pénales pour les manquements aux obligations d'information qu'elle édicte en matière de contrats de consommation, si elle estimait que ces sanctions étaient nécessaires à l'effectivité de ces dispositions. Cependant, comme nous l'avons évoqué, le problème reste le consensus des États membres et la faisabilité d'une sanction pénale commune à l'obligation d'information

attendu de la Cour de justice relatif à la limite du droit pénal national et communautaire. Dans une affaire célèbre de 2005 (CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C-176/03, SIMON Denys, « Compétence en matière pénale », *Revue Europe* n° 11, nov. 2005, comm. 369), a été débattue la question du fondement juridique d'une décision-cadre du Conseil déterminant une série d'infractions en droit de l'environnement. En parallèle, la Commission avait proposé une directive similaire, non adoptée par le Conseil, sur la base de l'article 175 paragraphe 1 (actuel article 192 TFUE) autrement dit la procédure législative ordinaire (Parlement et Conseil) pour réaliser la compétence dévolue à l'UE de protection de l'environnement. La question était de savoir si le Conseil avait empiété sur les compétences de la Commission et si le fondement pris par celle-ci pour imposer des sanctions pénales était suffisant. La réponse est connue puisque nous avons évoqué cette directive en question datant de 2008, mais il est intéressant de citer le résumé qu'en fait M. Denys Simon : « *[L]e juge communautaire, tout en rappelant le principe de l'absence de compétence pénale autonome de la Communauté, a en effet jugé que cela n'exclut pas que le législateur communautaire puisse « prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres », et notamment prévoir l'obligation de sanctions pénales en cas d'infractions graves aux règles communautaires de protection de l'environnement par voie de directive adoptée sur la base du pilier communautaire* » (SIMON Denys, « Constitution, souveraineté pénale, droit communautaire », *Cahiers du Cons. constit.* n° 26, août 2009, p. 3). En est-il de même quant au droit de la consommation européen ? L'article 169 TFUE relatif à la protection des consommateurs qui renvoie à l'article 114 du même traité est similaire à l'article 192 TFUE relatif à la protection de l'environnement. Or, la Cour déclare que la Communauté peut imposer des sanctions pénales si elles sont nécessaires au respect du droit européen. Cependant étaient en cause des actes illicites graves portant atteinte à l'environnement. Peut-être l'UE aurait-elle pu imposer l'utilisation de sanctions pénales pour la directive pratiques commerciales déloyales. Cette décision dépend encore de la volonté politique.

²⁰¹ Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, « Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal », COM(2011) 573 final, 20 sept. 2011, p. 10.

pesant sur le professionnel. L'existence de sanctions harmonisées de nature civile uniquement prévues pour la violation de certaines obligations d'information prouve qu'un consensus relatif à une sanction pénale commune n'est pas encore réalisable.

65. Malgré l'existence des compétences législatives nécessaires à la création de sanctions aux obligations d'information qu'elle édicte, l'Union européenne semble indécise et laisse souvent le choix de la sanction aux États membres.

CHAPITRE II – LA POSITION INDÉCISE DE L’UNION EUROPÉENNE QUANT À L’HARMONISATION DES SANCTIONS

66. Il convient dans un premier temps d’analyser la position indécise du législateur européen qui tantôt se contente de prescrire les caractéristiques des sanctions nationales (Section 1), tantôt propose ou impose une sanction commune aux États membres (Section 2). Pourtant, plusieurs opportunités auraient été l’occasion pour le législateur de l’Union européenne d’harmoniser les sanctions à une obligation légale d’information (Section 3). À l’inverse, le législateur s’est plutôt attaché à harmoniser des aspects procéduraux (Section 4).

SECTION 1 – LA POSITION DE PRINCIPE DU LÉGISLATEUR : LE RETRAIT

67. L’Union européenne légifère abondamment en matière de droit de la consommation notamment par voie de directive afin d’harmoniser²⁰² la réglementation de nombreux contrats de consommation ainsi que les pratiques commerciales. À cette occasion, le législateur européen édicte des obligations d’information à la charge du professionnel, spécifiques à chaque contrat, et impose ainsi en filigrane au professionnel un devoir de loyauté dans ses relations contractuelles. La création d’obligations d’information communes aux citoyens européens a pour but, d’une part, d’assurer un niveau élevé de protection du consommateur en lui permettant d’émettre un consentement éclairé et réfléchi, et d’autre part, de développer un marché commun transparent et compétitif. Le législateur européen insiste régulièrement sur l’importance de l’information du consommateur et de sa sanction. Il a par exemple précisé dans la directive *timeshare* qu’il est nécessaire que les États membres établissent des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives « *[a]fin d’assurer la pleine efficacité de la protection apportée aux consommateurs par la présente directive, notamment en ce qui*

²⁰² L’harmonisation est un concept pouvant recevoir plusieurs définitions. Nous l’entendons ici comme un rapprochement ou une coordination des législations. Le concept d’harmonisation doit se distinguer de ceux d’uniformisation et d’unification, qui imposent une législation unique et commune prohibant toute spécificité nationale et « *c’est ainsi que survivent les divergences normatives entre les parties impliquées dans une entreprise d’harmonisation* » (KAMDEM Innocent Fetze, « Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d’intégration juridique », R.J.T., n° 43, 2009, p. 616 et s. Selon l’auteur ces deux dernières techniques sont « *viables uniquement en droit commercial* » (p. 648).

concerne le respect par les professionnels des obligations d'information tant dans la phase précontractuelle que dans le contrat »²⁰³.

68. Paradoxalement, tandis que l'Union européenne harmonise les obligations légales d'information à fournir au consommateur, elle renvoie la plupart du temps la question du régime juridique de la sanction de ces obligations aux États membres en imposant uniquement les caractéristiques que doivent présenter ces sanctions. Elle reprend ainsi systématiquement la même formule : les sanctions prévues doivent être « *effectives* [plus rarement « *efficaces* »], *proportionnées et dissuasives* ». Les États membres ont donc le choix de la nature de la sanction – civile, pénale, administrative ou disciplinaire – tant que celle-ci respecte les trois caractéristiques imposées. Par exemple, concernant une sanction civile, la Cour de justice a pu trancher en matière de droit social que les dommages-intérêts auxquels l'employeur britannique pouvait être condamné n'étaient pas assez dissuasifs²⁰⁴ car ils étaient plafonnés et déductibles d'autres indemnités. Les États membres ont donc le libre choix de la sanction du manquement par le professionnel de l'obligation d'information dans les directives relatives aux pratiques commerciales déloyales²⁰⁵, au contrat de crédit à la consommation²⁰⁶, à la sécurité générale des produits²⁰⁷ et plus récemment au crédit des consommateurs relatif aux biens immobiliers à usage résidentiel²⁰⁸.

69. Le choix de la sanction étant délégué aux législateurs nationaux, il est probable de constater l'existence de sanctions diverses et variées concernant pourtant des obligations d'information communes. En l'espèce, la France et le Luxembourg sont deux familles de droit romano-germanique. Leurs points communs vont bien au-delà puisqu'ils partagent des bases

²⁰³ Dir. 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janv. 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange, point 19 des propos introductifs.

²⁰⁴ CJCE, 8 juin 1994, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-382/92, point 52, Dr. soc. 1994, p. 923, obs. G. Lvon-Caen.

²⁰⁵ Dir. 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, art. 13.

²⁰⁶ Dir. 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avr. 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, art. 23.

²⁰⁷ Dir. 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 déc. 2001 relative à la sécurité générale des produits, art. 7. Elle laisse le choix de la sanction aux États membres pour l'obligation d'information édictée à l'art. 5, paragr. 1 : « *Les producteurs fournissent au consommateur les informations utiles qui lui permettent d'évaluer les risques inhérents à un produit pendant sa durée d'utilisation normale ou raisonnablement prévisible, lorsque ceux-ci ne sont pas immédiatement perceptibles sans un avertissement adéquat, et de s'en prémunir* ».

²⁰⁸ Dir. 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 févr. 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, art. 38, paragr. 1.

législatives communes. Pour autant nous verrons que les législateurs français et luxembourgeois adoptent souvent des sanctions différentes pour la même obligation d'information²⁰⁹. Le fait que deux États ayant des législations d'origine commune présentent des divergences de sanctions laisse présager de la diversité de sanctions que l'on peut trouver au sein des États membres de l'Union européenne. Cette diversité de sanction est source d'incohérence au vu des obligations d'information, qui elles sont harmonisées. Ainsi Mme Anne Limpens conclut à propos de l'harmonisation partielle²¹⁰ que « [c]ertes, on harmonise mais, d'autre part, il faut bien le reconnaître, on crée une nouvelle disparité, une nouvelle discrimination au sein de la législation nationale, qui ne manquera pas de créer, au point de vue de la sanction par exemple, des problèmes inextricables »²¹¹. Selon nous, cette critique vaut également pour la « non-harmonisation » des sanctions. En effet, la disparité des sanctions des obligations d'information au sein des États membres persiste puisque ce n'est que ponctuellement que le législateur européen tantôt propose ou impose une sanction aux États membres.

70. Nous venons de voir que l'obligation pour les États membres d'adopter une sanction « effective, proportionnée et dissuasive » aux manquements des obligations d'information est inscrite dans les directives. Cependant, cette obligation peut également découler, comme le rappelle M. Denys Simon, du principe de loyauté communautaire également dénommé principe de coopération loyale, créé par la Cour de justice²¹². L'obligation des États membres de créer des sanctions est illustrée par l'affaire dite « des maïs grecs »²¹³ en date du 21 novembre 1989. De la même manière, M. Folkert Wilman affirme qu'« [a]u moyen de la codification de la jurisprudence des maïs grecs [...], les obligations d'exécution publiques

²⁰⁹ Pour les sanctions de chaque obligation légale d'information en droit français et luxembourgeois des contrats et pratiques cités, v. n° 132 et s.

²¹⁰ Mme Anne Limpens fait référence à la notion d'harmonisation partielle lorsque seuls les produits objets du marché intracommunautaire sont harmonisés, ce qui exclu les produits du marché national de chaque état membre (LIMPENS Anne, « Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun », RIDC, vol. 19, n° 3, 1967, p. 646). Selon nous, cette conclusion peut également s'appliquer à la situation d'harmonisation des obligations d'information sans harmonisation de leurs sanctions.

²¹¹ LIMPENS Anne, *op. cit.*, p. 647.

²¹² V. « Joël, « Fasc. 161-55 : Ordre juridique de l'Union européenne. – Sources non écrites », J.-Cl. Droit international, 20 août 2014, spéc. n° 213 et s.

²¹³ SIMON Denys, « Constitution, souveraineté pénale et droit communautaire », Cahier du Conseil constitutionnel n° 26, août 2009, p. 2.

des États membres inclus souvent l'exigence de prévoir des sanctions pour la violation des règles du droit de l'UE qui doivent être effectives, proportionnées et dissuasives »²¹⁴.

Ainsi, dans cette affaire *Commission / Grèce*, la Cour de justice a relevé que « [...] lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction en cas de violation ou renvoie sur ce point aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales, l'article 5 du traité [CEE]²¹⁵ [actuel article 4, paragraphe 3, alinéa 2, TUE] impose aux États membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire. À cet effet, tout en conservant le choix des sanctions, ils doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif. En outre, les autorités nationales doivent procéder, à l'égard des violations du droit communautaire, avec la même diligence que celle dont elles usent dans la mise en œuvre des législations nationales correspondantes »²¹⁶.

L'obligation pour les États membres de créer des sanctions leur permet d'assurer l'effet utile de la législation européenne, principe qui selon M. José Luis da Cruz Vilaça « peut être

²¹⁴ Notre traduction. Texte original : « [b]y means of a codification of the aforementioned Greek maize case law, the public enforcement obligations on the Member States often also include a requirement to provide for penalties for infringements of the rules of EU law at issue that are effective, proportionate and dissuasive » (WILMAN Folkert, *Private enforcement of EU law before national courts. The EU Legislative Framework*, Elgar European Law and Practice, Edward Elgar publishing, 2015, p. 49).

²¹⁵ Traité CEE, 1957, art. 5 : « Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté ».

²¹⁶ CJCE, 21 sept. 1989, *Commission c/ Grèce* (dite « affaire des maïs grecs »), aff. 68/88 (infraction aux règles douanières de l'UE), points 23 à 25. La formule est reprise dans les affaires suivantes : CJCE, 10 juill. 1990, *Hansen*, aff. C-326/88 (transport, responsabilité pénale objective), point 17 ; CJCE, 2 oct. 1991, *Vandevenne e.a.*, aff. C-7/90 (transport par route, obligations de l'employeur), point 11 ; CJCE, 8 juin 1994, *Commission / Royaume-Uni*, aff. C-382/92 (maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises), point 55 ; CJCE, 30 sept. 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, point 62 ; CJCE, 15 janvier 2004, *Penycoed*, aff. C-230/01, point 36 ; CJCE, 3 mai 2005, *Berlusconi e.a.*, aff. C-387/02, C-391/02 et C-403/02, points 64 et 65 ; CJUE, 26 sept. 2013, *Texdata Software*, aff. C-418/11, point 50.

Ceci a également été rappelé par la Cour de cassation française (Cass. 2^{ème} civ., 7 mars 2006, n° 05-12338). La Cour de cassation française a ainsi rappelé qu'« il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes que, lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction en cas de violation, ou renvoie sur ce point aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales, l'article 10 du Traité CE impose aux Etats membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire dans des conditions de fond et de procédure conférant à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif ».

considéré, avant tout, comme le garant de l'intégrité de l'ordre juridique de l'Union européenne »²¹⁷.

71. Le fait de laisser l'initiative de la sanction au législateur national apparaît encore plus énigmatique dans ce contexte d'harmonisation totale ou complète²¹⁸ des dispositions européennes, le législateur interdisant aux États membres de conserver ou d'adopter une législation plus stricte ou autre que celle édictée par l'Union. Le développement des contrats transfrontières notamment par le biais de l'Internet constitue un argument récurrent de l'Union européenne justifiant la nécessité du rapprochement des législations nationales. Selon Mme Judith Rochfeld, « [l]'harmonisation totale s'impose désormais comme le mot d'ordre de nombre de directives communautaires de droit contractuel, depuis l'intronisation de la « nouvelle approche » en 2005 »²¹⁹. Ainsi la législation européenne est guidée « vers un rapprochement de plus en plus poussé des législations de droit contractuel de la consommation »²²⁰. Font notamment l'objet d'une harmonisation totale les directives relatives aux pratiques commerciales déloyales²²¹, au crédit à la consommation²²², aux droits des consommateurs²²³, au crédit des consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel²²⁴, aux contrats dits *timeshare* en ce qui concerne les modalités d'exercice du droit

²¹⁷ DA CRUZ VILAÇA José Luís, « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour » in *La Cour de Justice et la Construction de l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, Springer, 2013, pp. 279-306, citation p. 280.

²¹⁸ Termes utilisés de manière aléatoire dans les directives. Par exemple, la directive n° 2005-29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales utilise à la fois le terme « harmonisation complète » (propos introductifs, §14) et le terme « harmonisation totale » (propos introductifs, §15).

²¹⁹ ROCHFELD Judith, « Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale. La nouvelle répartition des compétences communautaire et interne », D. 2009, p. 2047. En effet, la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 11 oct. 2004 intitulée « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre » (COM(2004) 651 final) rassemble les critiques à l'égard de l'harmonisation minimale.

²²⁰ ROCHFELD J., *op. cit.*, n° 3 ; « À cet égard, le gouvernement autrichien, s'appuyant sur les consultations menées au plan national, précise que ce sont moins les consommateurs que les entreprises qui plaident en faveur d'une harmonisation complète du droit des contrats de consommation, plutôt que d'une harmonisation minimale, afin d'éviter des divergences dans l'application au niveau national » (Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Un droit des contrats plus cohérent. Un plan d'action », 12 févr. 2003, COM(2003) 68 final, p. 21).

²²¹ Dir. 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, propos introductifs, point 14.

²²² Dir. 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avr. 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, art. 22, paragr. 1.

²²³ Dir. 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, art. 4.

²²⁴ Font l'objet d'une harmonisation maximale la communication d'informations précontractuelles au moyen du format normalisé de la fiche d'information standardisée européenne (FISE), autrement dit les informations préalables mentionnées à l'article 14 paragr. 2 selon l'art. 2 paragr. 2. Ne sont pas concernées par l'harmonisation maximale les explications adéquates devant comporter certaines informations et être fournies au

de rétractation²²⁵, ainsi que la directive relative aux contrats à distance portant sur des services financiers quant à la communication des conditions contractuelles et des informations préalables²²⁶. À l'inverse, font l'objet d'une harmonisation dite minimale les directives concernant les clauses abusives²²⁷, les contrats de voyages à forfait²²⁸, les contrats à distance portant sur des services financiers quant aux informations préalables²²⁹, les contrats de *timeshare* concernant les informations préalables et celles contenues dans le contrat²³⁰.

72. Le législateur de l'Union européenne adopte principalement une position de retrait quant à la création de sanction aux obligations d'information qu'il édicte et se contente d'imposer les caractéristiques « effectives, proportionnées et dissuasives » des sanctions que les États membres devront adopter. Cependant, le législateur prend parfois l'initiative de proposer ou d'imposer une sanction aux obligations d'information qu'il a prescrites.

SECTION 2 – L'EXCEPTION : LA CRÉATION D'UNE SANCTION COMMUNE

73. Si la position de principe du législateur européen est de rester en retrait en laissant le choix de la sanction des obligations d'information qu'il a créé aux États membre, il se prononce parfois sur la sanction à adopter en édictant une sanction facultative (§1) ou obligatoire (§2).

§1 – La proposition d'une sanction commune

74. Tout d'abord, le législateur européen propose une sanction civile dans la directive relative aux contrats conclus à distance portant sur des services financiers. Il dispose qu' « [à]

consommateur quant aux crédits proposés (art. 16), ni les informations à fournir lorsque le professionnel contacte le consommateur par téléphone (art. 14, paragr. 10).

²²⁵ Dir. 2008/122/CE, point 11 des propos introductifs.

²²⁶ Dir. 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 sept. 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, point 13 des propos introductifs (la directive est d'harmonisation totale, sauf si elle le prévoit expressément).

²²⁷ Dir. 93/13/CEE du Conseil du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, propos introductifs, p. 2.

²²⁸ Dir. 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, art. 8.

²²⁹ *Op. cit.*, art. 4, paragr. 2 : « [d]ans l'attente d'une plus grande harmonisation », les États membres peuvent conserver ou établir des dispositions plus strictes en matière d'information préalable sous condition qu'elles restent conformes au droit communautaire ». Cette directive opère une harmonisation totale, sauf précisions, ce qui est le cas pour l'information préalable.

²³⁰ *Op. cit.*, interprétation *a contrario*, seules les dispositions harmonisées complètement étant citées.

cet effet, [les États membres] peuvent notamment prévoir que le consommateur peut résilier le contrat à tout moment, sans frais et sans pénalité»²³¹. Le législateur européen propose donc une sanction générale qui n'est pas cantonnée aux obligations d'information. De plus, l'adverbe « notamment » vient préciser que les États membres peuvent adopter d'autres sanctions en sus de celle-ci. Cependant, cette sanction n'est que facultative et les États membres ne sont pas contraints de l'introduire dans leur droit national. Le législateur européen précise également que « [c]es sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives »²³². En l'espèce, le législateur français n'a pas suivi la proposition du législateur européen puisque le professionnel français encourt une amende pénale²³³ ou une transaction administrative s'il ne respecte pas ses obligations d'information préalables au contrat²³⁴. Il en va de même du législateur luxembourgeois qui n'envisage aucune sanction expresse aux diverses obligations légales d'information sauf pour un cas très particulier. Ainsi, si le professionnel n'a pas informé le consommateur du prix avant la conclusion du contrat à distance portant sur un service financier hors assurances, il ne peut réclamer aucun paiement lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation, alors même qu'il a commencé l'exécution du service avant l'expiration du délai de rétractation avec l'accord du consommateur²³⁵.

§2 – La prescription d'une sanction commune

75. Dans d'autres cas, le législateur européen ne se contente pas de proposer une sanction mais en impose une. Selon les dispositions auxquelles elles sont attachées, ces sanctions peuvent être générales et s'appliquer à tous les contrats de consommation (A) ou être spécifiques à certains contrats (B).

²³¹ Dir. 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 sept. 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, art. 11, al. 2.

²³² *Op. cit.*, art. 11, al. 3.

²³³ C. consom. fr., art. L. 222-5 et L. 222-6 [anc. art. L. 121-27 et L. 121-28] (obligations précontractuelle d'information), art. R. 242-1 et R. 242-2 [anc. art. R. 121-5 à R. 121-6] (amende prévue pour les contraventions de cinquième classe).

²³⁴ C. consom. fr., art. L. 523-1 [anc. art. L. 141-2].

²³⁵ C. consom. lux., art. L. 222-19, paragr. (2).

A. Les sanctions générales applicables aux contrats de consommation

76. Dans un premier temps peuvent être citées les sanctions générales ayant vocation à s'appliquer aux contrats de consommation. Peut tout d'abord être mentionnée la réglementation relative aux clauses abusives. Mme Élise Poillot distingue deux types de sanctions, directes et indirectes, prévues par la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs²³⁶. L'interdiction des clauses abusives a pour conséquence une sanction civile générale et directe puisque l'article 6, paragraphe 1, de la directive dispose que « [l]es États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives »²³⁷. La directive impose le résultat à atteindre, « le principe d'un défaut de force exécutoire à l'encontre du consommateur est posé »²³⁸, les moyens étant laissés au choix des États membres (nullité relative ou absolue, inopposabilité ou inexistance). Ensuite, l'article 7, paragraphe 2, de la directive impose aux États membres de veiller à ce que certaines personnes ou organisations puissent saisir une juridiction afin de faire constater le caractère abusif de clauses contractuelles et de faire cesser leur utilisation. Enfin, la sanction indirecte des clauses abusives est prévue à l'article 5 qui dispose que toute clause écrite qui n'est pas « rédigée de façon claire et compréhensible », autrement dit dont le sens est douteux, sera interprétée en faveur du consommateur. Malgré l'initiative bienvenue du législateur européen de créer des sanctions, Mme Élise Poillot remarque que le régime de celles-ci présente des imprécisions, notamment à propos de leur articulation²³⁹.

77. Une autre sanction imposée par le droit de l'Union peut être considérée comme générale puisqu'elle a vocation à s'appliquer à de nombreux contrats de consommation. La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs qui harmonise les obligations d'information générales à fournir aux consommateurs dans les contrats de

²³⁶ POILLOT Élise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, thèse, LGDJ, 2004, n° 299 et s.

²³⁷ Souligné par nous.

²³⁸ LUBY Monique, « Fasc. 790 : Droit communautaire de la consommation », J.-Cl. Conc.-Consom., 15 sept. 2002, n° 116.

²³⁹ POILLOT Élise, *op. cit.*, n° 302 et s.

consommation²⁴⁰ prévoit, dans le cadre des contrats à distance ou hors établissement hors services financiers, que lorsque le professionnel manque à son obligation précontractuelle d'information concernant les frais supplémentaires et autres frais²⁴¹, le consommateur n'est pas tenu de les payer²⁴². Nous pouvons nous demander si cette sanction civile est répressive ou réparatrice. Lorsque le droit français sanctionne le manquement à l'obligation générale d'information sur les prix par une amende administrative, cette sanction est clairement répressive. Mais en l'espèce, le professionnel est privé du paiement de certains frais. D'un côté le consommateur n'a pas à déboursier le prix des frais dont il n'a pas été informé et donc pour lesquels il n'avait pas donné son consentement. D'un autre côté, ces frais seront à la charge du professionnel, ce qui réduit sa marge de bénéfice. Cette sanction est à la fois réparatrice (préjudice pouvant être de ne pas avoir pu prévoir ces frais) et dissuasive (si les frais sont onéreux ou si le manquement concerne de nombreux consommateurs).

78. Puis, une autre sanction générale est relative à la sécurité générale des produits de consommation. La directive 2001/95/CE du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits dispose qu'elle s'applique à « *tout produit qui – également dans le cadre d'une prestation de services – est destiné aux consommateurs ou susceptible, dans des conditions raisonnablement prévisibles, d'être utilisé par les consommateurs, même s'il ne leur est pas destiné, et qui est fourni ou mis à disposition dans le cadre d'une activité commerciale, à titre onéreux ou gratuit, qu'il soit à l'état neuf, d'occasion ou reconditionné.* »²⁴³. La directive précise ensuite que par exception à ce principe, ses dispositions ne s'appliquent pas « *aux produits d'occasion qui sont fournis en tant qu'antiquités ou en tant que produits devant être réparés ou reconditionnés préalablement à leur utilisation, pour autant que le fournisseur en informe clairement la personne à laquelle il fournit le produit* »²⁴⁴. *A contrario*, cela signifie que les dispositions de la directive peuvent être mises en œuvre si le fournisseur n'informe pas clairement le consommateur que le produit d'occasion nécessite une réparation ou une

²⁴⁰ Nous avons vu que sont harmonisées les informations relatives d'une part aux « *contrats autres que les contrats à distance ou hors établissement* » (art. 5) et d'autre part aux « *contrats à distance ou hors établissement* » (art. 6 et s.). La directive possède donc un large champ d'application et concerne la plupart des contrats de consommation malgré l'exclusion de quelques contrats (art. 3, paragr. 3).

²⁴¹ Les éventuels frais complémentaires de transport, de livraison, d'affranchissement ou de renvoi du bien (art. 6, point 6).

²⁴² Art. 6, point 6.

²⁴³ Art. 2, sous a). La directive s'applique donc à tous les produits lorsqu'il n'existe pas « *de dispositions spécifiques régissant la sécurité des produits concernés et visant le même objectif* » (art. 1, point 2).

²⁴⁴ *Ibid.* Cet article a été repris dans les droits nationaux aux articles suivants : C. consom. fr. art. 421-2 [anc. art. L. 221-1-1] et loi luxembourgeoise modifiée du 31 juill. 2006 relative à la sécurité générale des produits, art. 1, paragr. 1 (Mém. A – N° 162 du 8 sept. 2006, p. 2978).

remise en l'état avant de pouvoir être utilisé. Ainsi, la sanction du manquement à cette obligation d'information consiste en l'application des dispositions de la directive à des produits qui étaient par principe exclus de son champ d'application²⁴⁵. Autrement dit, certaines obligations sont mises à la charge du producteur²⁴⁶ ainsi que la possibilité de mettre en œuvre responsabilité du professionnel²⁴⁷.

79. Le législateur de l'Union européenne impose des sanctions générales qui ont vocation à s'appliquer à tous les contrats de consommation, mais aussi des sanctions spécifiques à certains contrats.

²⁴⁵ La sanction du manquement à l'obligation d'informer l'utilisateur de la nécessité de la réparation ou de la remise en état est donc l'application des dispositions de la directive. Autrement dit la responsabilité du professionnel peut être engagée pour l'inexécution de l'obligation générale de sécurité des produits, pour des produits qui *a priori* ne pouvaient pas engager sa responsabilité.

La situation envisagée par le législateur européen peut être rapprochée de la théorie de l'apparence (FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, 1992, n° 683 et s.) et plus particulièrement de la sanction proposée par Muriel Fabre-Magnan, « *l'effet obligatoire de l'information* ». Si les deux théories « *cré[e]nt au profit [d'une personne] les droit qu'[elle] n'[a] pu acquérir par le jeu normal des règles juridiques* » (l'auteur cite J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, n° 799, p. 790 (FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 685)), « *[...] la principale différence tient, selon nous, à ce que la théorie de l'apparence est un mécanisme destinée à protéger les tiers, tandis que la théorie de l'effet obligatoire de l'information est un mécanisme destiné à protéger le contractant* ». L'auteur ajoute que dans ces cas « *[l]e fait de créer une fausse apparence est donc clairement constitutif d'une faute* » (*op. cit.*, n° 684).

Logiquement, le professionnel a pour obligation de garantir le produit qu'il fournit dont il a normalement dû contrôler la conformité aux diverses normes de sécurité. Autrement dit, le professionnel doit garantir les risques prévisibles. Or, il ne peut pas prévoir les risques qui peuvent résulter de l'utilisation d'un produit d'occasion nécessitant une réparation ou un reconditionnement. En effet, l'usure et l'obsolescence altèrent le produit de manière aléatoire. De plus, lorsque le professionnel n'informe pas l'acheteur de la nécessité de la réparation ou de la remise en état du bien, il ne permet pas à ce premier de connaître dans quelle mesure il peut rechercher sa responsabilité. En effet, en l'absence de précision, l'acheteur peut penser pouvoir rechercher la responsabilité du professionnel relative à l'obligation de sécurité générale s'il subit un préjudice. Ce n'est pas sans rappeler l'article 1602 des codes civils français et luxembourgeois qui énonce que le vendeur doit expliquer ce à quoi il s'oblige. La notion de risque prévisible semble faire écho à celle de préjudice prévisible. En effet, un des principes de la responsabilité contractuelle est que le cocontractant doit indemniser uniquement les dommages prévisibles au moment de la conclusion du contrat. À l'inverse, en matière délictuelle, le responsable devra indemniser tout dommage direct. En l'absence de contrat, tout dommage devient imprévisible.

Ainsi, la directive prévoit logiquement par principe, et à l'image de la responsabilité contractuelle, que le professionnel est responsable des dommages prévisibles. En revanche, sa responsabilité est élargie à tout dommage, telle une responsabilité délictuelle, lorsqu'il ne fournit pas l'information prévue au consommateur. Cette mesure est une sanction puisqu'elle permet une extension de la responsabilité initiale du professionnel pour l'inexécution d'une obligation légale d'information. Cette sanction est favorable à l'acheteur car elle permet la mise en œuvre des dispositions de la directive relative à la sécurité générale des produits alors qu'elle n'aurait pas été possible si le professionnel avait respecté son obligation d'information. L'extension de responsabilité du professionnel présente donc également un caractère dissuasif envers le professionnel.

²⁴⁶ Dont l'obligation du producteur de mettre un produit sûr sur le marché (dir., art. 3 et s.) et de fournir au consommateur les informations utiles lui permettant d'évaluer les risques inhérents à l'utilisation du produit et de s'en prémunir (art. 5, paragr. 1).

²⁴⁷ Les États membres ont l'obligation de veiller au respect des dispositions de la directive par les producteurs et les distributeurs (art. 6, paragr. 1) et d'adopter des sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives » applicables aux infractions à ces dispositions (art. 7).

B. Les sanctions spécifiques à certains contrats

80. Peuvent être énoncées les sanctions imposées par le législateur de l'Union européenne à des obligations d'information spécifiques à un type de contrat. Tout d'abord, deux types de manquements sont envisagés dans le contrat d'utilisation de bien à temps partagé, de produits de vacances à long terme, de revente et d'échange²⁴⁸ par rapport à l'obligation du professionnel de fournir le formulaire de rétractation (celui-ci étant considéré comme faisant partie du contrat), diverses obligations d'information précontractuelles y compris le formulaire standard d'information : le retard et l'omission. Ces manquements se traduisent respectivement par le déplacement du point de départ du délai de rétractation²⁴⁹ et par la prorogation du délai de rétractation²⁵⁰. Dans cet exemple, l'Union impose une sanction réparatrice, qui restaure le délai de rétractation pendant lequel le consommateur peut éventuellement exercer son droit, et une sanction répressive, compte tenu de la longueur du délai alloué au consommateur pour se « défaire » du contrat, source d'insécurité juridique. Cependant, la directive renvoie au choix du législateur national en ce qui concerne les sanctions des autres obligations d'information relatives à ce contrat²⁵¹, autrement dit le formalisme informatif²⁵², la communication sur support durable des modifications des informations précontractuelles²⁵³, l'obligation d'attirer « *expressément l'attention* » du consommateur sur l'existence d'un droit de rétractation et son délai et l'interdiction des paiements avant son expiration²⁵⁴, ainsi que d'autres mentions obligatoires du contrat²⁵⁵. Les mêmes sanctions de déplacement et de prorogation du délai du droit de rétractation ont été imposées aux droits nationaux pour les contrats à distance et les contrats hors

²⁴⁸ Directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange (JOUE n° L 33, 3 févr. 2009, pp. 10–30).

²⁴⁹ Lorsque le professionnel remet le formulaire standard de rétractation, sur support durable, dans le délai d'un an à partir de la conclusion du contrat, ou fournit les informations précontractuelles, sur support durable, dans les trois mois suivant la conclusion du contrat, le délai de rétractation de quatorze jours court à partir du jour où le consommateur a reçu ces informations (art. 6, paragr. 4).

²⁵⁰ En cas d'omission par le professionnel de remise du formulaire standard de rétractation ou de fourniture des informations précontractuelles, sur support durable, le droit de rétractation s'éteint respectivement au bout d'un an et quatorze jours, et de trois mois et quatorze jours à partir de la conclusion du contrat (art. 6, paragr. 3).

²⁵¹ Art. 24, paragr. 1.

²⁵² Art. 5, paragr. 1.

²⁵³ Art. 5, paragr. 2.

²⁵⁴ Art. 5, paragr. 4.

²⁵⁵ Art. 5, paragr. 3.

établissement hors services financiers²⁵⁶ lorsque le professionnel informe en retard ou omet d'informer le consommateur de son droit de rétractation²⁵⁷.

81. L'Union européenne édicte une obligation formelle concernant les contrats conclus à distance par voie électronique. Si un bouton doit être activé pour passer commander, le professionnel doit y faire figurer la formule unique « *commande avec obligation de paiement* » ou une formule analogue²⁵⁸. La directive édicte que « [s]i le professionnel ne respecte pas le présent alinéa, le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande ». Le législateur souhaite s'assurer que le consommateur comprenne qu'il va conclure un contrat et s'engager à payer un prix. L'objectif est d'éviter la présentation ambiguë des sites Internet par des professionnels peu loyaux, qui pourrait laisser entendre au consommateur qu'il ne s'engage pas à verser un prix, par exemple qu'il s'agit d'une offre gratuite.

82. Peuvent ensuite être évoqués les contrats de voyage, vacances et circuits à forfait²⁵⁹ pour lesquels le législateur prévoit, selon les termes de Mme Élise Poillot, « *un recours en conformité* »²⁶⁰. En effet, l'article 3, paragraphe 2, dernier alinéa de la directive dispose que « *les informations contenues dans les brochures engagent l'organisateur ou le détaillant, à moins que : — des changements dans ces informations n'aient été clairement communiqués au consommateur avant la conclusion du contrat ; la brochure doit en faire état expressément, — des modifications n'interviennent ultérieurement à la suite d'un accord entre les parties au contrat* ». L'auteur constate que le législateur a élaboré une « *disposition originale qui ouvre au consommateur un recours lorsque le voyage vendu ne correspond pas*

²⁵⁶ Dir. 2011/83/CE du 25 oct. 2011, art. 10. Si le professionnel informe le consommateur dans les douze mois suivants la conclusion du contrat, le délai de rétractation est de quatorze jours à compter de cette information. Si le professionnel n'informe pas le consommateur de ce droit, ce dernier peut l'exercer pendant douze mois à compter de la fin du délai de rétractation initial (soit douze mois et quatorze jours).

²⁵⁷ Le champ d'application de cette sanction est plus restreint que celui de la sanction édictée pour le contrat d'utilisation de bien à temps partagé, pour lequel le législateur européen l'a étendue au manquement d'autres obligations légales d'information (obligations d'information précontractuelles et remise du formulaire standard d'information). Nous pouvons également préciser que le législateur n'a pas envisagé ces sanctions pour les contrats à distance portant sur les services financiers. Ceci semble s'expliquer et se justifier par la nature du service en question, les services financiers requérant une plus grande sécurité juridique, ce qui ne serait pas le cas si le consommateur pouvait se défaire du contrat pendant douze mois et quatorze jours.

²⁵⁸ Dir. 2011/83/UE, art. 8, paragr. 2, al. 2.

²⁵⁹ Directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait (JOCE n° L 158 du 23 juin 1990, p. 59 et s.).

²⁶⁰ POILLOT Élise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, thèse, LGDJ, 2004, n° 393.

à la description qui en était donnée dans la brochure publicitaire »²⁶¹. L'auteur explique que la directive intègre les informations contenues dans la brochure au champ contractuel²⁶². Cette mesure constitue la sanction de l'obligation d'information prévue à l'article 3, paragraphe 2, sous a) et suivants qui impose les informations détaillées devant être insérées dans toute brochure mise à disposition du consommateur. En dehors de cette mesure originale concernant une obligation d'information particulière, la directive²⁶³ garde le silence sur la sanction des autres obligations d'information qu'elle met à la charge du professionnel, en l'espèce la communication de diverses informations précontractuelles ainsi qu'un formalisme informatif²⁶⁴.

83. Nous venons d'observer que le législateur de l'Union prend ponctuellement l'initiative de proposer ou d'imposer une sanction à une obligation d'information qu'il prescrit. Plusieurs constats peuvent être rapportés. Tout d'abord, les sanctions précédemment analysées sont toutes de nature civile et à la fonction réparatrice, par exemple la clause abusive ne lie pas le consommateur. Leur fonction dissuasive est parfois accentuée, par exemple lorsque l'Union prévoit la prorogation du délai de rétractation ou le fait que consommateur n'est pas tenu de payer les frais dont il n'a pas été informé.

Ensuite, nous remarquons également *a priori* que lorsque le législateur de l'Union édicte des obligations d'information spécifiques à un contrat particulier, seules certaines d'entre elles reçoivent une sanction. Autrement dit, au sein d'une même directive concernant un type de

²⁶¹ POILLOT Élise, *op. cit.*, n° 401.

²⁶² Mme Muriel Fabre-Magnan explique que la sanction originale qu'elle propose, « l'effet obligatoire de l'information », peut résulter soit de l'élargissement du champ contractuel, soit de l'extension de la notion de document contractuel (FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 1992, n° 641 et s.). La seconde technique a notamment été appliquée aux documents publicitaires afin de les intégrer au champ contractuel et donc de leur donner force obligatoire. Ainsi l'auteur explique qu' « [i]l est sûr que le premier objectif de la publicité n'est pas d'informer ses destinataires sur un produit ou un service. Mais si un document de publicité est suffisamment précis, il faut considérer qu'il y a eu une information donnée, laquelle information est entrée dans le champ contractuel » (*op. cit.*, n° 677).

²⁶³ V. Directive (UE) 2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 90/314/CEE du Conseil, JOUE n° L 326 du 11 décembre 2015, p. 1 et s.

²⁶⁴ Le texte impose que toute description du forfait, du prix, ainsi que toute condition applicable au contrat ne doit pas contenir d'indication trompeuse (art. 3, paragr. 1). Ensuite, le professionnel doit fournir au consommateur de nombreuses informations avant la conclusion du contrat, notamment relatives aux passeports et visas, leurs délais d'obtention et diverses informations sur le voyage (art. 4, paragr. 1). En plus, si avant le départ l'organisateur est amené à modifier « de façon significative » un élément essentiel du contrat comme le prix, il doit le notifier au plus vite au consommateur et l'informer de la faculté dont il dispose autrement dit résilier le contrat ou accepter les modifications (art. 4, paragr. 5). Enfin, un formalisme informatif est imposé pour certaines informations précontractuelles qui doivent être fournies « par écrit ou sous toute autre forme appropriée » (art. 4, paragr. 1, sous a)), ainsi que pour les clauses du contrat qui doivent être « consignées par écrit ou sous toute autre forme compréhensible et accessible » (art. 4, paragr. 2, sous b)).

contrat, une partie des obligations d'information reçoivent une sanction expresse, l'autre partie voyant le choix de sa sanction laissé aux États membres.

L'attitude ambiguë ou prudente du législateur de l'Union peut avoir plusieurs explications. Dans un premier temps, il convient de rappeler que le droit de la consommation européen est, tel que désigné dans l'article 169 TFUE, un objectif²⁶⁵ et non une politique de l'Union européenne. En effet, la protection des consommateurs est envisagée à travers l'intégration et le développement du marché unique. Le droit de la consommation est donc une compétence partagée entre les États membres et l'Union européenne²⁶⁶, le principe de subsidiarité laisse l'initiative aux législateurs nationaux²⁶⁷ et le principe de proportionnalité limite l'intervention de l'Union à ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités²⁶⁸. Cependant, le législateur européen se doit de poser la question des dispositions protectrices du consommateur à chaque fois qu'il adopte un texte²⁶⁹. La base de la compétence du législateur de l'Union en matière de droit de la consommation est donc le rapprochement des législations. Autrement dit, l'harmonisation du droit de la consommation est justifiée par la nécessité du bon fonctionnement du marché.

Le législateur de l'Union possède les compétences nécessaires pour créer des sanctions variées aux obligations d'information qu'il édicte mais n'intervient pas systématiquement. Son action semble donc dépendre exclusivement de l'existence d'un consensus politique. Ceci peut être illustré par la sanction des clauses abusives (qui nous le rappelons peut sanctionner une obligation légale d'information) et celles des obligations d'information concernant les brochures des voyages à forfait. Tout d'abord, la réglementation des clauses abusives concerne l'équilibre du contrat, problématique centrale des contrats de consommation, et existaient déjà antérieurement dans le droit des États membres. Ensuite, Mme Poillot estime à propos du recours de conformité relatif aux contrats de voyages à forfait que « [c]e procédé est

²⁶⁵ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 169 « Protection des consommateurs », paragr. 1 et 2 : « 1. Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts.

2. L'Union contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 par :

a) des mesures qu'elle adopte en application de l'article 114 dans le cadre de la réalisation du marché intérieur ;

b) des mesures qui appuient et complètent la politique menée par les États membres, et en assurent le suivi. » (texte souligné par nous).

²⁶⁶ TFUE, art. 4, paragr. 2, sous f).

²⁶⁷ TUE, art. 5, paragr. 1 et 3.

²⁶⁸ TUE, art. 5, paragr. 1 et 4.

²⁶⁹ TFUE, art. 12 : « [l]es exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de l'Union ».

[...] une conséquence directe de l'importance attachée par le droit communautaire à l'exigence de transparence au stade de la formation du contrat »²⁷⁰. Il apparaît donc que la création d'une sanction à une obligation d'information issue du droit de l'Union est avant tout un problème de faisabilité politique, l'initiative de l'Union étant cantonnée aux obligations d'information les plus essentielles, autrement dit susceptibles d'influencer le consentement du consommateur, ou relatives à l'équilibre contractuel. Ces valeurs doivent être suffisamment présentes dans les droits nationaux afin que le législateur de l'Union les traduise en sanction commune aux États membres.

En conclusion, l'intervention du législateur européen ne doit pas trop perturber les législations nationales. Il se contente donc de créer une sanction spécifique et efficace pour certaines obligations d'information spécifiques. Or, M. Reiner Schulze constate également que « *le problème de faire respecter les exigences d'information et les conséquences de leur violation révèle des problèmes relatifs aux remèdes* »²⁷¹. Le choix du législateur de l'Union de laisser « carte blanche » aux États membres quant au choix des sanctions des obligations d'information harmonisées équivaut à approuver les divergences entre les sanctions choisies dans chaque état. L'ampleur des divergences législatives peut être illustrée par celles qui exigent déjà au sein des deux pays objets de notre étude alors même que ceux-ci possèdent une histoire commune ainsi qu'une culture et des législations similaires. En effet, les quelques sanctions identiques²⁷² à la France et au Luxembourg sont rapidement supplantées par le nombre de sanctions différentes s'appliquant à la même obligation d'information. Or, la disparité des sanctions entraîne une protection insuffisante des consommateurs. Il est inopportun et il nuit à la circulation des marchandises, à notre sens, d'harmoniser de si nombreuses obligations d'information, sans harmoniser les sanctions qui sanctionnent leur violation. Quant au choix d'une éventuelle sanction, nous avons constaté qu'aucun de ces deux pays n'a suivi l'unique sanction facultative proposée par le législateur européen. Les sanctions obligatoires semblent donc être incontournables.

²⁷⁰ POILLOT Élise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, thèse, LGDJ, 2004, n° 401.

²⁷¹ Notre traduction. Texte original : « *[t]he problem of enforcing information requirements and the consequences of their infringement reveals problems relating to remedies* » (SCHULZE Reiner, « The Acquis Communautaire and the Development of European Contract Law » in *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire (Information Requirements and Formation of Contract in the Acquis Communautaire)*, SCHULZE Reiner, EBERS Martin und GRIGOLEIT Hans Christoph, Mohr Siebeck, 2003, p. 23).

²⁷² Par exemple, les clauses abusives sont réputées nulles et non écrites, prorogation du délai de rétractation dans certains contrats, le non-paiement des frais supplémentaires.

Dès lors que de nombreuses obligations d'information dans les contrats de consommation sont communes à tous les États membres, l'harmonisation de leurs sanctions apparaît nécessaire à une protection uniforme et efficace du consommateur.

SECTION 3 – LES OPPORTUNITÉS MANQUÉES

84. M. Ulrich Magnus rappelle que face au développement des obligations d'information variées existant en droit de l'Union, le développement des sanctions punissant leur violation s'est laissé distancé²⁷³. M. Bob Schmitz ajoute que « [l]es dispositions faisant l'objet d'une harmonisation complète restent limitées en portant uniquement sur les obligations précontractuelles, le droit de rétractation ainsi que les délais de livraison et transferts de risque » et que « [m]ême dans ce cas, tout n'est pas harmonisé, notamment quand aux effets juridiques et remèdes »²⁷⁴. L'auteur conclut que « [l]e premier but d'un Instrument Optionnel devrait donc être de compléter les lacunes de l'harmonisation complète en s'inspirant des dispositions nationales les plus protectrices des consommateurs »²⁷⁵.

Or, le législateur de l'Union européenne a eu plusieurs occasions d'imposer des sanctions communes aux manquements des obligations d'information qu'il prescrit. Deux exemples récents peuvent illustrer ces propos. L'exemple le plus abouti concerne le droit des contrats en général, qui a donc aussi vocation à s'appliquer à un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel (§1). Le second exemple concerne uniquement les contrats de consommation (§2).

²⁷³ MAGNUS Ulrich, « Rechtsfolgen im *Acquis communautaire* », in SCHULZE Reiner, EBERS Martin und GRIGOLEIT Hans Christoph, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire (Information Requirements and Formation of Contract in the Acquis Communautaire)*, Mohr Siebeck, 2003, p. 312.

²⁷⁴ SCHMITZ Bob (int. de), in POILLOT Élise et RUEDA Isabelle (dir.), *Les frontières du droit privé européen / The Boundaries of European Private Law*, Coll. de la Faculté de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, p. 154-155.

²⁷⁵ *Ibid.*

§1 – La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011²⁷⁶

85. L'idée d'un droit commun des contrats en Europe est en travaux depuis quelques temps déjà²⁷⁷. Nous pouvons en rappeler brièvement quelques étapes. A été créé en 1926 l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), organisation intergouvernementale indépendante dont la vocation est de travailler à l'harmonisation voir à l'uniformisation du droit privé, notamment commercial, principalement par le biais de conventions internationales. Quant à l'Union européenne, la Commission du droit européen des contrats (CDEC), dite Commission Landö a été constituée en 1980 par le professeur du même nom et a publié la première partie de ses travaux sur « Les principes du droit européen des contrats »²⁷⁸ en 1995 pour la version anglaise, et en 1997 pour la version française²⁷⁹. Puis en 2000 ont été éditées les parties I et II des travaux de la CDEC, toutes deux révisées en 1998. Ensuite, la Commission européenne a lancé une consultation publique le 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats²⁸⁰. Elle souhaitait principalement recueillir les avis des parties prenantes quant aux « *problèmes concernant le fonctionnement du marché intérieur dus à la coexistence de droits nationaux des contrats différents* »²⁸¹, malgré l'existence de certaines directives envisageant déjà certains aspects de la vie du contrat²⁸². Dans le même document, la Commission constate à propos de l'acquis communautaire du « droit des contrats à la consommation » que « *parmi les lacunes concernant les directives communautaires relatives au droit des contrats, il existe une absence à toute référence à la formation d'un contrat et aux sanctions qui s'appliquent en cas de non-respect des obligations figurant dans les directives concernant l'information préalable à la conclusion du contrat* »²⁸³. Puis en 2002 a été éditée la troisième et dernière partie des travaux de la

²⁷⁶ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, 11 oct. 2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD) (en anglais : *Proposal for a regulation on a Common European Sales Law*).

²⁷⁷ V. BLANC Dominique et DEROLEZ Jérôme, « La longue marche vers un droit européen des contrats », D. 2007, p. 1615.

²⁷⁸ *Principles of European Contract Law, Part I Performance, Non-performance, Remedies*.

²⁷⁹ WITZ Clause, « Commission pour le Droit Européen Du Contrat, Les principes du droit européen du contrat. L'exécution, l'inexécution et ses suites », RIDC n° 1, vol. 50, 1998, pp. 257-258.

²⁸⁰ Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, 11 juill. 2001, COM(2001) 398 final.

²⁸¹ COM(2001) 398 final, *op. cit.*, n° 72.

²⁸² COM(2001) 398 final, *op. cit.*, n° 21 et 22, annexe I p. 21 pour un bilan de l'acquis communautaire.

²⁸³ COM(2001) 398 final, *op. cit.*, p. 21. L'analyse de la Commission européenne porte sur les directives suivantes : Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation ; Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant

CDEC²⁸⁴. Les résultats de la consultation publique de la Commission de 2001 ont ensuite été publiés en 2003 sous la forme d'un Plan d'Action²⁸⁵ qui révèle l'intention de la Commission d'élaborer un cadre commun de référence²⁸⁶. Il ressort notamment de ce dernier que l'option III, qui « propose l'amélioration de la législation communautaire existante dans le domaine du droit des contrats »²⁸⁷, a obtenue une « majorité écrasante »²⁸⁸ des votes des parties prenantes. Toutefois, les universitaires suggéraient notamment « [...] d'instaurer des sanctions plus strictes en cas de manquement aux devoirs d'information [...] »²⁸⁹.

M. Reiner Schulze explique que le Plan d'Action de la Commission européenne déplace le développement du droit des contrats européen dans une nouvelle phase²⁹⁰. En effet, l'auteur met en avant que l'objectif d'un Cadre commun de référence est de créer une cohérence des droits nationaux pour une application uniforme du droit des contrats et un bon fonctionnement du marché intérieur, aboutissant à la création d'un instrument optionnel. L'importance de ce projet réside donc dans son objectif de cohérence du droit mais aussi dans l'innovation qu'il comporte. En effet, le même auteur décrit que « le Plan d'Action de février 2003 va plus loin en considérant l'examen académique du droit européen des contrats comme un composant principal indispensable du futur progrès vers un droit des contrats cohérents »²⁹¹ et va jusqu'à dire que le Cadre commun de référence est « une étape importante qui peut

les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ; Directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait ; Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ; Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation modifiée par les directives 90/88/CEE et 98/7/CE ; Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance ; Directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE.

²⁸⁴ REMY-CORLAY Pauline, « Observations sur la version française des Principes du droit européen des contrats », RIDC n° 1, vol. 56, 2004, pp. 205-212 ; LANDO Ole, « Have the PECL Been a Success or a Failure ? », *European Review of Private Law*, vol. 17, 2009, p. 367-375.

²⁸⁵ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Un droit des contrats plus cohérent. Un plan d'action », 12 févr. 2003, COM(2003) 68 final.

²⁸⁶ *Op. cit.*, p. 1.

²⁸⁷ *Op. cit.*, p. 4 (intro., paragr. 7).

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ COM(2003) 68 final, *op. cit.*, p. 30.

²⁹⁰ SCHULZE Reiner, « The Acquis Communautaire and the Development of European Contract Law » in SCHULZE Reiner, EBERS Martin und GRIGOLEIT Hans Christoph, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire (Information Requirements and Formation of Contract in the Acquis Communautaire)*, Mohr Siebeck, 2003, p. 15.

²⁹¹ Notre traduction. Texte original : « the Action Plan of February 2003 goes a step further by regarding the academic examination of European contract law as an indispensable core component of further progress towards a coherent European contract law » (SCHULZE Reiner, *op. cit.*, p. 16).

réconcilier les considérations politiques de la Commission et la recherche scientifique »²⁹². Enfin, M. Reiner Schulze insiste sur le rôle crucial de l'obligation d'information en droit de l'Union puisqu'il la décrit comme une des pierres angulaires des futurs développements du droit européen des contrats²⁹³. En effet, il insiste sur le fait que « *les obligations d'information assument un rôle important car elles se sont développées dans l'acquis communautaire avec une grande variété et complexité et possèdent une grande incidence sur la loi nationale – bien au delà du devoir de mettre en œuvre les directives* »²⁹⁴. Par la suite, une communication de la Commission du 11 octobre 2004 intitulée « *Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre* »²⁹⁵ a décrit la démarche d'élaboration du Cadre commun de référence. Celui-ci consiste en l'élaboration de règles types relatives notamment à la validité du contrat, aux notions d'informations inexactes et de dol²⁹⁶. A ainsi a été présenté en 2008 puis publié en 2009 le Projet de cadre commun de référence²⁹⁷.

86. L'évolution du projet a continué avec l'ouverture d'une consultation publique le 1^{er} juillet 2010 à travers le livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises²⁹⁸. Ce document présentait les différentes options relatives à la nature juridique de l'instrument à adopter. Le

²⁹² Notre traduction. Texte original : « *[a]n important step wich can reconcile political considerations of the Commission and scholarly research* » (*ibid*).

²⁹³ Notre traduction. Texte original : « *the information requirements of Community law and regulations governing the formation of contract form the cornerstones for the future development of European contract law* » (SCHULZE Reiner, *op. cit.*, p. 22).

²⁹⁴ Notre traduction. Texte original : « *[t]he information duties assume a prominent role because they have developed in the acquis communautaire with great variety and complexity and have also attained a great effect on national law – over and above the duty to implement Directives* » (SCHULZE Reiner, *op. cit.*, p. 23).

²⁹⁵ Communication de la Commission européenne, « *Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre* », 11 oct. 2004, COM(2004) 651 final.

²⁹⁶ *Op. cit.*, p. 15.

²⁹⁷ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, edited by VON BAR Christian, CLIVE Eric and SCHULTE-Nölke Hans, and BEALE Hugh, HERRE Johnny, HUET Jérôme, STORME Matthias, SWANN Stephen, VARUL Paul, VENEZIANO Anna and ZOLL Fryderyk, Sellier. European Law publishers. 2009. V. EIDENMÜLLER Horst, FAUST Florian, GRIGOLEIT Hans Christoph, JANSEN Nils, WAGNER Gerhard et ZIMMERMANN Reinhard, « *Le cadre commun de référence pour le droit privé européen. Les questions de son évaluation et les problèmes de codification* », *RTD Eur.* 2008, p. 761 ; FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « *The Need for Codified Guiding Principles and Model Rules in European Contract Law* » in *The Foundations of European Private Law*, edited by R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia and S. Weatherill, Oxford and Portland, Oregon, 2011, p. 73 et s. ; LILLEHOLT Kåre, « *European Private Law : Unification, Harmonisation or Coordination ?* », in *The Foundations of European Private Law, op. cit.*, p. 353.

²⁹⁸ Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1^{er} juillet 2010, COM(2010) 348 final. Ce document ciblait les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur (p. 5) mais également ceux conclus entre entreprises (p. 6).

but était de « *choisir le meilleur instrument pour le droit européen des contrats* »²⁹⁹. En parallèle, la Commission européenne a convoqué un groupe d'expert³⁰⁰ par une décision du 26 avril 2010 afin notamment « *d'étudier la faisabilité d'un droit européen des contrats, facile à consulter, pouvant bénéficier aux consommateurs et aux professionnels tout en leur apportant la sécurité juridique escomptée* »³⁰¹. De plus, ce groupe devait aider la Commission « *à sélectionner les parties du projet de cadre commun de référence qui intéressent directement ou indirectement le droit des contrats, et à restructurer, réviser et compléter les parties sélectionnées* »³⁰².

87. Une proposition de règlement de droit commun européen de la vente a ainsi été faite par la Commission le 11 octobre 2011³⁰³. Une communication de la Commission du même jour³⁰⁴ révélait en effet les résultats du livre vert de 2010 : l'option 4, qui proposait un outil facultatif et plus précisément un règlement qui constituerait une alternative aux droits nationaux (une sorte de régime parallèle que les contractants pourraient choisir), a été la plus populaire et a notamment remporté quatre cinquièmes des suffrages des parlementaires européens³⁰⁵. En résumé, la proposition établit un régime facultatif des contrats de vente transfrontaliers (ou interne selon la volonté des États membres), conclus entre professionnels et consommateurs d'une part, et entre professionnels d'autre part si au moins une des parties est une petite ou moyenne entreprise. Ce règlement est « *un corps complet de règles contractuelles* »³⁰⁶ puisqu'est règlementée toute la vie du contrat et notamment les obligations précontractuelles

²⁹⁹ COM(2010) 348 final, *op. cit.*, points 4 et s.

³⁰⁰ Décision de la Commission du 26 avril 2010 portant création du groupe d'experts pour un cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats (JO L 105 du 27.4.2010, p 109), Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission européenne convoque un groupe de juristes experts pour trouver des solutions dans le domaine du droit des contrats », 21 mai 2010, IP/10/595.

³⁰¹ Livre vert, *op. cit.*, p. 4.

³⁰² *Ibid.* Les résultats de l'analyse de faisabilité du groupe d'experts ont été publiés le 3 mai 2011 : « A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback », 3 mai 2011 (http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf).

³⁰³ Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, 11 oct. 2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD) (en anglais : *Proposal for a regulation on a Common European Sales Law*). Pour une présentation de la Proposition, v. FAUVRARQUE-COSSON Bénédicte, « Vers un droit commun européen de la vente », D. 2012, p. 34.

³⁰⁴ Communication de la Commission européenne au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, « Un droit commun européen de la vente pour faciliter les transactions transfrontières sur le marché unique », 11 oct. 2011, COM(2011) 636 final.

³⁰⁵ *Op. cit.*, point 1.3.

³⁰⁶ *Op. cit.*, p. 10.

d'information à fournir par le professionnel au consommateur³⁰⁷, l'annulation du contrat pour erreur ou pour dol³⁰⁸, l'interprétation du contrat³⁰⁹, l'appréciation et les conséquences du caractère abusif d'une clause³¹⁰, la restitution suite à l'annulation³¹¹ et la demande de dommages et intérêts³¹². Ainsi, ce règlement a le mérite de « *défini[r] les sanctions applicables en cas de manquement aux obligations qu'il prescrit* »³¹³. M. Bob Schmitz ajoute que « *[l]a proposition offre un très haut niveau de protection des consommateurs [...] en proposant [...] pour la première fois des règles communes et complètes en matière de prescription et de remèdes* »³¹⁴.

88. Cependant, la doctrine a relevé l'existence de quelques limites inhérentes à cette proposition. Tout d'abord, il a été relevé que la nature optionnelle de l'instrument ainsi que la technique de l'*opt in* pourraient nuire à son application³¹⁵. Malgré le fait que cet instrument n'est pas obligatoire et que son application doit résulter d'une manifestation positive de volonté, sa popularité pourra lui permettre d'être un outil répandu. De plus, l'utilisation du règlement comme outil d'harmonisation des législations présente l'avantage de pouvoir être directement applicable et évite ainsi des disparités, tandis que la directive doit systématiquement faire l'objet d'une transposition en droit national³¹⁶. Ensuite, un deuxième obstacle peut résider dans la personne possédant l'initiative de l'application de ce droit optionnel des contrats. En effet, le professionnel est celui qui aura l'initiative de proposer ou pas au consommateur un contrat soumis à ce régime européen. Certes le consommateur doit l'approuver expressément mais il ne peut pas en avoir l'initiative³¹⁷.

³⁰⁷ Ces obligations précontractuelles d'information concernent notamment les informations spécifiques au contrat à distance ou hors établissement (art. 13), l'information relative au prix et aux frais supplémentaires (art. 14), à l'identité et à l'adresse du professionnel (art. 15) ainsi que l'information relative aux clauses contractuelles (art. 16).

³⁰⁸ Respectivement les art. 48 et 49.

³⁰⁹ Notamment l'interprétation favorable au consommateur (art. 64).

³¹⁰ Notamment dans un contrat conclu entre consommateur et professionnel (art. 82 et s.).

³¹¹ Art. 172 et s.

³¹² Art. 159 et s.

³¹³ COM(2011) 636 final, *op. cit.* p. 10.

³¹⁴ SCHMITZ Bob (int. de), in POILLOT Élise et RUEDA Isabelle (dir.), *Les frontières du droit privé européen / The Boundaries of European Private Law*, Coll. de la Faculté de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, p. 157.

³¹⁵ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », SJEA n° 51-52, 22 déc. 2011, act. 683.

³¹⁶ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Naissance d'un droit commun européen des contrats », RTD Eur. 2012, p. 661, n° 2.

³¹⁷ M. Walter Doralt précise cette situation : « *[l]e choix du droit applicable fait généralement partie des conditions générales du contrat du professionnel, si bien que la décision d'appliquer le droit européen des contrats facultatif devrait être d'abord entre les mains du professionnel. C'est seulement si le professionnel*

La proposition a été votée au Parlement le 26 février 2014 et a fait l'objet de certains amendements³¹⁸. Étaient alors attendues la position du Conseil en première lecture ainsi que la convocation de la conciliation budgétaire³¹⁹. Cependant, la progression de ce projet va être ralentie de par l'intervention de la Commission Juncker³²⁰. En effet, le 16 décembre 2014, le Président de la Commission a annoncé devant le Parlement son programme de travail de 2015³²¹, reflet de ses priorités, qui comprend notamment la modification ou le retrait de quatre-vingt projets législatifs³²² dont la proposition qui nous intéresse. La Commission propose de modifier cette proposition « *afin d'exploiter pleinement le potentiel du commerce électronique dans le marché unique numérique* »³²³. Nous pourrions penser que moindre mal est fait puisque la proposition n'est pas retirée mais simplement modifiée, le but étant de la retravailler et de l'améliorer. Cependant ce contretemps éloigne l'application concrète du projet tout en ne promettant pas des propositions plus efficaces.

89. La proposition de règlement de la Commission concernant un droit commun européen de la vente est relative à un « *droit commun optionnel de la vente des contrats transfrontaliers conclus entre professionnels et consommateurs ou petites et moyennes entreprises* »³²⁴. Elle constitue à ce jour l'exemple le plus abouti de réglementation européenne de droit des contrats qui assure un niveau de protection élevé des consommateurs³²⁵, notamment en procurant des sanctions communes. Il conviendra d'analyser le projet modifié, selon la

décide d'offrir aux consommateurs à la fois la possibilité de contracter sous le régime actuel basé sur les droits nationaux et celle de contracter sous le régime facultatif de droit européen des contrats que les consommateurs auront un choix effectif. Or, ceci ne se produira que si les professionnels ont un intérêt à offrir une telle alternative aux consommateurs. En d'autres termes, tout dépendra du bénéfice que pourront espérer les professionnels en proposant ce choix. » (DORALT Walter, « De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats », RDC 2011, p. 1313, I, A)).

³¹⁸ V. amendement 17, considérant 31 : « *[l]es règles du droit commun européen de la vente constituant des expressions spéciales du principe général de bonne foi et loyauté, telles que l'annulation pour dol ou inexécution d'une obligation créée par une clause implicite, peuvent donner droit à des dommages et intérêts, mais uniquement dans des cas très spécifiques* » (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?sessionId=270D19840D02D5B3C1A2FF6711992791.node2?pUbRef=-//EP//TEXT%20TA%20P7-TA-2014-0159%200%20DOC%20XML%20V0//fr>).

³¹⁹ V. : <http://eur-lex.europa.eu/procedure/FR/200899?>

³²⁰ M. Jean-Claude Juncker est Président de la Commission européenne depuis le 1^{er} nov. 2014 pour un mandat de cinq ans.

³²¹ Communication de la Commission, « Programme de travail de la Commission pour l'année 2015. Un nouvel élan », 16 déc. 2014, COM(2014) 910 final ; Communiqué de presse de la Commission européenne, « Un nouvel élan : la Commission européenne dévoile son programme de travail en faveur de la croissance, de l'emploi et de l'investissement », 16 déc. 2014, IP/14/2703.

³²² COM(2014) 910 final, *op. cit.*, annexe 2.

³²³ COM(2014) 910 final, *op. cit.*, n° 60, p. 13.

³²⁴ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Naissance d'un droit commun européen des contrats », RTD Eur. 2012, p. 661.

³²⁵ DORALT Walter, *op. cit.*, intro. n° 3.

volonté de la Commission Juncker, afin de conclure si cette opportunité a simplement été retardée ou réellement manquée. Une autre opportunité quant à l'élaboration de sanctions harmonisées, mais concernant exclusivement les contrats de consommation, semble avoir échappée au législateur européen.

§2 – La directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs

90. La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs concerne les contrats de consommation conclus à distance ou hors établissement ainsi que les contrats autres que ceux conclus à distance ou hors établissement et présente alors un champ d'application assez large³²⁶. Nous avons observé précédemment que diverses obligations d'information étaient mises à la charge du professionnel. En effet, ce dernier doit fournir au consommateur certaines « *informations claires et exhaustives* »³²⁷ avant la conclusion du contrat et s'acquitter de certaines obligations formelles d'information particulières à chacune des deux catégories de contrat³²⁸. En l'espèce, le législateur laisse le choix de la sanction de ces obligations d'information aux États membres. Ainsi l'article 24 paragraphe 1 énonce par une formule familière que « *[l]es États membres déterminent le régime des sanctions applicables [...]* » et que « *[l]es sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives* ». Seules deux obligations d'information font exception.

En effet, le législateur a créé une sanction à deux de ces obligations d'information. L'une concerne l'information relative au droit de rétractation et l'autre aux frais supplémentaires. Ces deux obligations d'information pèsent sur le professionnel uniquement lorsqu'il conclut avec le consommateur un contrat à distance ou hors établissement. Tout d'abord, l'article 10 de la directive envisage le défaut d'information sur le droit de rétractation. Nous avons observé que le déplacement du point de départ de la faculté de rétractation ou sa prolongation peut être considéré comme une sanction civile répressive due à la durée de douze mois dans lequel peut s'exercer ce droit. Ensuite, l'article 6 paragraphe 6 dispose que « *[s]i le*

³²⁶ Malgré l'exclusion de certains contrats du champ d'application de la directive celle-ci concerne la majorité des contrats. V. PAISANT Gilles, « La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », SJEG n° 3, 16 janv. 2012, doct. 62.

³²⁷ Dir. 2011/83/UE du 25 oct. 2011, propos introductifs, point 34.

³²⁸ Les obligations d'information précontractuelles sont édictées à l'art. 5 (contrats autres que conclus à distance et hors établissement) et à l'art. 6 (contrats conclus à distance et hors établissement). Les obligations formelles d'information sont prévues à l'art. 7 (concernant les contrats hors établissement) et à l'art. 8 (obligations formelles concernant les contrats à distance).

professionnel n'a pas respecté les obligations d'information relatives aux frais supplémentaires et autres frais [...], le consommateur ne supporte pas ces frais ». Selon le montant des frais cette sanction civile peut également revêtir un caractère plus ou moins dissuasif.

91. Cette directive reflète clairement l'attitude indécise ou prudente du législateur de l'Union quant à la création de sanction aux obligations d'information qu'il édicte. En effet, pourquoi le législateur de l'Union européenne a-t-il d'un côté laissé le choix aux États membres de la sanction au manquement des obligations précontractuelles et générales d'information qu'il prescrit, et de l'autre harmonisé deux sanctions civiles dissuasives spécifiques à l'obligation d'information du délai de rétractation et des frais supplémentaires dans les contrats à distance et hors établissement ?

Un élément de réponse réside peut être dans le niveau d'harmonisation. Celui de cette directive se veut maximal, les États membres ne pouvant maintenir ou adopter des dispositions plus souples ou plus strictes, sauf exception prévue par la directive³²⁹. Ainsi, les droits nationaux peuvent conserver ou adopter des exigences supplémentaires en matière d'information précontractuelle pour les contrats autres que ceux conclus à distance ou hors établissement³³⁰. Ensuite, pour les contrats à distance et hors établissement, l'article 6, paragraphe 7, précise que les États membres peuvent maintenir ou introduire des « *exigences linguistiques en matière d'information contractuelle, pour faire en sorte que ces informations soient aisément comprises par les consommateurs* ». L'harmonisation des obligations d'information se veut minimale pour les contrats autres que ceux conclus à distance et hors établissement et maximale pour les contrats conclus à distance et hors établissement à l'exception des exigences linguistiques. En effet, le législateur de l'Union déclare qu'« [...] *une harmonisation complète de l'information des consommateurs et du droit de rétractation dans les contrats de vente à distance et hors établissement contribuera à un niveau de protection élevé des consommateurs et à un meilleur fonctionnement du marché intérieur sur le plan des relations entre entreprises et particuliers* »³³¹. Nous pouvons comprendre que le législateur européen laisse le choix des sanctions aux États membres pour les contrats autres que ceux conclus à distance et hors établissement pour lesquels le niveau d'harmonisation des obligations d'information est minimal. Cependant, nous pouvons nous demander pourquoi

³²⁹ Dir., art. 4.

³³⁰ Dir., art. 5, paragr. 4.

³³¹ Dir., propos introductifs, point 5.

pour un même type de contrat, en l'espèce les contrats conclus à distance ou hors établissement, l'Union harmonise deux sanctions relatives à deux obligations d'information spécifiques et laisse le choix de la sanction aux États membres pour les obligations d'information précontractuelles et les obligations formelles d'information.

Une autre explication à l'attitude prudente du législateur pourrait résider dans le fait que la difficulté à atteindre un consensus politique afin d'élaborer une sanction commune est telle que sont seules envisagées les sanctions des dispositions protectrices des consommateurs les plus importantes, tel le droit de rétractation.

92. En conclusion, le législateur européen n'a pas saisi l'opportunité présentée par cette directive d'édicter des sanctions communes aux obligations d'informations prescrites pour la plupart des contrats de consommation. La doctrine fait un constat général similaire à propos du contenu et la portée de la directive 2011/83/UE qui apparaissent éloignés de la démarche initiale de la Commission européenne³³². De la même manière, la commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale décrivait l'initiative de la Commission à travers la proposition de directive du 8 octobre 2008 relative aux droits des consommateurs³³³ comme visant « à amorcer un code européen de la consommation, avec pour point de départ un droit européen du contrat de consommation, unique et applicable dans tous les États membres »³³⁴. Or, l'idée d'un code européen de la consommation semble impliquer de considérer la création d'un système de sanctions applicable aux multiples obligations d'information d'origine européenne.

93. Un autre constat vient renforcer l'attitude hésitante du législateur de l'Union européenne vis-à-vis de la création de sanction des obligations légales d'information qu'il crée. En effet,

³³² M. Walter Doralt résume la situation : « [a]insi [la Commission européenne] a-t-elle proposé d'harmoniser le droit de la consommation via l'élaboration d'une directive unique, d'harmonisation complète, destinée à remplacer quatre directives d'harmonisation minimale existantes. Cette proposition de directive sur les droits des consommateurs devait empêcher les États membres d'accorder aux consommateurs une protection supérieure à celle résultant de la directive. Une opposition politique et académique considérable s'est cependant manifestée. La proposition a maintenant été révisée et son champ d'application considérablement réduit, si bien que le projet est désormais de nouveau sur les rails. Mais son nouveau champ d'application dévoile l'échec du but originel, à savoir éradiquer autant que possible la fragmentation du droit. » (DORALT Walter, « De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats », RDC 2011, p. 1313, intro., n° 2).

³³³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des consommateurs, 8 oct. 2008, COM(2008) 614 final, 2008/0196 (COD).

³³⁴ Rapport de la Commission des affaires européennes (Assemblée nationale), 25 nov. 2009, compte rendu n° 127 (<http://www.assemblee-nationale.fr/13/europe/c-rendus/c0127.asp> - dernière consultation le 07/03/2016).

alors même que le fond de la législation européenne n'est pas harmonisé, le législateur a commencé à harmoniser certaines procédures de règlement des litiges.

SECTION 4 – L'HARMONISATION ANTICIPÉE DE PROCÉDURES DE RÈGLEMENT DES LITIGES

94. L'Union européenne s'est déjà prononcée en faveur de l'harmonisation de plusieurs procédures de règlement des conflits parmi lesquelles le système de résolution des conflits dans le marché intérieur (réseau SOLVIT)³³⁵, la procédure européenne de règlement des petits litiges³³⁶, la médiation en matière civile et commerciale³³⁷, le règlement en ligne des litiges de consommation³³⁸ et le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation³³⁹. Il ressort de ces diverses procédures que le législateur de l'Union prend en compte les particularités du litige de consommation. En effet, le montant de ces litiges est généralement peu élevé et ceux-ci concernent par exemple l'augmentation du prix d'un contrat d'abonnement de télécommunications peu de temps après la conclusion du contrat, des travaux de réparation inachevés sur un véhicule automobile ou un sèche linge, ou un vêtement abîmé lors de son nettoyage au pressing. La lourdeur d'un procès dissuade donc fréquemment le consommateur d'agir en justice. La complexité d'une action en justice consumériste s'est amplifiée ces dernières années avec le développement de l'Internet entraînant des contrats passés en lignes souvent transfrontaliers³⁴⁰. Ainsi les procédures élaborées par le législateur de l'Union ciblent notamment les petits litiges, autrement dit dont le montant est inférieur à 2 000 euros³⁴¹ et les contrats transfrontaliers. De la même manière, ces procédures encouragent surtout la résolution extrajudiciaire des conflits³⁴².

³³⁵ Recommandation de la Commission du 7 déc. 2001 établissant les principes pour l'utilisation de « SOLVIT » - le réseau de résolution des problèmes dans le marché intérieur, JOCE L 331/79.

³³⁶ Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges.

³³⁷ Dir. 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

³³⁸ Règlement (UE) n° 524/2013 du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation.

³³⁹ Dir. 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

³⁴⁰ Peuvent être cités la procédure européenne de règlement des petits litiges (*op. cit.*, art. premier) et le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (*op. cit.*, art. 2, al. 1 – sont également concernés les litiges nationaux).

³⁴¹ La procédure européenne de règlement des petits litiges (*op. cit.*, art. 2, al. 1).

³⁴² Par exemple le règlement en ligne des litiges de consommation (*op. cit.*, art. premier). V. également : communication de la Commission sur la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation, 30 mars 1998, COM(1998) 198 final ; recommandation n° 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les

Les procédures précitées sont donc essentielles pour garantir un accès effectif du consommateur à la justice³⁴³. Cependant, le choix du législateur européen d'harmoniser le droit procédural avant le droit substantiel semble paradoxal et donc discutable.

95. Une des explications réside dans la question de l'effectivité du droit de la consommation européen. Mme Élise Poillot qui l'a analysée explique que « [l]'étude des textes de protection des consommateurs adoptés sur le fondement de la compétence de l'Union en matière de rapprochement des législations démontre que l'exigence d'effectivité se traduit, selon les mots du législateur européen, par l'obligation faite aux États membres de garantir une sanction efficace proportionnée et dissuasive de la violation des dispositions nationales prises en application des directives et celles de prendre toute mesure nécessaire pour assurer la mise en œuvre de celles-ci »³⁴⁴.

Dans un premier temps l'auteur rappelle la place de l'effectivité dans le droit primaire, abordée aux articles 19 du Traité sur l'Union européenne et l'article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le premier article envisage l'effectivité « sur le terrain des recours en justice » puisque « l'article 19 a pour objectif de garantir l'effet utile du droit de l'Union en exigeant que les justiciables puissent introduire des actions en justice dont la finalité est de faire appliquer le droit de l'Union »³⁴⁵. Le second article traite quant à lui de la coopération judiciaire en matière civile qui relève de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union, « l'effectivité renvoie à « un accès effectif à la justice » »³⁴⁶. Est ensuite concerné l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux relatif au « droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial »³⁴⁷. L'auteur en conclut que « l'effectivité revêt une dimension procédurale en droit de l'Union » et qu'« [i]l ne sera donc nullement étonnant de constater qu'à l'échelle européenne, la question de l'effectivité du droit de la consommation a principalement donné lieu à des développements sur le terrain de la procédure »³⁴⁸.

L'évolution de l'Union européenne, qui s'oriente d'une union économique vers une union

principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, JOCE L 115/31 ; recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation non couverts par la recommandation 98/257/CE, JOCE L 109/56.

³⁴³ POILLOT Élise, « Le droit européen de la consommation », RLDA n° 105, juin 2015, p. 80 et s., p. 82.

³⁴⁴ POILLOT Élise, *op. cit.*, p. 82.

³⁴⁵ POILLOT Élise, *op. cit.*, p. 81.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ *Ibid.*

politique, laisse entrevoir la possibilité d'une harmonisation entière du droit substantiel de la consommation de l'Union européen, en l'espèce les sanctions des obligations d'information.

En effet, Mme Poillot observe la « *transformation de la nature de l'entité supranationale initialement conçue comme un marché en une union politique reposant sur des principes transcendant une simple fonctionnalité mercantile* »³⁴⁹.

96. Face à l'attitude ambiguë du législateur de l'Union européenne quant à la création de sanction aux obligations légales d'information qu'il édicte, la doctrine européenne a tenté de dégager l'existence de sanctions européennes voir d'un système de sanctions européen. Toutefois, leurs propositions n'ont pas été jugées pertinentes et satisfaisantes par certains auteurs.

³⁴⁹ POILLOT Élise, *op. cit.*, p. 81.

CHAPITRE III – LES PROPOSITIONS DE LA DOCTRINE EUROPÉENNE QUANT À LA DÉTERMINATION DE SANCTIONS AUX OBLIGATIONS D’INFORMATION EN DROIT DE L’UNION EUROPÉENNE

97. La doctrine européenne a tenté de préciser l’existence de sanction aux diverses obligations d’information existant en droit de l’Union européenne afin de remédier au silence du législateur à ce sujet³⁵⁰.

98. Les propos de M. Reiner Schulze reflètent l’ambition de ce projet puisqu’il présente les diverses déclarations des auteurs comme « *révélant les premiers contours qui peuvent guider le futur système de conséquences légales en droit européen des contrats résultant de la violation des exigences d’information* »³⁵¹. Tout d’abord, M. Thomas Wilhelmsson a tenté d’identifier des similitudes entre les conséquences légales encourues lors de la violation d’une obligation d’information³⁵². Ensuite, M. Hans-Peter Schwintowski a analysé dans quelle mesure le principe de l’effet utile du droit de l’Union européenne peut amener à la création de certaines sanctions³⁵³. En effet, selon l’interprétation du Traité par la Cour de justice, les États membres doivent assurer l’effectivité du droit de l’Union en adoptant des sanctions efficaces, autrement dit effectives, proportionnées et dissuasives, lorsque le législateur de l’Union n’en prévoit pas lui-même³⁵⁴. Enfin, M. Ulrich Magnus a tenté de dépeindre les principes

³⁵⁰ *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire (Information Requirements and Formation of Contract in the Acquis Communautaire)*, SCHULZE Reiner, EBERS Martin und GRIGOLEIT Hans Christoph, Mohr Siebeck, 2003.

³⁵¹ Notre traduction. Texte original : « *[s]uch statements reveal the first contours of the principles which can guide the future system of legal consequences in European contract law resulting from the infringement of information requirements* » (SCHULZE Reiner, « The Acquis Communautaire and the Development of European Contract Law », in *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, op. cit.*, p. 25.

³⁵² WILHELMSSON Thomas, « Private Law Remedies against the Breach of Information Requirements of EU Law » in *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, op. cit.*, p. 245.

³⁵³ SCHWINTOWSKI Hans-Peter, « Informationspflichten und effet utile – Auf der Suche nach einem effektiven und effizienten europäischen Sanktionensystem », in *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, op. cit.*, p. 267.

³⁵⁴ CJCE, 8 avr. 1976, *Jean-Noël Royer*, aff. 48/75, point 73, v. POILLOT Élise *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, thèse, LGDJ, 2004, n° 195.

communs des sanctions de la violation des obligations d'information en droit de l'Union européenne³⁵⁵.

99. Mme Élise Poillot analyse dans sa thèse les diverses tentatives de la doctrine de répondre à « *la question non résolue de la sanction de l'obligation d'information* »³⁵⁶ et conclut qu'elles ne sont pas pertinentes. Tout d'abord, « *la théorie de l'effet utile ne [...] semble pas devoir guider la construction d'un système de sanction efficace du devoir d'information imposé par le droit communautaire* », et ce pour trois raisons. La première raison tient à l'ambivalence du droit de la consommation qui repose à la fois sur le bon fonctionnement du marché et la protection du consommateur. La théorie de l'effet utile risque de privilégier un objectif à un autre, ce qui serait insatisfaisant. La deuxième raison du caractère inapproprié de la théorie de l'effet utile comme fondement d'un système de sanction s'attache au fait qu'elle ne fournit que des principes directeurs pour l'application de la loi par le juge national. Or, Mme Élise Poillot estime que « *[s]eules des dispositions spécifiques permettent en effet d'assurer une protection efficace et homogène du consommateur à l'échelle du marché unique* »³⁵⁷. Enfin la troisième raison découle de la seconde puisque le choix de la sanction donnée au juge national risque d'engendrer « *une grande disparité* » de sanctions au sein des États membres et donc un « *traitement non uniforme* » du consommateur³⁵⁸.

Après avoir étudié la proposition de M. Hans-Peter Schwintowski, Mme Élise Poillot s'attarde sur celle de M. Thomas Wilhelmsson et sa « *[t]entative de détermination d'un principe général de sanction* »³⁵⁹. Ce dernier tente d'identifier des lignes directrices issues de l'acquis communautaire pour guider la sanction des obligations d'information. Se basant sur la directive relative aux clauses abusives et à celle sur certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommation, il en déduit « *l'existence d'un principe général aux termes duquel la non-délivrance d'une information ouvre au profit du créancier de l'information, autrement au profit du consommateur, la possibilité de contester le caractère contraignant de la convention* »³⁶⁰. Cette solution est également jugée inadéquate par Mme

³⁵⁵ MAGNUS Ulrich, « Rechtsfolgen im *Acquis communautaire* », in *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, *op. cit.*, p. 291.

³⁵⁶ POILLOT Élise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, thèse, LGDJ, 2004, n° 190 et s.

³⁵⁷ POILLOT Élise, *op. cit.*, n° 197.

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ POILLOT Élise, *op. cit.*, n° 199 et s.

³⁶⁰ POILLOT Élise, *op. cit.*, n° 200.

Élise Poillot qui relève tout d'abord l'imprudence de fonder un raisonnement sur le droit de rétractation du consommateur dont la question de la nature est encore débattue. L'auteur démontre ensuite le caractère relatif du caractère contraignant puisque d'une part seule la clause abusive ne lie pas le consommateur et non le contrat dans son entier, et d'autre part, la résolution du contrat pour non-conformité du bien de consommation constitue l'ultime remède (à condition qu'elle ne porte pas sur un défaut mineur) après la réparation du bien, son remplacement ou le remboursement d'une partie du prix³⁶¹. Enfin Mme Poillot insiste sur le fait que le caractère non-contraignant du contrat peut s'avérer une sanction lourde au manquement d'une obligation d'information et donc inadéquate³⁶².

100. Malgré ses tentatives de détermination de sanctions ou d'un système de sanctions aux obligations d'information en droit de l'Union européenne afin de pallier aux lacunes des textes, la doctrine n'apporte pas de solution satisfaisante. L'acteur principal remédiant aux manquements du législateur de l'Union est alors la Cour de justice de l'Union européenne puisque son pouvoir d'interprétation du droit de l'Union lui permet de guider les juges nationaux sur des questions de droit substantiel mais aussi procédural.

³⁶¹ POILLOT Élise, *op. cit.*, n° 201.

³⁶² POILLOT Élise, *op. cit.*, n° 202.

CHAPITRE IV – LE RÔLE D’ORIENTATION DU JUGE DE L’UNION À TRAVERS SON POUVOIR D’INTERPRÉTATION DU DROIT

101. La Cour de justice joue un rôle primordial quant à la cohérence du droit de l’Union puisqu’elle comble les lacunes des directives et assure ainsi une application uniforme du droit. En effet, les questions préjudicielles concèdent à la Cour de justice de l’Union européenne un pouvoir d’interprétation du droit de l’Union à la demande des juges des États membres³⁶³. Grâce à ce mécanisme, le juge national peut vérifier la conformité de sa législation, et de son interprétation de celle-ci, au droit de l’Union. La Cour fût régulièrement sollicitée pour se prononcer sur des questions relatives aux sanctions nationales relatives à une obligation légale d’information, pouvant en sanctionner le manquement ou dont la réponse y était transposable. Dans le cadre de notre étude, nous pouvons constater que le pouvoir d’interprétation de la Cour de justice influence la substance même de la sanction nationale mais également sa mise en œuvre. Tout d’abord, il lui permet d’apprécier si les sanctions nationales présentent les caractéristiques exigées par le droit de l’Union, et notamment si elles sont dissuasives (Section 1). Ensuite, le juge de l’Union oriente la mise en œuvre des sanctions nationales, d’une manière directe en encadrant l’étendue des pouvoirs d’intervention du juge national dans les litiges de consommation ainsi que le rôle des associations de consommateurs, et d’une manière indirecte en déterminant les éléments constitutifs d’une infraction (Section 2).

SECTION 1 – LE CONTRÔLE DE CONFORMITÉ DES SANCTIONS NATIONALES PAR LE JUGE DE L’UNION EUROPÉENNE

102. Nous avons vu que le législateur de l’Union européenne exige des États membres qu’ils adoptent des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. Ainsi la Cour peut contrôler la proportionnalité des sanctions nationales et juger si elles sont trop ou trop peu sévères. M. Denys Simon explique que « *[c]ertaines peines sont jugées excessives en tant qu’elles remettent en cause un droit acquis en vertu du droit communautaire ou en tant qu’elles sont*

³⁶³ http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/ (dernière consultation en date du 31/03/2016).

jugées porter une atteinte disproportionnée à l'exercice des libertés de circulation garanties par le traité »³⁶⁴. La Cour de justice peut alors avoir un « *effet de limitation de la compétence pénale* » du législateur national selon l'expression du même auteur³⁶⁵. En ce qui concerne le droit de la consommation, une question préjudicielle a récemment été présentée par une cour slovaque le 2 février 2015 dans l'affaire *Home Credit Slovakia*³⁶⁶ quant à la conformité de la sanction d'une obligation légale d'information issue du droit de l'Union. En effet, le juge national demande si « *[l]es dispositions de l'article premier de la directive 2008/48, aux termes duquel la directive poursuit l'harmonisation complète dans le domaine concerné, ou de l'article 23 de cette directive, qui exige que les sanctions soient proportionnées, doivent-elles être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent aux dispositions du droit national en vertu desquelles l'absence de la plupart des éléments du contrat de crédit requis à l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2008/48 a pour conséquence que le crédit consenti est réputé exempt d'intérêts et de frais, de sorte que l'emprunteur ne doit rembourser au prêteur que les sommes qui ont été mises à sa disposition en vertu du contrat ?* ». Autrement dit, la cour slovaque demande à la Cour de justice si la déchéance du droit aux intérêts encourue lorsque le professionnel manque à son obligation d'information relative aux tableaux d'amortissement est une sanction proportionnelle conformément à la directive 2008/48/CE relative aux contrats de crédit aux consommateurs³⁶⁷.

103. La Cour de justice a également eu l'occasion de préciser que le principe de proportionnalité doit être respecté mais tout en veillant à ce que la sanction assure également un effet réellement dissuasif³⁶⁸. Ainsi en droit de la consommation, le juge de l'Union s'est

³⁶⁴ SIMON Denys, « Constitution, souveraineté pénale et droit communautaire », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 26 (Dossier : La Constitution et le droit pénal), août 2009, p. 2).

³⁶⁵ « *Il en résulte qu'en principe le droit communautaire impose au législateur pénal national l'exclusion de certaines sanctions jugées a priori disproportionnées au regard d'infractions à l'accomplissement de formalités dans le cadre de la libre circulation des marchandises ou des personnes, telles que des peines d'emprisonnement, des mesures d'éloignement ou d'expulsion ou de confiscation. De même, la compétence pénale interne est encadrée en ce sens que la fixation, non seulement de la nature, mais du quantum de la peine, est subordonnée au respect d'un principe de proportionnalité, qui interdit la mise en œuvre de « sanctions disproportionnées » : c'est ainsi qu'une peine d'amende établie en fonction de la valeur d'une marchandise ou que la sanction d'un non-signalement aux autorités de police de l'État de résidence par un emprisonnement de trois mois et/ou une amende élevée seront jugées disproportionnées* » (ibid).

³⁶⁶ CJUE, 2 févr. 2015, *Home Credit Slovakia*, aff. C-42/15.

³⁶⁷ Demande de décision préjudicielle présentée le 12 mars 2015, *Verein für Konsumenteninformation*, aff. C-127/15 : directive 87/102/CEE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs.

³⁶⁸ CJCE, 3 mai 2005, *Berlusconi e.a.*, C-387/02, C-391/02 et C-403/02, points 64 et 65 ; CJUE, 26 sept. 2013, *Texdata Software*, aff. C-418/11, point 51 ; CJUE, 27 mars 2014, *LCL Le Crédit Lyonnais*, aff. C-565/12, point 44.

surtout prononcé sur le caractère dissuasif des sanctions, notamment concernant les clauses abusives et la déchéance du droit aux intérêts. Si dans les exemples cités ci-après les sanctions ne concernent pas forcément une obligation légale d'information, il est pertinent de les citer. En effet, ils restent transposables puisque les obligations légales d'information peuvent entraîner de telles sanctions. Ainsi le manquement à une obligation légale d'information peut être caractérisé de clause abusive et en droit français, certaines obligations légales d'information relatives au contrat de crédit sont prescrites sous peine de déchéance du droit aux intérêts du prêteur.

104. Mme Carole Aubert de Vincelles rappelle à propos des clauses abusives que « *l'absence d'effet obligatoire de ces clauses prévue par l'article 6 de la directive 93/13/CEE, traduit en France par leur caractère non écrit, ne peut avoir un effet dissuasif, déduit de l'article 7, si le juge national se contente de la réviser, notamment en réduisant le montant d'une clause pécuniaire abusive sans l'écarter dans sa totalité* »³⁶⁹. L'auteur rappelle que la Cour s'est prononcée dans ce sens quant à une clause fixant des intérêts moratoires dans l'arrêt *Banco Espanol de Crédito*³⁷⁰ du 14 juin 2012 ainsi que pour une clause pénale dans l'arrêt *Asbeek Brusse et de Man Garabito*³⁷¹ du 30 mai 2013. Puis, dans l'arrêt *Kásler et Káslerné Rábai*³⁷² du 30 avril 2014, la Cour de justice a « *autoris[é] les États membres à substituer à la clause nulle une disposition nationale supplétive au nom de l'effet dissuasif* »³⁷³.

Ainsi M. Folkert Wilman affirme que « *[l]a Cour de justice a clarifié [...] que la sévérité des sanctions prévues conformément au droit national doit être proportionnée à la gravité de l'infraction en cause, en particulier en assurant un effet dissuasif réel, tout en respectant le principe de proportionnalité* » (notre traduction, texte original : « *[t]he Court of Justice has clarified [...] that the severity of the penalties provided for under national law must be commensurate with the seriousness of the infringement at issue, in particular by ensuring a genuinely dissuasive effect, while respecting the principle of proportionality* », WILMAN Folkert, *Private enforcement of EU law before national courts. The EU Legislative Framework*, Elgar European Law and Practice, Edward Elgar publishing, 2015, p. 49).

³⁶⁹ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Régime européen des sanctions », RTD eur. 2014, p. 724, n° 5.

³⁷⁰ CJUE, 14 juin 2012, *Banco Espanol de Crédito*, aff. C-618/10, D. 2012. 1607.

³⁷¹ CJUE, 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, aff. C-488/11, D. 2014. 1297, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud

³⁷² CJUE, 30 avr. 2014, *Kásler et Káslerné Rábai*, aff. C-26/13, RLDC 2014/116, p. 22, RLDA 2014/94, n° 5162, RLDA 2014/96, p. 68.

³⁷³ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Régime européen des sanctions », *op. cit.* L'auteur poursuit et explique que « *[s]i l'effet dissuasif justifie le refus de la révision des clauses abusives, il justifie également la substitution de la clause par une règle supplétive. La raison tient exclusivement dans l'effet préjudiciable de la nullité du contrat pour le consommateur dans le cas d'espèce, puisque, s'agissant d'un contrat de crédit, il devra rembourser immédiatement le capital dont il ne dispose plus, en plus des intérêts légaux. S'avérant pire que l'exécution du contrat, du fait de la privation de l'échéancier contractuel, la nullité du contrat doit pouvoir être évitée. [...] Reste à savoir si le juge peut également appliquer une règle supplétive dans l'hypothèse où la nullité du contrat ne serait pas particulièrement préjudiciable au consommateur ; dans la mesure où le dispositif de la décision ne fait pas mention de la motivation de la Cour, la question reste en suspens.* » (*ibid.*).

105. Ensuite, dans l'arrêt *LCL Le Crédit Lyonnais*³⁷⁴ du 27 mars 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a déduit la « *conformité conditionnelle de la déchéance du droit aux intérêts* »³⁷⁵ de droit français. En effet, la Cour de justice a pu préciser les conditions dans lesquelles la déchéance des intérêts conventionnels est compatible avec le droit de l'Union lorsqu'elle sanctionne la violation par le prêteur de son obligation précontractuelle de vérification de la solvabilité de l'emprunteur. La question était de savoir si la sanction de la déchéance du droit aux intérêts conventionnelle telle que prévue par le droit français, autrement dit autorisant systématiquement la perception par le prêteur des intérêts au taux légal, était effective et dissuasive, conformément à la directive 2008/48/CE relative au crédit à la consommation.

Dans cette affaire, le tribunal d'instance d'Orléans releva d'office que, dans le cadre d'un contrat de crédit à la consommation, le professionnel encourt la déchéance du droit aux intérêts en vertu de l'article L. 311-48 du Code de la consommation pour non respect de l'obligation de vérification de solvabilité prévue à l'article L. 311-9 du même code. Mais dans l'affaire ayant donné lieu à la question préjudicielle de l'arrêt *LCL Le Crédit Lyonnais*, et comme dans autres affaires³⁷⁶, les intérêts au taux légal (dus par l'emprunteur depuis la mise en demeure) et majoré (de plein droit à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire si l'emprunteur ne s'est pas acquitté de la totalité de sa dette)³⁷⁷ permettaient au professionnel de récupérer les intérêts conventionnels perdus puisque seuls ces derniers étaient concernés par la sanction de la déchéance du droit aux intérêts.

La Cour de justice de l'Union estime que le droit français n'est pas conforme à l'article 23 de la directive 2008/48/CE exigeant des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives en ce qu'il permet au prêteur de bénéficier de plein droit des intérêts au taux légal pouvant être majorés, aboutissant à ce que « *les montants susceptibles d'être effectivement perçus par le prêteur à la suite de l'application de la sanction de la déchéance des intérêts ne sont pas*

³⁷⁴ CJUE, 27 mars 2014, *LCL Le Crédit Lyonnais*, aff. C-565/12, Europe 2014, comm. 233, obs. F. Gazin, D. 2014, p. 1297, obs. H. Aubry ; D. 2014, p. 1307, note G. Poissonnier ; AUBERT DE VINCELLES Carole, « Chronique de droit européen des contrats », Contrats-conc.-consom. n° 4, avr. 2015, chron. 2, spéc. n° 15.

³⁷⁵ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Régime européen des sanctions », RTD eur. 2014, p. 724, n° 6.

³⁷⁶ La jurisprudence dite Theret désigne l'arrêt de la Cour de cassation française rendu en 2002 (Cass. 1^{ère} civ., 26 nov. 2002, n° 00-17119, *BNP – Parisbas c/ Mme Theret*, DAVID Ronan, « La déchéance du droit aux intérêts », RLDA 2003, n° 57, février, jurisprudence, n° 3590, p. 29) dans lequel le juge estime, au visa des articles 1153, al. 1, du Code civil et L. 311-33 du Code de la consommation, que si l'absence d'offre préalable de crédit à la consommation entraîne bien la déchéance du droit aux intérêts du prêteur, l'emprunteur reste néanmoins tenu aux intérêts au taux légal depuis la mise en demeure.

³⁷⁷ C. mon. fin. fr., art. L. 313-3, al. 1^{er}.

significativement inférieurs à ceux dont celui-ci pourrait bénéficier s'il avait respecté son obligation de vérification de la solvabilité de l'emprunteur »³⁷⁸. Selon le mot de M. Ghislain Poissonnier, « [l]a sanction prononcée demeurait virtuelle et avait même pour effet paradoxal de pénaliser financièrement l'emprunteur par rapport à la situation contractuelle »³⁷⁹, autrement dit, « la jurisprudence de la Cour de cassation [...] condui[sait] à vider de sa substance la déchéance du droit aux intérêts »³⁸⁰.

Le juge de l'Union conseille alors au juge national français d'étudier au cas par cas si la déchéance conserve sa fonction dissuasive en comparant « les montants que le prêteur aurait perçus en rémunération du prêt dans l'hypothèse où il aurait respecté son obligation précontractuelle d'évaluer la solvabilité de l'emprunteur en consultant une base de données appropriée, avec ceux qu'il percevrait en application de la sanction de la violation de cette même obligation précontractuelle »³⁸¹.

106. Enfin, la Cour a été amené à se prononcer sur le fait de savoir si la nullité constituait une mesure appropriée à la violation d'une obligation d'information issue du droit de l'Union. Dans l'arrêt *Martín Martín*³⁸² du 17 décembre 2009, la Cour de justice devait analyser si la nullité constituait une « mesure appropriée visant à protéger le consommateur »³⁸³ au sens de l'article 4 de la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux. Cet article disposait que les États membres devaient prendre les mesures appropriées afin de protéger le consommateur lorsque le professionnel n'avait pas fourni au consommateur l'information relative à sa faculté de résilier le contrat pendant un délai d'au moins sept jours à compter de la notification de cette information. En l'espèce, la nullité est une sanction appropriée « en ce qu'elle sanctionne la méconnaissance d'une obligation dont le respect [...] est essentiel aux fins de la formation de la volonté du consommateur et de la réalisation du

³⁷⁸ Arrêt *LCL Le Crédit Lyonnais*, *op. cit.*, point 56.

³⁷⁹ POISSONNIER Ghislain, « Une première étape vers une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation », D. 2014, p. 1307. Quant à l'absence de caractère dissuasif de la sanction, la Cour renvoie par analogie à l'arrêt suivant (*LCL Le Crédit Lyonnais*, *op. cit.*, point 53) : CJCE, 8 juin 1994, Commission c/ Royaume-Uni, aff. C-382/92, points 56 à 58. En effet, Mme Hélène Aubry explique que « le consommateur peut se voir condamner à payer plus d'intérêts que ce que prévoyait le contrat » (AUBRY Hélène, obs. p. 11 in « Droit de la consommation mars 2013 – mars 2014 », D. 2014, p. 1297).

³⁸⁰ POISSONNIER Ghislain, *ibid.*

³⁸¹ Arrêt *LCL Le Crédit Lyonnais*, *op. cit.*, point 50.

³⁸² CJUE, 17 déc. 2009, *Martín Martín*, aff. C-227/08, D. 2010. 146 ; *ibid.* 790, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD eur. 2010. 695, chron. C. Aubert de Vincelles ; Europe 2010. Comm. 88, obs. L. Idot ; RDC 2010. 652, note C. Aubert de Vincelles ; RED consom. 2011. 383, note M. Depince.

³⁸³ Point 34.

niveau de protection voulu par le législateur communautaire ». La Cour précise cependant que d'autres mesures pourraient assurer le niveau de protection du consommateur telles la réouverture des délais en matière de résiliation afin de permettre au consommateur d'exercer ce droit³⁸⁴.

107. Au delà d'influencer la substance même d'une sanction nationale en déterminant si elle possède ou non les caractères effectif, proportionné et dissuasif exigés par les directives, le juge de l'Union va orienter la mise en œuvre de la sanction par le juge national.

SECTION 2 – L'INFLUENCE DU JUGE DE L'UNION EUROPÉENNE SUR LA MISE EN ŒUVRE DES SANCTIONS PAR LE JUGE NATIONAL

108. Le pouvoir d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne lui permet d'encadrer l'intervention du juge national lors d'un procès (§1), ainsi que le rôle des associations de consommateurs (§2). D'une manière plus indirecte, le juge de l'Union peut influencer le prononcé éventuel d'une sanction en précisant les éléments constitutifs d'une infraction, par exemple d'une pratique commerciale déloyale (§3).

§1 – L'étendue des pouvoirs d'intervention du juge national

109. La Cour de justice de l'Union européenne a développé une jurisprudence abondante relative au relevé d'office³⁸⁵ du juge national quant aux dispositions protectrices du consommateur issues du droit de l'Union. L'interprétation du juge de l'Union influence donc le pouvoir de sanction du juge national en ce qu'il trace le contour de son intervention et donc de l'éventuel prononcé d'une sanction. Le juge de l'Union estime qu'en dehors des clauses abusives, le relevé d'office reste une faculté pour le juge national³⁸⁶ (A). En effet, le caractère

³⁸⁴ Point 35.

³⁸⁵ V. STRICKLER Yves, « L'office du juge et les principes », HAL, 2012 (article tiré d'une session de formation continue ENM, Paris, 29 mars 2012 : « L'office du juge : quels pouvoirs ? Quelles décisions ? ») ; BEKA Anthi, *The Ex Officio Doctrine in European Consumer Law. A Procedural Tool Invigorating Individual Consumer Legislation*, thèse, Luxembourg 2015 ; CASTILLO DE LA TORRE Fernando, « Le relevé d'office par la juridiction communautaire », Cah. dr. eur., vol. 41, n° 3-4, 2005, pp. 395-463 ; « Examen d'office par le juge national du caractère abusif de la clause », Lamy droit économique 2016, n° 5183.

³⁸⁶ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Régime européen des sanctions », RTD eur. 2014, p. 724, n° 4.

d'intérêt public de la protection du consommateur en matière de clauses abusives impose au juge de relever d'office ces dernières lors d'un litige (B).

A. La faculté du juge de relever d'office les dispositions protectrices des consommateurs

110. La faculté pour le juge de relever d'office des dispositions protectrices du consommateur a été affirmée par la Cour de justice pour les dispositions relatives au démarchage à domicile, au contrat de crédit à la consommation et à la garantie de conformité dans la vente.

La Cour de justice a ainsi décidé que le juge national avait la faculté de relever d'office les dispositions relatives au démarchage à domicile à l'occasion de l'arrêt *Martín Martín*³⁸⁷ du 17 décembre 2009. En effet, la Cour a estimé que le juge national pouvait relever d'office la violation par le professionnel de l'obligation qui lui est faite d'informer le consommateur de sa faculté de résiliation d'un contrat de vente conclu hors établissement commercial. La Cour précise également que le juge national pouvait déclarer d'office la nullité de ce contrat alors même que cette sanction n'avait pas été invoquée par le consommateur³⁸⁸.

La Cour de justice a également admis la faculté pour le juge national de relever d'office les dispositions relatives au contrat de crédit à la consommation. Dans l'arrêt *Rampion* du 4 octobre 2007³⁸⁹, la Cour de justice des Communautés européenne a affirmé que « *le juge français devait pouvoir relever d'office un moyen tiré de la méconnaissance par le professionnel des conditions de régularité de l'offre de crédit à la consommation* »³⁹⁰. Le nouvel article L. 141-4 alinéa 1 du code de la consommation français, créé par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, dispose que le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du code

³⁸⁷ CJUE, 17 déc. 2009, *Martín Martín*, aff. C-227/08, D. 2010. 146 ; *ibid.* 790, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD eur. 2010. 695, chron. C. Aubert de Vincelles ; Europe 2010. Comm. 88, obs. L. Idot ; RDC 2010. 652, note C. Aubert de Vincelles ; RED consom. 2011. 383, note M. Depince.

Le juge espagnol demandait à la Cour « *si l'article 4 de la directive [85/577/CEE du 20 décembre 1985] doit être interprété en ce sens qu'il permet à une juridiction nationale de relever d'office la violation de cette disposition et de déclarer la nullité d'un contrat relevant du champ d'application de cette directive au motif que le consommateur n'a pas été informé de son droit de résiliation, alors même que cette nullité n'a à aucun moment été invoquée par le consommateur devant les juridictions nationales compétentes* » (point 18).

³⁸⁸ La Cour nuance son propos en précisant que dans certaines circonstances, le juge national doit tenir compte de la volonté du consommateur de ne pas voir annuler le contrat (point 35). La Cour renvoie par analogie à l'arrêt *Pannon GSM*, aff. C-243/08, point 33.

³⁸⁹ CJCE, 4 oct. 2007, *Rampion*, aff. C-429/05, D. 2008. Jur. 458, note Claret ; RTD com. 2008. 403, obs. Legeais ; JCP 2008. II. 10031, note G. Paisant ; CCC 2007. Comm. 12, obs. G. Raymond ; AVENAROBARDER Valérie, « Crédit à la consommation : l'office du juge retrouvé », D. 2009, p. 365.

³⁹⁰ Rapport n° 111 de M. Gérard CORNU, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 5 déc. 2007, relatif au Projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, « Examen des articles », Titre II, Chapitre III « Dispositions diverses », art. L. 141-4 [nouveau] du code de la consommation (<http://www.senat.fr/rap/107-111/107-111.html>, dernière consultation le 29 avr. 2016).

de la consommation « *dans les litiges nés de son application* » et met ainsi fin à la divergence qui existait entre la jurisprudence de la Cour de cassation française et celle de la Cour de justice³⁹¹. Nous pouvons nous demander pourquoi cette faculté du juge national de relever tout manquement au code de la consommation n'a pas été étendue au droit de la consommation dans sa globalité³⁹².

La faculté de relever d'office pour le juge national a également été affirmée à propos des sanctions puis de la présomption issues de la garantie de conformité dans la vente. Tout d'abord, la Cour de justice a renforcé l'office du juge en matière de vente³⁹³ en admettant la possibilité pour le juge national de relever d'office certaines dispositions relatives à la conformité des biens de consommation. En effet, la Cour a estimé dans l'arrêt *Duarte Hueros*³⁹⁴ du 3 octobre 2013 que, dans le cadre d'un défaut de conformité d'un bien de consommation, le juge national doit pouvoir, en application de la directive 1999/44/CE relative à la protection des consommateurs en matière de vente et de garantie des biens de consommation, relever d'office la réduction du prix lorsque la résolution de la vente n'est pas accordée.

Puis, à l'occasion de l'arrêt *Faber* du 4 juin 2015³⁹⁵, le juge de l'Union européenne a confirmé que le juge national pouvait relever d'office, en l'espèce dans le cadre d'un appel, l'article 5, paragraphe 3, de la directive 1999/44/CE qui dispose que les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont présumés

³⁹¹ M. Ghislain Poissonnier explique que « *les parlementaires avaient une parfaite connaissance du problème posé par la jurisprudence de la Cour de cassation qui, depuis 1995, estime que le juge ne peut pas relever d'office un moyen de droit tiré de la violation d'une réglementation relevant de l'ordre public de protection, solution appliquée depuis 2000 aux dispositions d'ordre public du droit de la consommation* » (POISSONNIER Ghislain, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », D. 2008, p. 1285).

³⁹² Comme l'explique M. Julien Jérôme, « *[l]e droit de la consommation, même si la remarque ne lui est pas propre, se trouve en partie – en grande partie – hors du Code de la consommation* » (JULIEN Jérôme, « Les contrats du droit de la consommation », LPA, 28 nov. 2012, n° 238, p. 27). Ainsi le Code de la consommation n'envisage qu'une partie du droit de la consommation. Le droit de la consommation se retrouve dans d'autres codes (Code des assurances, art. L. 112-2-1, L. 112-9 et L132-5-1 relatifs à la fourniture à distance d'opération d'assurance ; Code du tourisme) ainsi que dans des lois non codifiées (jusqu'à l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales dont l'art. 6 était relatif au contrat de courtage matrimonial et notamment au formalisme informatif exigé ainsi que les sanctions encourues (abrogé par l'art. 34 de l'ord. – à partir du 1^{er} juillet 2016, la réglementation des contrats de courtage matrimonial sera intégrée aux art. L. 224-90 à L. 224-95, L. 242-32 ; ou encore la loi de 1989 relative aux baux d'habitation). V. FENOUILLET D. et LABARTHE F. (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, Economica, 2002 ; v. également sur la question de la codification du droit de la consommation et de l'autonomie de celle-ci par rapport au droit civil : STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », RTD com. 2012, p. 705.

³⁹³ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Régime européen des sanctions », RTD eur. 2014, p. 724, n° 4.

³⁹⁴ CJUE, 3 oct. 2013, *Duarte Hueros*, aff. C-32/12.

³⁹⁵ CJUE, 4 juin 2015, *Faber*, aff. C-497/13.

exister au moment de la délivrance³⁹⁶. La Cour attribue la qualité de norme d'ordre public à cette disposition et en conclut la possibilité pour le juge national d'en opérer le relevé d'office « [é]tant donné la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection assurée aux consommateurs [...] »³⁹⁷.

111. Cependant, la jurisprudence de la Cour de justice relative au relevé d'office du juge national concerne surtout la réglementation des clauses abusives.

B. L'obligation du juge de relever d'office les clauses abusives

112. La « saga jurisprudentielle »³⁹⁸ relative au relevé d'office des clauses abusives a été initiée par l'arrêt *Océano Grupo* du 27 juin 2000 et est toujours en cours avec l'affaire *Robirosa Carrera et Romera Navales* dont la question préjudicielle a été posée le 23 janvier 2015. Mme Élise Poillot explique que cette jurisprudence est née du constat des juges nationaux de la faiblesse procédurale du consommateur³⁹⁹. Mme Carole Aubert de Vincelles rappelle que « [l]'office de juge national dans l'éradication des clauses abusives s'inscrit dans le principe d'autonomie procédurale des États membres, principe qui connaît deux limites traditionnelles depuis une jurisprudence trentenaire de la Cour de justice : le principe d'équivalence et le principe d'effectivité. [...] C'est au nom de ce dernier principe que s'est construite la jurisprudence de la Cour de justice quant à l'office du juge national de manière à assurer l'effectivité des droits issus de l'Union européenne, quels que soient les obstacles procéduraux des États membres »⁴⁰⁰. Cela a notamment conduit la Cour de justice à déduire le caractère obligatoire du relevé d'office des clauses abusives par le juge national en raison du caractère d'intérêt public attribué à la protection du consommateur. La jurisprudence de la Cour fournit également de nombreux détails encadrant cette intervention du juge.

³⁹⁶ Cette disposition allège la charge de la preuve qui incombe au consommateur quant à l'antériorité du défaut à la livraison du bien, celui-ci étant uniquement tenu de prouver d'une part que le bien objet de la vente n'est pas conforme au contrat, et d'autre part que le défaut de conformité est apparu dans les six mois suivant la délivrance du bien (points 70 et 71).

³⁹⁷ Arrêt *Faber*, *op. cit.*, point 56. V. communiqué de presse de la CJUE n° 63/15 du 4 juin 2015, « La Cour clarifie les règles concernant la protection des consommateurs en matière de vente et de garantie des biens de consommation » ; « Vente et garantie des biens de consommation : protection du consommateur », SJE n° 24, 11 juin 2015, act. 489 ; COULON Cédric, « Responsabilité du vendeur et révélation du défaut de conformité : des précisions sur la garantie des biens de consommation », RCA n° 9, sept. 2015, alerte 26.

³⁹⁸ POILLOT Élise, « Le droit européen de la consommation », RLDA n° 105, juin 2015, p. 80, spéc. p. 84.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle », RTD Eur. 2013, p. 559, n° 8.

113. Avant d'affirmer l'obligation pour le juge national de relever d'office une clause abusive, la Cour de justice avait affirmé le fait qu'il devait en avoir la faculté. Ainsi dans l'arrêt *Océano Grupo*⁴⁰¹ du 27 juin 2000, « les juges nationaux [avaient] interrog[é] la Cour de justice sur le point de savoir si la directive sur les clauses abusives ne permettait pas au juge national d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause du contrat »⁴⁰². Puis dans l'arrêt *Cofidis* du 21 novembre 2002⁴⁰³, les juges posaient la question de savoir si la même directive impliquait le pouvoir du juge « d'écarter des règles de procédure faisant obstacle à l'application des dispositions de la directive »⁴⁰⁴. La Cour répondit par la positive à ces deux interrogations.

La Cour de justice va plus loin à l'occasion de l'arrêt *Pannon*⁴⁰⁵ du 4 juin 2009 en affirmant que le juge national n'a plus la faculté mais le devoir d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires. La Cour réitérera cette déclaration dans l'arrêt *Asturcom Telecomunicaciones*⁴⁰⁶ du 6 octobre 2009, l'arrêt *Invitel*⁴⁰⁷ du 26 avril 2012 puis dans l'arrêt *Pohotovost*⁴⁰⁸ du 27 février 2014.

⁴⁰¹ CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo*, aff. C-240/98 à C-244-98 (contrat de vente à tempérament conclu avec un consommateur), JCP G 2001, II, n° 10513, note Paisant G. et Carbello Fidalgo M., RED consom. 2000, n° 3, p. 261, note Bernardeau L., JCP E 2001, Cah. dr. entre., Fasc. 2, p. 23, note Masquefa C., RDT civ. 2000, p. 939, obs. Raynard J., RTD civ. 2001, p. 878, obs. Mestre J. et Fages B.

⁴⁰² POILLOT Élise, « Le droit européen de la consommation », RLDA n° 105, juin 2015, p. 80 et s., spéc. p. 84.

⁴⁰³ CJCE, 21 nov. 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00 (contrat de crédit conclu avec un consommateur), Rec. CJCE, I, p. 10875, D. 2002, p. 3339, obs. Avéna-Robardet V., D. 2003, p. 486, note Nourissat C., RLDA 2003/57, n° 3587, obs. David R., JCP G 2003, I, n° 107, n° 9, obs. Jazottes G., JCP G 2003, II, n° 10082, note Paisant G., JCP G 2003, I, n° 142, p. 1097, obs. Lagarde X.

⁴⁰⁴ POILLOT Élise, « Le droit européen de la consommation », *op. cit.* Dans cette affaire la Cour de l'Union estime qu'est contraire à la directive relative aux clauses abusives la réglementation nationale qui interdit au juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause à l'expiration d'un délai de forclusion.

⁴⁰⁵ CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, aff. C-243/08 (contrat d'abonnement relatif à la fourniture de services de téléphonie mobile conclu avec un consommateur), point 32. Au point 31 la Cour se réfère au point 38 de l'arrêt *Mostaza Claro* (aff. C-168/05). V. CJCE, 26 oct. 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05 (contrat d'abonnement à une ligne de téléphonie mobile conclu avec un consommateur), D. 2006, p. 2910, note Avena-Robardet, IDOT Laurence, « Clauses abusives et recours à l'arbitrage », Europe n° 12, déc. 2006, comm. 378 ; CJUE, 9 juill. 2015, *Bucura*, aff. C-348/14 (contrat de crédit à la consommation), DANIEL Élise, « Clauses abusives », Europe n° 10, oct. 2015, comm. 391.

⁴⁰⁶ CJCE, 6 oct. 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08 (contrat d'abonnement de téléphonie mobile), point 60, Paisant G., « L'obligation de relever d'office du juge national », JCP G 2009, p. 336, D. 2009, p. 2312, note Poissonnier G.

Dans l'affaire *Asturcom Telecomunicaciones* du 6 octobre 2009, le juge espagnol demanda à la Cour de justice « si la directive 93/13 [devait] être interprétée en ce sens qu'une juridiction nationale saisie d'un recours en exécution forcée d'une sentence arbitrale ayant acquis la force de chose jugée, rendue sans comparution du consommateur, est tenue de relever d'office le caractère abusif de la clause d'arbitrage contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et ce consommateur ainsi que d'annuler ladite sentence » (point 28). Ce à quoi la Cour répondit par l'affirmative (point 60).

⁴⁰⁷ CJUE, 26 avril 2012, *Invitel*, aff. C-472/10 (contrat de communication électronique conclu avec les consommateurs – téléphone fixe), point 41, D. 2012, p. 1182, et 2013, p. 945, obs. É. Poillot, RTD eur. 2012, p. 666, obs. C. Aubert de Vincelles.

Dans l'affaire *Invitel*, le juge part du principe de l'effectivité du droit de la consommation mais pas par rapport à ses sanctions⁴⁰⁹ : le juge national a l'obligation de relever d'office une clause abusive, clause qui ne lie pas le consommateur, afin d'assurer la protection des consommateurs qui repose sur un intérêt public. Nous retrouvons ici l'influence du juge européen sur le législateur national puisque sa « *jurisprudence est désormais consacrée* »⁴¹⁰ par l'introduction d'un second alinéa à l'ancien article L. 141-4 [actuel art. R. 632-1 depuis le 1^{er} juill. 2016] du Code de la consommation français par la loi du 17 mars 2014⁴¹¹ qui dispose que « *[le juge] écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat* ». Si aucune disposition identique n'a été introduite dans le Code de la consommation luxembourgeois, la jurisprudence est conforme à celle de la Cour de justice puisqu'elle rappelle de manière constante l'obligation pour le juge luxembourgeois de relever d'office les clauses abusives⁴¹².

114. La jurisprudence de la Cour de justice a fourni de nombreuses informations relatives aux modalités d'exercice du relevé d'office des clauses abusives par le juge national.

Dans l'arrêt *VB Pénzügyi Lizing* du 9 novembre 2010, la Cour a estimé que le juge national avait l'obligation de relever les clauses abusives « *au besoin en ordonnant d'office des mesures d'instruction si les faits n'étaient pas dans le débat* »⁴¹³. Puis à l'occasion de l'affaire *Jorös*⁴¹⁴ du 30 mai 2013, la Cour a confirmé l'obligation du juge de relever les clauses abusives même s'il n'est pas compétent pour annuler une clause du contrat⁴¹⁵. De la même manière, le juge doit pouvoir relever une clause abusive pour la première fois en appel⁴¹⁶. Ensuite, le juge de l'Union a déclaré contraire à la directive 93/13/CEE la législation nationale qui empêche le juge de soulever d'office le caractère abusif d'une clause dans le

⁴⁰⁸ CJUE, 27 févr. 2014, *Pohotovost*, aff. C-470/12 (contrat de crédit à la consommation), point 42.

⁴⁰⁹ Point 41.

⁴¹⁰ SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha in GHESTIN Jacques (dir.), « Droit des contrats », SJEG n° 46-47, 10 nov. 2014, doctr. 1195, n° 1.

⁴¹¹ L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400, texte n° 1.

⁴¹² V. jurisprudence citée par M. Georges Ravarani : RAVARANI Georges, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasirisie luxembourgeoise 2014, 3^{ème} édition, 2014, n° 770.

⁴¹³ LE GAC-PECH Sophie, « Coup de projecteur sur le contrôle des clauses abusives », SJE n° 30, 23 juill. 2015, 1375, p. 7. Sur ce point v. CJUE, 9 nov. 2010, *VB Pénzügyi Lizing Zrt*, aff. C-137/08, Europe 2011, comm. 28, RDC 2011, p. 504, note C. Aubert de Vincelles, D. 2011, p. 974, obs. E. Poillot, RDT eur. 2011, p. 173, chron. L. Coutron et p. 632, obs. C. Aubert de Vincelles.

⁴¹⁴ CJUE, 30 mai 2013, *Jorös*, aff. C-397/11, Europe 2013, comm. 322, obs. A. Bouveresse, RTDE 2013, p. 559, n° 9, obs. C. Aubert de Vincelles.

⁴¹⁵ Point 52.

⁴¹⁶ Points 23 à 38.

cadre d'une procédure d'injonction de payer dans les arrêts *Banco Español de Crédito*⁴¹⁷ du 14 juin 2012 et *Banif Plus Bank*⁴¹⁸ du 21 février 2013 relatifs à un contrat de prêt conclu avec un consommateur. Puis à l'occasion des arrêts *Aziz*⁴¹⁹ du 14 mars 2013 et *Sánchez Morcillo*⁴²⁰ du 17 juillet 2014 concernant un contrat de prêt hypothécaire, la Cour a précisé que le consommateur devait pouvoir invoquer le caractère abusif d'une clause à tous les stades de la procédure de saisie immobilière. Dans les arrêts *Banif Plus Bank*⁴²¹ du 23 février 2013 et *Asbeek Brusse et de Man Garabito*⁴²² du 30 mai 2013, la Cour de justice a précisé que lorsque le juge national constate d'office le caractère abusif d'une clause du contrat, il doit informer les parties et les inviter à présenter leurs observations, afin de respecter le principe du contradictoire, avant de tirer les conséquences de ce constat. Enfin nous devons mentionner que l'office du juge en matière de clauses abusives peut directement influencer la sanction de celle-ci. Les arrêts *Asbeek Brusse et de Man Garabito*⁴²³ précité, *Unicaja Banco et Caixabank*⁴²⁴ du 21 janvier 2015 et *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*⁴²⁵ du 11 juin 2015 ont permis à la Cour de préciser que le juge ne peut pas réécrire les clauses qu'il a jugées abusives puisque « *cette faculté contribuerait à éliminer l'effet dissuasif exercé sur les professionnels par la pure et simple non-application* »⁴²⁶.

Nous devons ensuite mentionner l'arrêt *Van Hove*⁴²⁷ du 23 avril 2015 qui a été l'occasion pour la Cour de justice de fixer l'étendue du contrôle du juge à travers l'interprétation de

⁴¹⁷ CJUE, 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, aff. C-618/10.

⁴¹⁸ CJUE, 21 févr. 2013, *Banif Plus Bank*, aff. C-472/11 (contrat de crédit conclu avec un consommateur), Moracchini-Zeidenberg S., « Respect du contradictoire au moment du relevé d'office par le juge », JCP E 2013, étude 12226.

⁴¹⁹ CJUE, 14 mars 2013, *Aziz*, aff. C-415/11, Europe 2013, comm. 228.

⁴²⁰ CJUE, 17 juill. 2014, *Sánchez Morcillo*, aff. C-169/14, SIMON Denys, « Droit au recours juridictionnel effectif », Europe n° 10, oct. 2014, comm. 369 ; sur le doute de la conformité du droit français voir obs. Poillot É., « Droit de la consommation », D. 2015, p. 596.

⁴²¹ CJUE, 23 févr. 2013, *Banif Plus Bank*, *op. cit.*, point 42, 1).

⁴²² CJUE, 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, aff. C-488/11, point 61, 2) (contrat de bail conclu avec un consommateur), RLDA 2013/84, n° 4682, obs. Lalot L., Europe 2013, comm. 321, obs. A. Bouveresse.

⁴²³ *Ibid*, point 61, 3) : « [l] 'article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens qu'il ne permet pas au juge national, lorsqu'il a établi le caractère abusif d'une clause pénale dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de se limiter, comme l'y autorise le droit national, à modérer le montant de la pénalité mise par cette clause à la charge de ce consommateur, mais lui impose d'écarter purement et simplement l'application de ladite clause à l'égard du consommateur ».

⁴²⁴ CJUE, 21 janv. 2015, *Unicaja Banco et Caixabank*, aff. C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13 (contrat hypothécaire conclu avec un consommateur), point 43, DANIEL Élise, « Clauses abusives », Europe n° 3, mars 2015, comm. 126 ; AUBERT DE VINCELLES Carole, « Chronique de droit européen des contrats », Contrats-conc.-consom. n° 4, avr. 2015, chron. 2, spéc. n° 11.

⁴²⁵ CJUE, 11 juin 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, aff. C-602/13, point 55, 1), MOSBRUCKER Anne-Laure, « Clauses abusives », Europe n° 8-9, août 2015, comm. 349.

⁴²⁶ MOSBRUCKER Anne-Laure, *op. cit.*

⁴²⁷ CJUE, 23 avril 2015, *Van Hove*, aff. C-96/14, RIGAUX Anne, « Clauses abusives », Europe n° 6, juin 2015, comm. 244.

l'article 4, paragraphe 2 de la directive 93/13/CEE relatif à l'exception du contrôle du caractère abusif des clauses contractuelles. En l'espèce, l'appréciation de la Cour a donc porté sur les notions d' « objet principal du contrat » et de « rédaction claire et compréhensible » des clauses du contrat⁴²⁸.

Ainsi la Cour « *fixe les limites des prérogatives judiciaires* » en établissant « *les bornes matérielles et procédurales du contrôle des clauses abusives* »⁴²⁹. Mme Anne Rigaux va jusqu'à soutenir que « *[l]a Cour dans cette affaire va largement abuser de sa subsidiarité juridictionnelle* »⁴³⁰. En effet, Mme Le Gac-Pech allègue que la Cour « *restreint considérablement la portée [du principe de l'exception au mécanisme de contrôle de fond des clauses abusives] en consacrant une interprétation extensive de ses limites* » puisque « *l'absence de clarté justifie un examen au fond* »⁴³¹. En effet l'auteur poursuit et explique que « *[l]e respect de ses obligations légales d'information par le professionnel ne le met pas à*

⁴²⁸ Dans cette affaire, la Cour de justice de l'Union européenne va orienter le tribunal de grande instance de Nîmes quant au contrôle des clauses abusives en droit de la consommation (pour la question de l'extension du contrôle des clauses abusive au droit commun v. BICHERON Frédéric, « N'abusons pas de la clause abusive », Gaz. Pal. 29 avr. 2015, n° 119-120, p. 24 ; CHAGNY Muriel, « Vent de réforme : du contrat à la concurrence et vice versa ? », AJCA 2015, n° 4, p. 145 ; LE GAC-PECH Sophie, « Du nouveau sur les clauses abusives entre professionnels ? », JCP E 2015, 1002, obs. sous Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-13576 ; BOFFA Romain, « Juste clause (et injuste clause) », D. 2015, p. 335, n° 17 et s. (l'auteur juge excessive et dangereuse l'introduction de la clause abusive dans le Code civil) ; LE GAC-PECH Sophie, « Sanction et démesure », SJEJA n° 17, 23 avr. 2015, 1207, note sous Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27525).

En l'espèce la Cour se prononce quant au fait de savoir si le juge doit analyser ou non le caractère abusif d'une « *clause contractuelle incluse dans un contrat d'assurance comportant la définition de l'incapacité totale de travail au titre de la prise en charge par [la CNP Assurances SA] des échéances de prêt immobiliers par M. Van Hove* » (Point 2). Le juge français a demandé à la Cour de justice d'interpréter l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs qui énonce une exception à l'étude du caractère abusif d'une clause. En effet, cet article dispose que « *[l]'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part* ». L'article poursuit en posant une exception à l'exception puisque le caractère abusif de ces clauses ne saurait être analysé « *pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ». Le tribunal français demande à la Cour de justice si cette article doit être interprété « *en ce sens que la notion de clause portant sur la définition de l'objet principal du contrat, visée à cette disposition, recouvre une clause stipulée dans un contrat d'assurance visant à garantir la prise en charge des échéances dues au prêteur en cas d'incapacité totale de travail de l'emprunteur, qui exclut l'assuré du bénéfice de cette garantie s'il est déclaré apte à exercer une activité non rémunérée* » (point 25). La Cour de justice va expliquer successivement les notions d' « objet du contrat » et de « rédaction claire et compréhensible ». Tout d'abord, la clause en question porte sur la définition de l'objet principal du contrat (ce qui ne permet pas au juge d'analyser son éventuel caractère abusif) si elle fixe un élément essentiel de l'ensemble contractuel (point 38). Ensuite, la clause est rédigée de manière claire et compréhensive (ce qui là encore empêche le juge d'analyser son éventuel caractère abusif) si elle est grammaticalement intelligible pour le consommateur (point 43) et que le contrat expose de « *manière transparente le mécanisme concret auquel se réfère la clause* », ainsi que sa relation avec d'autres clauses du contrat afin que « *le consommateur soit mis en mesure d'évaluer [...] les conséquences économiques qui en découlent pour lui* » (point 51).

⁴²⁹ LE GAC-PECH Sophie, « Coup de projecteur sur le contrôle des clauses abusives », SJEJA n° 30, 23 juill. 2015, 1375, p. 4.

⁴³⁰ RIGAUX Anne, « Clauses abusives », Europe n° 6, juin 2015, comm. 244.

⁴³¹ LE GAC-PECH Sophie, *op. cit.*, p. 4.

l'abri d'une éventuelle censure sur le fondement des clauses abusives », la Cour de justice exigeant la clarté de la clause contractuelle dans un sens double, clair au sens formel, autrement dit grammaticalement correcte, mais aussi intelligibilité, autrement dit comprise du consommateur⁴³². Cependant, le même auteur tempère son propos puisque cette interprétation extensive de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 93/13/CE correspond à « *l'exigence de bonne foi, d'équilibre et de transparence posée par [celle-ci]* »⁴³³ et donc à l'objectif de protection du consentement du consommateur⁴³⁴.

115. Enfin nous devons mentionner la récente question préjudicielle du 23 janvier 2015 dans le cadre de l'affaire *Robirosa Carrera et Romera Navales*⁴³⁵. En l'espèce, un juge espagnol pose une question relative à l'interprétation de l'article 7 de la directive 93/13/CEE relatif à l'obligation qui incombe aux États membres de veiller à ce que des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'existence de clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel. La question est de savoir si deux dispositions de procédure civile espagnole sont conformes à cet article.

116. Mme Élise Poillot fait le constat de l'immixtion de la Cour de justice dans le droit procédural des États membres⁴³⁶ et relève les deux raisons invoquées par la Cour⁴³⁷. Il s'agit d'une part de la situation d'infériorité du consommateur⁴³⁸, et d'autre part de l'intérêt public de la directive relative aux clauses abusives⁴³⁹. Mme Carole Aubert de Vincelles conclut également que « *la Cour de justice [...] limit[e] le principe d'autonomie procédurale des*

⁴³² Sur l'exigence d'intelligibilité comprise de manière extensive v. CJUE, 30 avr. 2014, *Kásler et Káslerné Rábai*, aff. C-26/13, points 71 et 72, CJUE, 26 févr. 2015, *Matei*, aff. C-143/13, point 73.

⁴³³ LE GAC-PECH Sophie, *op. cit.*, p. 8.

⁴³⁴ La Cour rappelle que l'exception au mécanisme de contrôle de fond des clauses abusives doit être interprété de manière stricte (point 31 : v. *Kásler et Káslerné Rábai*, point 42 et *Matei*, point 49). De plus, l'examen d'une clause contractuelle pour déterminer si elle relève de la notion d'« objet principal du contrat » se fait « *au regard de la nature, de l'économie générale et de l'ensemble des stipulations du contrat ainsi que de son contexte juridique et factuelle (sic)* » (*Kásler*, points 50 et 51). La Cour rappelle également que le consommateur doit être en mesure d'évaluer les conséquences économiques de l'opération en cause (CJUE, 10 sept. 2014, *Kušinová*, aff. C-34/13, point 73, *Kásler*, points 72 et 73, et *Matei*, point 74).

⁴³⁵ CJUE, 23 janv. 2015, *Robirosa Carrera et Romera Navales*, aff. C-570/14.

⁴³⁶ POILLOT Élise, « Le droit européen de la consommation », RLDA n° 105, juin 2015, p. 80, spéc. p. 84. Dans ses développements, l'auteur montre que « *[l]a conception retenue de l'effectivité en droit européen de la consommation a été l'œuvre de juges nationaux* » puisque « *ces juges ont fait du droit de l'Union un instrument de l'effectivité du droit interne de la consommation* » (*ibid*, p. 80). Autrement dit, leur objectif était que « *chaque droit que les consommateurs tirent du droit de l'Union puisse être mis en œuvre au sein des ordres juridiques nationaux* » (*ibid*).

⁴³⁷ POILLOT Élise, *op. cit.*, p. 85.

⁴³⁸ Arrêt *Océano Grupo*, point 27.

⁴³⁹ Arrêt *Mostaza Claro*, point 38.

États membres en imposant aux juges nationaux un rôle intrusif dans le litige »⁴⁴⁰. Selon le même auteur, « [l]’office du juge est particulièrement important et renforcé dans le cadre de la directive sur les clauses abusives car la Cour de justice estime que la protection des consommateurs est ici « d’intérêt public » du fait de la situation d’infériorité dans laquelle ils se trouvent et qui ne peut être comblée que par une intervention extérieure »⁴⁴¹.

L’influence du juge de l’Union sur l’office du juge national, et donc sur le prononcé éventuel d’une sanction, fait écho à l’harmonisation anticipée de certaines procédures de règlement des litiges opérée par le législateur européen. Si l’intervention du législateur de l’Union européenne et de la Cour de justice en matière procédurale est motivée par un objectif de protection des consommateurs, à travers l’effectivité de la sanction, et peut donc être saluée à ce titre, nous pouvons regretter le nombre trop faible d’initiatives sur le fond du droit, à travers l’harmonisation de certaines sanctions aux obligations d’information d’origine européenne.

117. Après avoir résumé l’influence de la Cour de justice sur l’intervention du juge national au procès, il convient d’évoquer celle exercée sur les possibilités d’action des associations de consommateurs.

§2 – Le rôle des associations de consommateurs

118. Mme Carole Aubert de Vincelles évoque le fait que la mise en œuvre des sanctions, leur effectivité, est le fruit du juge mais aussi des associations de consommateurs⁴⁴². Ainsi la Cour de justice s’est prononcée sur les limites de l’action en cessation des clauses abusives des associations de consommateurs à l’occasion de l’arrêt *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*⁴⁴³ du 5 décembre 2013. La Cour estime que la loi espagnole qui prévoit que l’action en cessation exercée par une association de consommateurs « doit être portée devant les juridictions du lieu de l’établissement ou du domicile du

⁴⁴⁰ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle », RTD Eur. 2013, p. 559, n° 9. En l’espèce l’auteur se réfère aux arrêts *Jorös* et *Aziz*.

⁴⁴¹ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle », RTD Eur. 2013, p. 559, n° 8.

⁴⁴² AUBERT DE VINCELLES Carole, « Régime européen des sanctions », RTD eur. 2014, p. 724, n° 2 et 3.

⁴⁴³ CJUE, 5 déc. 2013, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, aff. C-413/12, BERLIN Dominique, « Une association de défense des consommateurs n’est pas un consommateur », SJEG n° 51, 16 déc. 2013, p. 1353, Europe 2014, comm. 99, obs. F. Gazin.

défendeur et, d'autre part, la décision d'incompétence territoriale rendue par une juridiction de première instance n'est pas susceptible d'appel »⁴⁴⁴ est conforme à la directive 93/13/CEE ainsi qu'aux principes d'effectivité et d'équivalence du droit de l'Union. Dans cette affaire, le juge de l'Union affirme qu'une association de consommateurs ne bénéficie pas de la même protection que le consommateur puisque celle-ci est justifiée par sa situation d'infériorité face au professionnel.

La Cour de justice s'est ensuite prononcée sur les limites de l'action en intervention des associations de consommateurs dans l'arrêt *Pohotovost*,⁴⁴⁵ du 27 février 2014. Une association de consommateurs souhaitait intervenir au soutien d'un débiteur défaillant dans une procédure d'exécution d'une sentence arbitrale le condamnant à payer une certaine somme au prêteur professionnel. Pour justifier son intervention, l'association arguait que le consommateur n'avait pas été suffisamment informé, que la juridiction n'avait pas étudié d'office la clause compromissoire abusive, et n'aurait pas donné de conséquences juridiques à l'absence d'indication du taux effectif global dans le contrat de crédit à la consommation⁴⁴⁶.

Était en cause « [l]e droit slovaque [qui] autorise [...] l'application d'une clause compromissoire dans les litiges de consommation, comme en l'espèce, et interdit toute intervention de tiers au cours de la procédure d'exécution d'une décision judiciaire ou d'une sentence arbitrale »⁴⁴⁷. La Cour de justice estime que la loi slovaque qui n'admet pas « l'intervention d'une association de protection de consommateurs au soutien d'un consommateur considéré dans une procédure d'exécution, diligentée contre ce dernier, d'une sentence arbitrale définitive »⁴⁴⁸ n'est pas contraire à la directive 93/13/CEE, ni aux articles 38 et 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relatifs respectivement à la protection des consommateurs et au droit à un recours effectif et à l'accès à un tribunal partial.

119. La Cour de justice a également influencé de manière indirecte la mise en œuvre d'une sanction à une obligation légale d'information par le juge national en précisant les éléments constitutifs d'une infraction d'origine européenne.

⁴⁴⁴ Point 54.

⁴⁴⁵ CJUE, 27 févr. 2014, *Pohotovost*, aff. C-470/12 (contrat de crédit à la consommation), RTD eur. 2014, p. 724, obs. C. Aubert de Vincelles, et p. 907, obs. L. Coutron, BENOIR-ROHMER Florence, « Protection des consommateurs (art. 38 de la Charte) », RTD eur. 2015, p. 181.

⁴⁴⁶ Point 16.

⁴⁴⁷ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Régime européen des sanctions », RTD eur. 2014, p. 724, n° 3.

⁴⁴⁸ Point 62.

§3 – La détermination des éléments constitutifs d’une infraction⁴⁴⁹

120. Nous avons vu à travers l’exemple de la réglementation des clauses abusives que la Cour de justice de l’Union européenne peut influencer la mise en œuvre par le juge national des sanctions aux obligations légales d’information en encadrant son pouvoir d’intervention au procès. La Cour de justice de l’Union européenne a également influencé de manière indirecte la mise en œuvre des sanctions en indiquant au juge national les éléments constitutifs d’une infraction, la caractérisation de celle-ci pouvant potentiellement donner lieu au prononcé d’une sanction. Le juge de l’Union a ainsi précisé la notion de pratique commerciale trompeuse et éclaircit l’articulation entre les divers mécanismes de qualifications de l’infraction contenus dans la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales⁴⁵⁰.

121. L’arrêt *Ving Sverige* du 12 mai 2011 a tout d’abord été l’occasion pour la Cour de justice de clarifier la notion d’« invitation à l’achat »⁴⁵¹. En effet, seules les publicités contenant une invitation à l’achat doivent comporter certaines informations substantielles énumérées par la directive⁴⁵² sous peine d’être caractérisées d’omissions trompeuses en vertu de l’article 7, paragraphes 1 et 2⁴⁵³. La Cour adopte une interprétation large⁴⁵⁴ en estimant qu’est une invitation à l’achat une simple offre de vente, autrement dit une offre comprenant

⁴⁴⁹ Il faut préciser qu’on entend par « infraction » tout acte contraire à la loi, autrement dit l’« action d’enfreindre une règle ou un ordre » (CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, PUF, 8^{ème} éd., mise à jour « Quadrige », 2007, v. « infraction », p. 491). Dans son sens étroit, ce terme désigne un comportement prohibé par la loi pénale (un terme plus neutre serait celui de violation ou manquement). Ainsi, les pratiques commerciales déloyales constituent une infraction pénale, et plus précisément un délit, en droits français et luxembourgeois de la consommation. Cependant, nous précisons que le terme infraction est utilisé dans son sens général puisqu’il est ainsi utilisé par l’Union européenne. En effet, le législateur de l’Union n’a pas imposé aux États membres d’ériger la pratique commerciale trompeuse en délit pénal et la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales n’emploie ni le terme d’infraction ni celui de délit.

⁴⁵⁰ Dir. 2005/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

⁴⁵¹ CJUE, 12 mai 2011, *Ving Sverige*, aff. C-122/10, CCC 2011, comm. 205, obs. G. Raymond, RTD Eur. 2013, C. Aubert de Vincelles.

⁴⁵² Art. 7, paragr. 4 : les caractéristiques principales du produit, le prix et les modalités de paiement, etc.

⁴⁵³ Le point 5 de l’arrêt cite le quatorzième considérant de la directive : « [e]n ce qui concerne les omissions, la présente directive énumère un nombre limité d’informations clés dont le consommateur a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause. Ces informations ne devront pas être fournies dans toutes les publicités mais seulement lorsque le professionnel fera une invitation à l’achat, concept clairement défini par la présente directive ».

⁴⁵⁴ SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha (I, point B) in AUBRY Hélène, POILLOT Élise et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Droit de la consommation février 2011 – février 2012 », D. 2012, p. 840.

une information suffisante relative aux caractéristiques du produit commercialisé⁴⁵⁵ et à son prix⁴⁵⁶ sans qu'il soit nécessaire que la publicité soit accompagnée, ou une offre apparaissant à proximité d'un moyen matériel ou concret d'achat tel un bon de commande⁴⁵⁷.

Ensuite, la Cour a précisé que peut être conforme à l'article 7, paragraphe 4, sous a), qui exige l'information substantielle relative aux caractéristiques principales du produits, la publicité qui indique seulement une partie des informations principales et renvoie pour le surplus à son site Internet contenant le reste de ces informations⁴⁵⁸. Il reviendra alors au juge national d'analyser au cas par cas si les informations présentes dans la publicité, selon le contexte de l'invitation, le moyen de communication et la nature et les caractéristiques du produit, permettent au consommateur de prendre une décision commerciale en connaissance de cause⁴⁵⁹.

122. Le juge de l'Union a également eu l'occasion de préciser la notion de « pratique commerciale trompeuse » dans l'arrêt *UPC Magyarország*⁴⁶⁰ du 16 avril 2015. Tout d'abord, la Cour a estimé que devait être considérée comme une pratique commerciale « *la communication [...] par une entreprise dans le cadre du service après-vente d'un abonnement à un service de diffusion télévisuelle par câble souscrit par un particulier* »⁴⁶¹. M. Guy Raymond précise alors que la Cour de justice donne une définition très large de la pratique commerciale⁴⁶².

Ensuite, la Cour de justice a déclaré qu'au sens de la directive 2005/29/CE, la communication d'une information erronée d'un professionnel à un consommateur devait être qualifiée de pratique commerciale trompeuse même si la communication ne concernait qu'un seul consommateur⁴⁶³. En effet, elle précise que « *la circonstance que l'agissement du professionnel concerné ne s'est produit qu'une seule fois et n'a affecté qu'un seul*

⁴⁵⁵ À l'occasion de cet arrêt, la Cour indique qu'une représentation verbale ou visuelle du produit permet de remplir la condition relative à l'indication des caractéristiques du produit (point 49).

⁴⁵⁶ Les juges de l'Union précisent également que la condition relative au prix du produit peut être remplie en présence d'un prix de départ (point 31).

⁴⁵⁷ Point 33.

⁴⁵⁸ Point 59.

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ CJUE, 16 avr. 2015, *UPC Magyarország*, aff. C-388/13, D. 2015, p. 917, AUBRY Hélène, POILLOT Élise et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Droit de la consommation février 2015 – décembre 2015 », D. 2016, p. 617.

⁴⁶¹ Point 37.

⁴⁶² RAYMOND Guy, « Notion de pratique commerciale », *Contrats-conc.-consom.* n° 7, juill. 2015, comm. 189.

⁴⁶³ Point 64, 1).

consommateur »⁴⁶⁴ n'entre pas en compte dans la caractérisation de l'infraction. De la même manière, il n'est pas nécessaire de prouver l'intention du professionnel de tromper le consommateur⁴⁶⁵. En effet, l'article 2, paragraphe 2, de la directive dispose que les États membres confèrent aux tribunaux ou aux autorités administratives des pouvoirs habilitant à ordonner la cessation de pratiques commerciales déloyales « *même en l'absence de preuve [...] d'une intention ou d'une négligence de la part du professionnel* ».

⁴⁶⁴ Point 41.

⁴⁶⁵ Point 47. La jurisprudence française a longtemps été empreinte au doute quant à l'élément moral de l'infraction de publicité trompeuse. En effet, l'article 121-3 alinéa 1^{er} du code pénal pose le principe qu'il n'y a pas de délit sans intention de le commettre. Ainsi, la réglementation de la publicité mensongère antérieure à la loi Royer de 1973 nécessitait la preuve de la mauvaise foi du professionnel. Après cette loi instituant la publicité trompeuse, la Cour française a jugé que la preuve de la bonne foi était indifférente, autrement dit la publicité trompeuse était interdite, que le professionnel ait été ou non de bonne foi (ex. d'arrêts pour lesquels la mauvaise foi n'est pas rapportée : Cass. crim., 4 déc. 1978, n° 77-92400, Cass. crim., 5 avr. 1995, n° 94-81940). Ensuite, la Cour a pu déclarer que l'élément moral du délit de publicité trompeuse procède du seul caractère trompeur qui pouvait résulter d'une faute de négligence ou d'imprudence. Ainsi le caractère non intentionnel de la faute suffisait à caractériser l'élément moral du délit de publicité de nature à induire en erreur (Cass. crim., 19 oct. 2004, n° 04-82218).

La législation et le juge français ont donc oscillé entre le caractère intentionnel et non-intentionnel de la faute, mais celle-ci demeure un élément récurrent de l'équation. En effet, la loi française a toujours prévu une sanction pénale à l'encontre de ce délit, consistant notamment en une peine d'emprisonnement et/ou une peine d'amende. Encore récemment, la Cour de cassation a posé « *une présomption d'intention coupable* » (ARCELIN LECUYER Linda, Fasc. 794, « Publicité. Règles générales quant au contenu du message publicitaire, JurisClasser Conc.-Consom., 25 juill. 2013, n° 66) dans un arrêt rendu le 15 décembre 2009 relatif à une publicité trompeuse (l'auteur cite l'arrêt suivant : Cass. crim., 15 déc. 2009, n° 09-83059). En effet, la Cour affirme que « *le prévenu n'a pas pris toutes les précautions propres à assurer la véracité des messages publicitaires, et dès lors que la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1^{er} du code pénal* ».

Nous pouvons nous demander quelle est la position du droit luxembourgeois. À l'image du droit français, le législateur luxembourgeois a prévu une sanction pénale en vertu de l'article L. 122-8, paragraphe (1) du Code de la consommation (amende de 251 à 120 000 euros). Cependant, il a également prévu une sanction civile puisque le consommateur peut demander la nullité de toute clause conclue en violation de la législation sur les pratiques commerciales déloyales (paragr. 2). Il faut considérer qu'il n'existe pas *a priori* d'article équivalent à celui de droit français imposant une intention coupable pour les délits. Seules trois décisions ont été rendues en matière de pratique commerciale déloyale au Grand-duché. La première reconnaît une pratique commerciale trompeuse, la seconde juge la pratique commerciale loyale et la dernière ne se prononce même pas sur les pratiques commerciales déloyales et se prononce sur un autre fondement, relatif aux clauses abusives (Trib. Luxembourg, ord. en matière commerciale IIe du 17 févr. 2012, n° 251/2012). Dans les deux premiers arrêts est également en cause l'article 6 de la directive transposé à l'article L. 122-1 du Code de la consommation luxembourgeois. L'ordonnance commerciale du 17 juin 2011 (Trib. Luxembourg, ord. en matière commerciale IIe du 17 juin 2011, n° 862/2011) traite d'un démarchage téléphonique. Le juge déclare qu'il constitue une pratique commerciale trompeuse mais ne fait pas allusion à la l'élément intentionnel. L'autre ordonnance commerciale (Trib. Luxembourg, ord. en matière commerciale IIe du 3 juin 2011, n° 776/2011) concernait un retard de livraison à la suite de la conclusion d'un contrat de vente en ligne. Le juge constatant l'absence d'altération substantielle du comportement économique du consommateur déclare qu'il n'y a pas de pratique commerciale déloyale. Il arrête donc là son étude et ne se prononce pas sur la l'élément intentionnel. L'interprétation du juge luxembourgeois semble donc être dans le sillon du juge de l'Union quant au prononcé de la cessation de la pratique.

123. L'arrêt *Teekanne*⁴⁶⁶ du 4 juin 2015 a permis à la Cour de justice de se prononcer sur la notion de caractère trompeur d'une pratique commerciale. Dans cette affaire, la question était de savoir si l'étiquetage et la présentation d'une denrée alimentaire étaient de nature à induire le consommateur en erreur alors même que la liste des ingrédients, mention obligatoire, était correcte⁴⁶⁷. La Cour de justice estime que l'étiquetage et la présentation d'une denrée alimentaire peuvent être de nature à induire le consommateur en erreur en suggérant la présence d'un ingrédient qui en réalité est absent du dit produit. Il reviendra au juge national d'évaluer si le consommateur moyen⁴⁶⁸ peut être induit en erreur. Le caractère trompeur de l'étiquetage et de la présentation du produit sera évalué à travers divers critères dont « *les termes et images utilisés ainsi que l'emplacement, la taille, la couleur, la police de caractère, la langue, la syntaxe et la ponctuation des divers éléments figurant sur l'emballage* »⁴⁶⁹. M. Guy Raymond remarque que si la Cour se prononce par rapport aux règles relatives à l'étiquetage⁴⁷⁰ et non par rapport à la directive n° 2005/20/CE du 11 mai 2005 relatives aux pratiques commerciales déloyales, « *en disant que l'image figurant sur l'emballage est susceptible d'induire le consommateur en erreur, la Cour européenne, implicitement, juge que l'emballage ne doit pas constituer une pratique commerciale déloyale* »⁴⁷¹.

⁴⁶⁶ CJUE, 4 juin 2015, *Teekanne*, aff. C-195/14, V. les propos de POILLOT Élise in AUBRY Hélène, POILLOT Élise, SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Droit de la consommation », D. 2016, p. 617.

⁴⁶⁷ Était en cause le caractère prétendument trompeur de l'étiquetage d'une denrée alimentaire. Les éléments de l'emballage d'une infusion aux fruits étaient, selon le BVV (Union fédérale des centrales et associations de consommateurs en Allemagne), de nature à induire le consommateur en erreur sur la composition de cette infusion (celle-ci étant décrite comme étant au « goût framboise-vanille », la boîte comportant des images de tels ingrédients, tandis que la liste des ingrédients apparaissant sur un côté de la boîte démontrait que l'infusion ne comportait aucun ingrédient ni arôme de vanille ou de framboise). Dans un litige opposant la BVV et la société Teekanne qui commercialisait le produit en question, le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice allemande) a demandé à la Cour de justice de l'Union européenne si l'étiquetage et la présentation d'une denrée alimentaire pouvaient induire le consommateur en erreur. Autrement dit, le juge national allemand demande à la Cour d'éclaircir l'interprétation des articles 2, paragraphe 1, sous a), i) et 3, paragraphe 1, point 2 de la directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard. Selon le premier, l'étiquetage d'une denrée alimentaire ne doit pas être de nature à introduire l'acheteur en erreur, notamment sur les caractéristiques de celle-ci, ce qui comprend sa composition. Le second article cité dispose que l'étiquetage des denrées alimentaires comporte certaines mentions obligatoires listées dans la directive et notamment la liste des ingrédients.

⁴⁶⁸ Point 42.

⁴⁶⁹ Point 43.

⁴⁷⁰ Directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard abrogée avec effet au 30 décembre 2014 par le règlement 1169/2011/UE du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires.

⁴⁷¹ RAYMOND Guy, « Emballage des produits », Contrats- conc.-consom. n° 12, déc. 2015, comm. 294.

124. Ensuite, à l'occasion de l'arrêt *CHS Tour Services*⁴⁷² du 19 septembre 2013, la Cour a pu se prononcer sur l'articulation des mécanismes de qualification des pratiques commerciales déloyales prévus par la directive. Rappelons que le manquement à une obligation légale d'information peut constituer l'infraction de pratique commerciale trompeuse⁴⁷³. Dans cette affaire, la Cour affirme que lorsqu'une pratique commerciale déloyale est caractérisée de

⁴⁷² CJUE, 19 sept. 2013, *CHS Tour Services*, aff. C-435/11, D. 2013, p. 2835, note Karim Jakouloff ; *ibid.* 2812, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2014. 1297, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD eur. 2014. 730, obs. C. Aubert de Vincelles.

Rappel des faits : étaient en cause deux agences de voyages autrichiennes, Team4 Travel et CHS Tour Services. La brochure de vente de Team4 Travel contenait une information fautive puisqu'elle prétendait disposer d'un partenariat d'exclusivité avec certains établissements d'hébergement pour certaines dates. CHS Tour Services avait réservé certains lits au sein d'un des établissements en question sans en informer Team4 Travel, ce qui constituait selon cette dernière un manquement aux obligations contractuelles de la part de l'établissement concerné. CHS Tour Services a alors saisi le Oberlandesgericht d'Innsbruck (Autriche) d'une action en cessation de la pratique commerciale trompeuse afin que Team4 Travel retire cette fautive information de sa publicité. Par une décision du 30 novembre 2010, le tribunal autrichien a rejeté cette prétention au motif que les accords d'exclusivité entre l'agence de voyage et l'établissement étaient valides et rendaient donc exacte la déclaration d'exclusivité de Team4 Travel. Puis le 13 janvier 2011, le tribunal a confirmé par ordonnance la décision de première instance qui avait conclu à l'inexistence d'une pratique commerciale déloyale. En effet, le tribunal constate que Team4 Travel avait satisfait aux exigences de la diligence professionnelle et pouvait légitimement attendre de la part de ses partenaires contractuels qu'ils respectent leurs obligations (point 20). L'agence CHS a alors saisi l'Oberster Gerichtshof d'un recours en « révision ». Cette juridiction constate que Team4 Travel a produit des brochures contenant des informations incorrectes qui constituent une pratique commerciale trompeuse. Cependant, elle doute quant aux éléments constitutifs de cette infraction puisque la brochure comporte de fausses allégations mais aucun manquement à la diligence professionnelle ne peut être reproché à l'agent. La juridiction autrichienne a ainsi saisi la Cour de justice de l'Union européenne pour qu'elle interprète l'article 5 paragraphe 2 de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales prévoyant l'exigence de respect de la diligence professionnelle.

La question préjudicielle fût formulée en ces termes : « [l]'article 5 de [la directive sur les pratiques commerciales déloyales] doit-il être interprété en ce sens que, en cas de pratiques trompeuses au sens de l'article 5, paragraphe 4, de cette directive, il ne saurait y avoir d'examen distinct des critères de l'article 5, paragraphe 2, sous a), [de cette même directive] ? » (point 26). Pour comprendre la portée de la question, il convient de rappeler les différents types de pratiques commerciales déloyales qui existent. Ainsi, l'Avocat Général explique que la directive distingue trois catégories de pratiques commerciales déloyales : les pratiques qui répondent aux conditions cumulatives de manquement à la diligence professionnelle et à l'altération du comportement économique du consommateur (art. 5, paragr. 2, point a) et b)) ; les pratiques trompeuses (art. 6 et 7) et agressives (art. 8 et 9) conformément à l'article 5 paragraphe 4 ; les pratiques trompeuses et agressives réputées déloyales en toutes circonstances (art. 5, paragr. 5) listées dans l'annexe I de la directive (conclusions présentées le 13 juin 2013, point 19).

La question est donc de savoir si la diligence professionnelle doit être caractérisée afin de constater le délit de pratique commerciale trompeuse au sens de l'article 5, paragraphe 4. La Cour suit l'avis de l'Avocat Général M. Wahl Nils qui estime que si une pratique commerciale est trompeuse selon l'article 5 paragraphe 4, il n'est pas pertinent d'envisager si elle répond en plus aux conditions cumulatives du respect de la diligence professionnelle et l'altération du comportement économique énoncées à l'article 5 paragraphe 2 (conclusions, *op. cit.*, point 31). Ainsi la Cour énonce que lorsqu'une pratique est réputée trompeuse au sens de l'article 4, paragraphe 4 et remplit ainsi les conditions de l'article 6, paragraphe 1 définissant les pratiques trompeuses par action, il n'est pas nécessaire de caractériser un manquement à la diligence professionnelle. En effet, la pratique commerciale est jugée trompeuse si elle remplit les conditions de l'article 6 paragraphe 1 autrement dit si elle répond à deux conditions : elle contient des informations fausses, et est donc mensongère, ou des informations correctes, mais susceptibles d'induire en erreur le consommateur moyen (ces informations doivent porter sur des aspects exhaustifs tels que l'existence ou la nature du produit ou ses caractéristiques principales), et qu'elle est susceptible d'altérer sa décision commerciale.

⁴⁷³ V. LETE Javier, « La publicité trompeuse à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », Rev. UE 2015, p. 468.

pratique commerciale trompeuse, il n'est pas nécessaire de vérifier si la pratique est contraire à la diligence professionnelle⁴⁷⁴. Le juge de l'Union a réaffirmé sa position dans l'arrêt *UPC Magyarország*⁴⁷⁵ du 16 avril 2015.

L'apport de ces arrêts est limité selon nous car la Commission européenne avait déjà explicité l'application de la directive dans un document publié en décembre 2009. En effet, l'annexe 1 de ce dernier précisait déjà expressément « *le lien entre la « liste noire » et les clauses générales, respectivement les articles 6 à 9 et l'article 5* »⁴⁷⁶, autrement dit que « *pour qu'elle soit réputée déloyale et, par conséquent, interdite par la directive, il suffit qu'une pratique commerciale remplisse l'un de ces critères* »⁴⁷⁷.

125. Plus récemment, la Cour a apporté un exemple d'« *information substantielle* » sur laquelle est susceptible de porter une pratique commerciale trompeuse par omission. À l'occasion de l'arrêt *Deroo-Blanquart* du 7 septembre 2016, la Cour a précisé que « *[d]ans le cadre d'une offre conjointe consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés, l'absence d'indication du prix de chacun des logiciels préinstallés ne constitue pas une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article 5, paragraphe 4, sous a), et de l'article 7 de la directive 2005/29* »⁴⁷⁸. En effet, seul le prix global est considéré comme une information essentielle selon la directive (art. 7, paragr. 4, point c)).

⁴⁷⁴ CJUE, aff. C-435/11, *op. cit.*, point 49. La Cour cite l'arrêt *Pereničová et Perenič* (CJUE, 15 mars 2012, *Pereničová et Perenič*, aff. C-453/10, points 40 et 41) pour lequel elle avait déjà « *examiné dans quelle mesure une pratique commerciale telle que celle en cause dans l'affaire ayant donné lieu audit arrêt pouvait être qualifiée de « trompeuse » au titre de l'article 6, paragraphe 1, de la directive sur les pratiques commerciales déloyales* » (point 44).

Lorsque la Cour affirme qu'il n'est pas nécessaire de déterminer un manquement à la diligence professionnelle pour caractériser le délit de pratique commerciale trompeuse, cela crée une automaticité de la sanction puisqu'aucune faute (intentionnelle ou non) ne doit être prouvée. L'Avocat Général constate d'ailleurs que « *cet article 6 semble (à tout le moins dans certaines circonstances) adopter à l'égard du professionnel une approche dénuée de toute référence à la faute* » (conclusions, *op. cit.*, point 23), autrement dit intentionnelle (mauvaise foi) ou non-intentionnelle (négligence, imprudence). La Cour se montre très sévère envers les professionnels puisqu'ils peuvent être reconnus coupables d'une pratique commerciale déloyale alors qu'ils étaient de bonne foi. Mme Stéphanie Moracchini-Zeidenberg résume la situation en dénonçant que « *[l]a pratique commerciale trompeuse peut être loyale* » (MORACCHINI-ZEIDENBERG Stéphanie, « La pratique commerciale trompeuse peut être loyale », SJE n° 49, 5 déc. 2013, comm. 1675).

⁴⁷⁵ CJUE, 16 avr. 2015, *UPC Magyarország*, aff. C-388/13.

⁴⁷⁶ Commission européenne, Document de travail des services de la Commission, « Orientations pour la mise en œuvre et l'application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales », 3 déc. 2009, SEC(2009) 1666, p. 68.

⁴⁷⁷ *Ibid.* Trois qualifications autonomes existent au sein de la directive 2005/29/CE. Une pratique commerciale peut être qualifiée de déloyale car elle figure dans la « liste noire » (art. 5, paragr. 5 et annexe I), ou car elle remplit les caractéristiques des pratiques trompeuses (art. 6 et 7) ou agressives (art. 8 et 9), ou enfin car la pratique est contraire à la diligence professionnelle et est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur (art. 5, paragr. 2).

⁴⁷⁸ CJUE, 7 sept. 2016, *Deroo-Blanquart*, aff. C-310/15.

CONCLUSION DU TITRE PRÉLIMINAIRE

126. Le législateur de l'Union européenne révèle une attitude indécise quant à la création de sanction aux obligations légales d'information qu'il édicte. En effet, il propose ou impose parfois une sanction à l'obligation d'information qu'il a créé, mais laisse majoritairement le choix de celle-ci aux États membres. Or, l'Union européenne dispose des compétences législatives nécessaires à la création de sanction de nature civile comme pénale. L'attitude du législateur de l'Union européenne renforce l'inefficacité de la sanction de l'obligation légale d'information nationale en ce qu'elle favorise l'absence de sanction expresse d'une obligation légale d'information au niveau national et donc une incohérence entre les systèmes de sanction des États membres. Ainsi, plusieurs opportunités auraient été l'occasion d'harmoniser les sanctions de l'obligation légale d'information, notamment la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs qui concerne la plupart des contrats de consommation. Avant d'harmoniser les sanctions, autrement dit des règles de fond, l'Union s'est plutôt attaché à harmoniser des procédures de règlement des litiges. Lors de son analyse de la question de l'effectivité en droit européen de la consommation et donc de son effet utile, Mme Élise Poillot conclut qu'« *en droit de la consommation, tant les actions du législateur que les interprétations jurisprudentielles sont donc guidées par le principe de l'effet utile et développent leurs effets en matière procédurale* »⁴⁷⁹. La justification de ces intrusions réside dans les principes de l'effet utile du droit de l'Union et de l'effectivité du droit de la consommation. À ce titre, la question de l'harmonisation⁴⁸⁰ des sanctions des obligations légales d'information ne devrait pas être négligée puisque celles-ci participent également à la mise en œuvre et au respect du droit de la consommation au sein des États membres.

127. En l'absence de la création systématique d'une sanction à l'obligation d'information édictée par l'Union, la doctrine européenne a tenté de proposer des lignes directrices des

⁴⁷⁹ POILLOT Élise, « Le droit européen de la consommation », RLDA n° 105, juin 2015, p. 80, spéc. p. 81.

⁴⁸⁰ BOURGOIGNIE Thierry, « Vers un droit de la consommation : unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté ? », Les Cahiers de droit, vol. 46, n° 1-2, 2005, pp. 153-174. ; VOGENAUER Stefan and WEATHERILL Stephen (ed. by), *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, 2006 ; WEATHERILL Stephen (ed. by), *Better Regulation*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, 2007.

conséquences du manquement à une obligation légale d'information. Cependant, l'Union européenne conserve une influence sur la conformité et la mise en œuvre des sanctions nationales en matière d'obligation d'information grâce au pouvoir d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne.

128. Comme l'exprime M. Ulrich Magnus, « [c]ela n'a aucun sens d'imposer des obligations d'information qui ne sont soutenues par aucune sanction »⁴⁸¹. L'absence d'harmonisation des sanctions des obligations légales d'information édictées par l'Union européenne en droit de la consommation favorise l'existence de systèmes de sanctions nationaux inefficaces.

⁴⁸¹ Notre traduction. Texte original : « [i]t does not make any sense to impose information requirements which are not backed up by any sanctions » (MAGNUS Ulrich, « Rechtsfolgen im Acquis communautaire », in *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, op. cit., p. 312).

PARTIE I – LE CONSTAT DE L’INEFFICACITÉ DES SYSTÈMES FRANÇAIS ET LUXEMBOURGEOIS

129. L’élaboration d’un système de sanction efficace est indispensable afin d’assurer l’effectivité des normes auxquelles il s’applique. M. Pierre Pescatore révèle cependant la difficulté d’une telle tâche. L’auteur affirme que « *d’un point de vue pratique, l’organisation de sanctions adéquates forme l’un des problèmes les plus importants de la technique législative* »⁴⁸². L’influence du droit de l’Union européenne, de par sa position de retrait en matière de création de sanctions aux obligations d’information qu’elle édicte, explique en partie l’inefficacité actuelle des systèmes de sanction de l’obligation légale d’information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois. En effet, le droit français et le droit luxembourgeois disposent d’un système de sanction hétérogène (Titre I) qui favorise une articulation incohérente des sanctions (Titre II).

⁴⁸² PESCATORE Pierre, *Introduction à la science du droit*, 2^{ème} réimpression, Université du Luxembourg, Bruylant Bruxelles, 2009, n° 298.

TITRE I – UN SYSTÈME DE SANCTIONS HÉTÉROGÈNE

130. Le manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois peut engendrer le prononcé d'une grande variété de sanctions qui sont communes aux deux systèmes. La sanction applicable au manquement d'une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois peut voir son efficacité varier selon les circonstances de chaque litige et l'adéquation de ses effets à réparer le préjudice du consommateur ou à punir la faute du professionnel (Chapitre préliminaire).

La mesure de leur efficacité peut s'effectuer selon leur fonction. Ainsi, l'efficacité de la sanction est liée à l'adéquation de ses effets au préjudice lorsqu'elle est réparatrice, et à la faute lorsqu'elle est répressive. Puis, en amont de la violation de l'obligation légale d'information, la sanction réparatrice ou répressive est dissuasive lorsque les contractants en ont connaissance, que ses effets sont proportionnels à l'avantage procuré par la violation et que les contractants peuvent croire en sa réalisation. L'efficacité de chaque sanction peut donc être analysée au cas par cas en fonction des litiges.

Enfin, l'effectivité de la sanction, c'est-à-dire la possibilité qu'elle soit prononcée et mise en œuvre, peut perturber son efficacité. En effet, une sanction qui n'est pas prononcée ne peut pas produire d'effets réparateurs ou répressifs. De plus, une sanction qui n'est jamais prononcée ne sera pas crainte et donc pas dissuasive. Ainsi, un facteur commun d'inefficacité semble ressortir en droits français et luxembourgeois selon que l'obligation légale d'information concernée reçoive une sanction expresse (Chapitre I) ou en soit dépourvue (Chapitre II).

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE – UNE VARIÉTÉ DE SANCTIONS COMMUNE AUX DEUX SYSTÈMES

132. Le droit de la consommation est un droit pluridisciplinaire qui recoupe le droit civil, le droit pénal, le droit judiciaire et le droit administratif⁴⁸³. Cependant, l'ensemble de ces droits a comme trait commun « *la nécessité de protéger les consommateurs contre la puissance de leurs partenaires économiques* »⁴⁸⁴. Ainsi le droit de la consommation n'est pas autonome et reste soumis aux principes généraux des droits énoncés, tout en apportant des particularités inhérente à la relation de consommation. La pluridisciplinarité du droit de la consommation est notamment illustrée à travers les sanctions existantes pour garantir son effectivité : « *[s]i on le compare à d'autres droits, celui de la consommation se signale par la richesse des types de sanction qu'il met en œuvre, puisque s'y retrouvent des sanctions civiles, des sanctions pénales, et des pouvoirs administratifs d'enquête, d'injonction et de transaction* »⁴⁸⁵. Ainsi, cette diversité existe également au sein des sanctions de l'obligation légale d'information dont le manquement peut entraîner le prononcé de sanctions de nature civile (Section 1), pénale (Section 2) et administrative (Section 3). Leur efficacité sera cependant mesurée selon la fonction réparatrice ou répressive qu'elles assument. Il convient de rappeler préalablement que le manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois peut également faire l'objet d'une action exercée dans l'intérêt collectif des consommateurs (Section préliminaire)⁴⁸⁶.

⁴⁸³ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2010, n° 18, p. 18 et s. ; PICOD Yves et DAVO Hélène, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey Université, 2010, n° 5.

⁴⁸⁴ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *op. cit.*, n° 18, p. 20.

⁴⁸⁵ Avis n° 792 (2012-2013) de Mme Nicole BONNEFOY, fait au nom de la commission des lois, déposé le 23 juillet 2013, relatif au Projet de loi relatif à la consommation, Section 4 (disponible sur le site du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/a12-792/a12-792.html>, dernière consultation le 30 août 2016).

⁴⁸⁶ Les sanctions qui ne sont pas détaillées dans cette brève présentation le seront dans la suite des développements.

SECTION PRÉLIMINAIRE – LES ACTIONS EXERCÉES DANS L'INTERÊT COLLECTIF DES CONSOMMATEURS

133. Les actions en cessation font l'objet de nos développements. Ces actions méritent d'être citées en préambule pour plus de clarté car elles ont vocation à s'appliquer à de nombreuses violations⁴⁸⁷ et peuvent être exercées sans préjudice des recours individuels. L'action en cessation a pour objectif de faire cesser une pratique illicite préjudiciable aux intérêts collectifs des consommateurs, « *intérêts qui ne sont pas une simple accumulation d'intérêts de particuliers auxquels il a été porté atteinte par une infraction* »⁴⁸⁸. L'action en cessation est organisée au niveau européen par la Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs⁴⁸⁹ afin de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur. En effet, en l'absence de rapprochement des législations des États membres, les pratiques illicites peuvent être déplacées d'un État membre à l'autre afin d'échapper à l'application de la loi ce qui crée des distorsions de concurrence⁴⁹⁰.

134. En droits français et luxembourgeois, selon les matières concernées, diverses personnes, entités et autorités sont désignées comme étant compétentes pour solliciter le juge afin qu'il ordonne la cessation de certaines violations. Les violations concernées sont celles mentionnées à l'article 1^{er} de la directive de 2009 qui renvoie à son annexe I citant quatorze directives⁴⁹¹. Il peut donc être ordonné au professionnel de cesser toute violation à une obligation légale d'information. Les actions en cessation concernent notamment la violation des dispositions relatives à l'obligation générale d'information précontractuelle du

⁴⁸⁷ Nous pouvons préciser que la directive de 2009 utilise le terme d' « infraction » qu'elle définit comme « *tout acte qui est contraire aux directives énumérées à l'annexe I telles que transposées dans l'ordre juridique interne des États membres et qui porte atteinte aux intérêts collectifs visés au paragraphe 1* » (art. 1^{er}, paragr. 2). Nous lui préférons le terme de violation, plus neutre, puisque le terme infraction a une connotation pénale tandis que les actions en cessation s'appliquent également aux comportements non constitutifs d'une infraction pénale, comme aux clauses abusives.

⁴⁸⁸ Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, *op. cit.*, propos introductif, cons. 3.

⁴⁸⁹ JOUE n° L110 du 1er mai 2009, p. 30. La directive de 2009 abroge la directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 mai 1998, relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs. La directive de 2009 permet désormais les actions transfrontières en cessation.

⁴⁹⁰ Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, *op. cit.*, propos introductif, cons. 3.

⁴⁹¹ Treize directives étaient citées par la directive de 2009. La directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation ajoute un quatorzième point (art. 23).

professionnel, à l’affichage des prix, à la réglementation des clauses abusives, aux pratiques commerciales déloyales (dont les pratiques trompeuses), à la garantie de conformité, aux contrats de crédit à la consommation, aux contrats conclus à distance ou hors établissement, aux contrats dits *timeshare* et aux voyages à forfait. Concrètement, le juge peut ordonner à un restaurateur d’afficher les prix sur les menus situés à l’extérieur du restaurant, à une banque de mentionner dans ses contrats de crédit à la consommation la faculté pour le consommateur de se rétracter pendant un certain délai, à un vendeur de biens ou un prestataire de service d’augmenter la taille de police utilisé dans ses brochures afin que l’information soit lisible et compréhensible, ou encore à une agence de voyage de remettre le certificat de garantie à ses clients.

135. Ainsi, en France, les associations agréées peuvent agir devant la juridiction civile afin de faire cesser ou interdire tout agissement illicite⁴⁹² en ce qui concerne les matières précitées⁴⁹³. Il faut également mentionner le pouvoir de la DGCCRF d’agir en cessation dans un cadre plus large que celui imposé par la directive de 2009. Après en avoir avisé le procureur de la République, la DGCCRF peut demander au juge civil d’ordonner toute mesure de nature à mettre un terme aux manquements à des obligations contractuelles ou à des agissements illicites⁴⁹⁴ en ce qui concerne de nombreuses matières énumérées aux articles L. 511-5 à L. 511-7 dont font notamment partie les dispositions relatives aux informations précontractuelles, aux pratiques commerciales et aux contrats de crédit. Enfin, la DGCCRF dans sa fonction de police administrative, lorsqu’elle constate un manquement ou une infraction avec les pouvoirs d’enquête qui lui sont attribués, peut enjoindre à tout professionnel, après une procédure contradictoire, de se conformer à ses obligations dans un délai raisonnable⁴⁹⁵, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite ou

⁴⁹² C. consom. fr., art. L. 621-7 [anc. art. L. 421-6, al. 1]. M. Jean Calais-Auloy rappelle que l’action en cessation, déjà admise par certains tribunaux français (TGI Niort, 29 juin 1981 ; TGI Orléans, 21 sept. 1984) a été consacrée par une cour d’appel dans un arrêt du 21 juin 1984 (CA Orléans, 21 juin 1984, Soc. *anon. Tremel c/ Fédération des familles de France*). L’auteur salue cet arrêt puisque l’action en cessation est « *nécessaire pour la défense des consommateurs* » (D. 1985, jur., p. 98 et s., note Calais-Auloy J.).

⁴⁹³ MM. Jean Calais-Auloy et Henri Temple pose la question de savoir si les associations exerçant l’action en cessation peuvent obtenir l’allocation de dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi par l’intérêt collectif des consommateurs (CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 557, p. 691). L’ancien article L. 421-6 et les actuels articles L. 621-7 et L. 621-8 sont muets à ce sujet. Cependant, les auteurs rappellent que la Cour de cassation a admis une telle solution pour l’action en suppression de clauses abusives et que cette solution devrait être étendue à tous les cas d’action en cessation.

⁴⁹⁴ C. consom. fr., art. L. 524-2 [anc. L. 141-1, paragr. VIII, 2°].

⁴⁹⁵ C. consom. fr., art. L. 521-1.

interdite⁴⁹⁶, dans ces derniers cas l'injonction peut faire l'objet d'une mesure de publicité⁴⁹⁷. Depuis la loi Hamon, le non-respect par le professionnel de ces injonctions de mise en conformité est sanctionné par une amende administrative dont le montant varie en fonction du montant de l'amende encourue pour le manquement ou l'infraction ayant justifié la mesure d'injonction⁴⁹⁸.

De la même manière, en droit luxembourgeois, diverses personnes, entités, associations ou organismes sont compétents pour présenter une requête au magistrat président la Chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale afin qu'il ordonne toute mesure destinées à mettre fin aux agissements illicites⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ C. consom. fr., art. L. 521-2, al. 1 [anc. art. L. 141-1, paragr. VII, al. 1].

⁴⁹⁷ C. consom. fr., art. L. 521-2, al. 2. Modalités de mise en œuvre : art. R. 521-2.

⁴⁹⁸ C. consom. fr., art. L. 532-1 [anc. art. L. 141-1, paragr. VII, al. 2].

⁴⁹⁹ Les titulaires de l'action ainsi que ses modalités de mise en œuvre varient selon les dispositions violées.

Tout d'abord, est titulaire le Ministre ayant la protection des consommateurs dans ses attributions est parfois le seul à pouvoir agir (C. consom. lux., art. L. 320-1) pour la violation des articles L. 112-1 à L. 112-8 relatifs à l'indication des prix.

Peuvent être titulaires le Ministre précité ainsi que toute association agréée de défense des consommateurs, selon l'article L. 320-4, en ce qui concerne les matières suivantes : les contrats à distance et hors établissement (L. 222-1 à L. 222-11), les contrats d'utilisation de biens à temps partagé et contrats de produits de vacances à long terme et contrats de revente et d'échange (L. 223-1 à L. 223-12). Il en va de même, en vertu de l'article L. 320-7, depuis la loi luxembourgeoise du 17 février 2016 pour : l'obligation générale précontractuelle d'information (L. 111-1), l'information des consommateurs concernant les contrats autres que les contrats à distance ou hors établissement (L. 113-1), les garanties légales et la garantie commerciale (L. 212-1 à L. 212-13), les autres droits des consommateurs telles la livraison, les frais pour l'utilisation de moyens de paiement, le transfert du risque, la communication au téléphone, le paiement supplémentaires, la fourniture non demandée d'un bien ou d'un service (L. 213-2 à L. 213-7), les informations précontractuelles communes aux contrats particuliers (L. 221-2), les voyage à forfait (L. 225-1 à 225-20), le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation en ce qui concerne l'accord prévoyant l'impossibilité pour le consommateur de saisir le juge ou toute autorité compétente (L. 411-3), et le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation en ce qui concerne l'information et l'assistance du consommateur (L. 412-1).

Dans d'autres cas, s'y ajoutent toute personne, groupement professionnel, la Commission de surveillance du secteur financier, le Commissariat aux assurances ou toute association agréée de défense des consommateurs peuvent agir (L. 320-2 et L. 320-3) respectivement en ce qui concerne les pratiques commerciales déloyales (L. 121-1 à L. 122-7 et la réglementation des clauses abusives (L. 211-2 et L. 2113). Tous sont parfois concernés, à l'exception de toute personne concernée et du groupement professionnel (L. 320-5), en ce qui concerne les contrats de crédit à la consommation (L. 224-1 à L. 224-23 et L. 224-27).

Exceptionnellement, il existe une action pour laquelle le Ministre en cause est exclu. Sont seules compétentes pour agir les associations agréées de défense des consommateurs ainsi que la Commission de surveillance du marché financier (L. 320-6) en ce qui concerne la violation des dispositions relatives aux contrats à distance portant sur un service financier hors assurance (L. 222-12 à L. 222-22).

Nous pouvons rappeler que la loi du 17 février 2016 a remédié à quelques lacunes en prévoyant notamment la possibilité d'une action en cessation pour diverses obligations légales d'information (L. 320-3) qui n'en possédait pas jusqu'alors, dont l'obligation générale précontractuelle d'information et l'indication des prix. Il semble que toutes les obligations légales d'information sont désormais concernées par l'action en cessation.

Ensuite, certaines modalités de l'action en cessation varient selon les dispositions violées (titulaires de l'action et dispositions spécifiques aux clauses abusives et aux pratiques commerciales trompeuses) mais d'autres sont communes (délai d'appel, procédure de référé, sanction amende du manquement aux injonctions, application des art. 2059 à 2066 du Code civil, faculté d'affichage décision et publication décision en totalité ou en partie). Pour plus de clarté peut-être serait-il préférable d'éviter toutes ces répétitions et réunir les modalités communes dans un texte unique et de préciser les modalités spécifiques dans les autres articles (trois articles au lieu de sept).

136. Nous pouvons préciser qu'à l'occasion d'une action en cessation d'agissements illicites peut être ordonnée la suppression de clauses abusives. Les associations françaises de défense des intérêts des consommateurs agréées peuvent agir en suppression des clauses abusives dans le cadre d'une action en cessation d'agissements illicites et demander au juge civil de supprimer la clause illicite ou abusive des types de contrats proposés ou destinés au consommateur ainsi que dans les contrats en cours d'exécution⁵⁰⁰. De la même manière, la DGCCRF peut demander à la juridiction civile ou administrative d'ordonner la suppression des clauses illicites, interdites ou abusives présentes dans des modèles de conventions proposés ou en cours d'exécution⁵⁰¹. Cette action se veut donc à la fois préventive et curative. Le juge peut également ordonner au professionnel d'en informer le consommateur concerné par tous moyens appropriés⁵⁰².

De la même manière, le Code de la consommation luxembourgeois prévoit que plusieurs entités et organisations ainsi que le Ministre ayant la protection des consommateurs dans ses attributions peuvent saisir le magistrat président la Chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale afin de déclarer des clauses abusives (dans les conventions en cours)⁵⁰³, et de les supprimer des conventions habituellement proposées aux consommateurs⁵⁰⁴.

137. Nous avons constaté que le manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois peut faire l'objet d'une action exercée dans l'intérêt collectif des consommateurs, sans préjudice des recours individuels. Le manquement peut donc également engendré le prononcé de sanctions de nature civile.

SECTION 1 – DES SANCTIONS DE NATURE CIVILE

138. Si la majorité des sanctions de nature civile possèdent une fonction réparatrice (§1), certaines exercent une fonction répressive (§2).

⁵⁰⁰ C. consom. fr., art. L. 621-8 [anc. art. L. 421-6, al. 2 et 3].

⁵⁰¹ C. consom. fr., art. L. 524-1, 1^o [anc. art. L. 141-1, paragr. VIII, 1^o].

⁵⁰² C. consom. fr., art. L. 621-8, al. 2 [anc. L. 421-6, al. 2 et 3] et art. L. 524-1, 3^o [anc. art. L. 141-1, paragr. VIII, 1^o].

⁵⁰³ C. consom. lux., art. L. 320-3, al. 1.

⁵⁰⁴ C. consom. lux., art. L. 320-3, al. 2.

§1 – Des sanctions civiles réparatrices

139. Le manquement à une obligation légale d'information peut se traduire par un défaut total ou partiel d'information, notamment par une information fautive ou de nature à induire en erreur. Le préjudice peut varier selon les consommateurs et les obligations d'information concernées. En effet, les conséquences de ce manquement peuvent être diverses et variées, telles un vice du consentement, une non-conformité du produit ou un déséquilibre dans les obligations contractuelles au détriment du consommateur. Pour évaluer l'efficacité réparatrice de la sanction de l'obligation légale d'information, il convient d'analyser la capacité de ses effets à réparer le préjudice subi par le consommateur découlant du manquement à l'obligation d'information. La grande majorité des sanctions civiles sont communes aux droits français et luxembourgeois, même si chaque droit conserve quelques particularités.

140. Tout d'abord, le manquement à une obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois peut entraîner le prononcé de sanctions découlant de la responsabilité civile du professionnel comme l'allocation de dommages-intérêts. Ce peut être le cas par exemple du consommateur qui engage la responsabilité délictuelle du professionnel pour vice du consentement. Ainsi, si le consommateur victime d'un dol n'aurait pas conclu le contrat s'il avait eu connaissance de l'information déterminante qui était cachée, l'allocation de dommages-intérêts est une sanction efficace si par exemple elle équivaut au bien objet de la vente et aux frais occasionnés par celle-ci. Le consommateur doit être replacé dans la situation qui aurait été la sienne si le professionnel n'avait pas violé la loi. La sanction doit réparer intégralement le préjudice subi, ni plus ni moins.

141. Ensuite, le juge français ou luxembourgeois peut prononcer l'anéantissement rétroactif du contrat⁵⁰⁵. Plusieurs sanctions peuvent produire cet effet. Tout d'abord, le juge peut

⁵⁰⁵ Nous pouvons préciser qu'en droit français, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats (MERCADAL Barthélémy, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, Francis Lefebvres, 2016), du régime générale de la preuve des obligation, a introduit dans le Code civil la faculté de résoudre unilatéralement le contrat, alors qu'elle doit traditionnellement être demandée au juge, si l'engagement n'a pas été exécuté ou l'a été qu'imparfaitement (C. civ. fr., art. 1217). L'inexécution doit être suffisamment grave (art. 1224). Cette sanction ne semble pas applicable au manquement par le professionnel à une obligation légale d'information. En effet, pour que cette sanction soit applicable au manquement à une obligation d'information, il faudrait que l'obligation d'information soit l'objet même du contrat. Sur la privatisation des sanctions contractuelles v. MAZEAUD Denis, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur

prononcer la nullité du contrat lorsque le consommateur rapporte la preuve d'un vice du consentement, une erreur ou un dol. À ce titre, le Code de la consommation luxembourgeois dispose expressément que le non-respect par le professionnel d'une ou plusieurs obligations d'information essentielles peut entraîner la nullité du contrat, seul le consommateur pouvant l'invoquer⁵⁰⁶. Ensuite, le juge peut prononcer la résolution du contrat sur plusieurs fondements tels l'inexécution de l'obligation de délivrance conforme⁵⁰⁷, l'action rédhibitoire de la garantie des vices cachés et enfin l'ultime remède de la garantie légale de conformité.

La nullité et la résolution du contrat sont des sanctions efficaces lorsque le consommateur n'aurait pas conclu le contrat si son consentement avait été éclairé. En effet, que le contrat soit inutile ou le bien ou service non-conforme, le consommateur n'aurait pas contracté s'il avait eu connaissance d'informations véridiques. Ces deux sanctions ont pour effet d'opérer des restitutions, le consommateur est ainsi replacé dans la situation qui aurait été la sienne si le professionnel n'avait pas violé son obligation légale d'information.

142. L'anéantissement du contrat entier n'est pas nécessaire lorsqu'il est possible de rééquilibrer les obligations contractuelles. Ainsi, seules les clauses abusives disparaîtront du contrat si ce dernier peut survivre sans elles. De la même manière, seules les clauses illicites sont éradiquées du contrat.

143. Le Code de la consommation luxembourgeois a la particularité de prévoir que la clause ou combinaison de clauses conclues en violation des dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales⁵⁰⁸ et au crédit à la consommation⁵⁰⁹ sont réputées nulles et non écrites à la demande du consommateur. Ces sanctions peuvent concerner le manquement à une obligation légale d'information. En effet, le délit de pratique commerciale trompeuse peut

quelques tendances lourdes... », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 240 et s., n° 8 et s. : « Privatisation qui va nécessairement de pair avec un puissant mouvement de déjudiciarisation, en ce sens que le monopole traditionnel du juge dans leur mise en œuvre est largement remis en cause » (p. 241, n° 8). L'auteur fait référence aux projets d'harmonisation européenne du droit des contrats « qui ont très nettement opté pour l'anéantissement extrajudiciaire du contrat invalide, déséquilibré ou inexécuté et privilégié ainsi une vision économique du contrat » (*ibid.*).

⁵⁰⁶ C. consom. lux., art. L. 113-1, paragr. (6) et art. L. 222-11, paragr. (3). Nous verrons que cette disposition peut recevoir plusieurs interprétations à première lecture (v. n° XX).

⁵⁰⁷ Il convient de mentionner le dernier alinéa de l'article L. 111-1 du Code de la consommation luxembourgeois. Celui-ci dispose que le consommateur peut demander la résolution du contrat si le bien ou le service n'est pas conforme à la description donnée, ce qui peut sanctionner indirectement la violation de l'obligation légale d'information, lorsque la description donnée était incomplète, fautive ou trompeuse.

⁵⁰⁸ C. consom. lux., art. L. 122-8, paragr. (2).

⁵⁰⁹ C. consom. lux., art. L. 224-24.

sanctionner le manquement à une obligation légale d'information en ce qu'il interdit la transmission par le professionnel au consommateur d'une information fautive ou de nature à induire en erreur, ainsi que l'omission d'une information substantielle. De plus, le contrat de crédit à la consommation est soumis à un formalisme informatif. Une clause contraire à ces dispositions peut donc constituer la violation à une obligation légale d'information. Ces sanctions sont efficaces dans la mesure où elles suppriment la cause du déséquilibre du contrat, autrement dit les clauses illicites.

Un auteur remet cependant en cause cette sanction lorsqu'elle concerne les contrats de crédit. Ainsi l'article L. 224-24 du Code de la consommation luxembourgeois édicte que « *toute clause ou combinaison de clauses d'un contrat de crédit, conclue en violation du présent chapitre et de ses règlements d'exécution, est réputée nulle et non écrite* »⁵¹⁰. M. Pierre-Michaël Waersegger questionne l'efficacité de cette sanction car d'une part, elle concerne uniquement la phase contractuelle et non précontractuelle, et d'autre part, la nullité du contrat obligerait le consommateur à rembourser immédiatement le capital emprunté, ce qui ne serait pas avantageux. L'auteur semble donc assumer que le contrat serait systématiquement nul dans son entier. Il estime alors qu'il sera plus avantageux pour le consommateur de se tourner vers le régime de responsabilité du droit commun délictuel ou contractuel afin d'obtenir des dommages-intérêts. Enfin, l'auteur rappelle que pour sanctionner la violation par l'emprunteur de ses obligations légales d'information relatives à un contrat de crédit à la consommation, le législateur français a opté pour la déchéance du droit aux intérêts, sanction civile répressive axée sur la faute du professionnel et non le préjudice du consommateur, et que le juge belge a la possibilité de réduire les obligations du consommateur, autrement dit le montant dû, au maximum jusqu'au montant emprunté⁵¹¹.

144. Parfois les clauses d'un contrat ne sont pas déclarées nulles et non écrites mais inopposables au consommateur. Les juges français se sont prononcés dans ce sens notamment lorsque le consommateur assuré n'avait pas été informé d'une limite de garantie. Ainsi, le consommateur se croyait couvert pour un risque car il n'avait pas été informé d'une exclusion de garantie. Les juges décident alors que la clause de la police d'assurance excluant la couverture du risque par l'assureur est inopposable au consommateur, ce qui revient à obliger

⁵¹⁰ DE WAERSEGGER Pierre-Michaël, « Le banquier dispensateur de crédit à la consommation », in ALJB, *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, Vol. 2, éd. Larcier, 2014, pp. 993-994.

⁵¹¹ Loi belge modifiée du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, art. 86.

l'assureur à indemniser le consommateur assuré pour le préjudice subi. Cette sanction est réparatrice car elle neutralise les effets du manquement à l'obligation d'information.

L'inopposabilité des clauses concerne également le cas en droit luxembourgeois des conditions générales préétablies par un professionnel. La technique utilisée est différente mais le résultat est similaire puisque les clauses ne produisent aucun effet. Ainsi, l'article L. 211-1 du Code de la consommation luxembourgeois prévoit que « *les règles relatives à la connaissance et à l'acceptation des conditions générales d'un contrat entre professionnel et consommateur sont fixées par l'article 1135-1 du Code civil* ». Cet article introduit dans le Code civil par la loi du 15 mai 1987 consacre « *la licéité du recours à des conditions générales* »⁵¹², ces clauses types réglementant les aspects essentiels d'un contrat, et la soumet à deux conditions cumulatives. Les conditions générales d'un contrat préétablies par une des parties, ce qui est le cas du contrat d'adhésion, ne s'imposent à l'autre partie que si elle a été en mesure de les connaître lors de la conclusion du contrat, et qu'elle pouvait selon les circonstances être considérées comme les ayant acceptées⁵¹³. Cette sanction réparatrice apparaît efficace dans la mesure où la clause inconnue du consommateur ne l'engage pas. Or, une telle clause peut contenir une information fautive, de nature à induire en erreur, ou à l'inverse omettre une information essentielle, le consommateur se croyant engagé par toutes les clauses du contrat. La clause à laquelle il n'a pas été donné de consentement ne produira donc pas d'effet.

M. Jean Brucher précise qu'il faut distinguer les conditions générales préétablies par un fournisseur professionnel, réglementées par l'article 1135-1 du Code civil, des clauses abusives réglementées, avant l'introduction du Code de la consommation, par la loi du 25 août 1983⁵¹⁴. En effet, ces deux réglementations présentent des points de contact et peuvent

⁵¹² BRUCHER Jean, « La protection juridique du consommateur dans le domaine bancaire », in ALJB, *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, Vol. 2, Larcier – Bruxelles, 1994, p. 647.

⁵¹³ « Article 1135-1. (L. 15 mai 1987) Les conditions générales d'un contrat préétablies par l'une des parties ne s'imposent à l'autre partie que si celle-ci a été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat et si elle doit, selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées.

Alinéa 2 abrogé (L. 5 juillet 2004)

(L. 26 mars 1997) Il appartient à la partie qui prétend qu'une clause d'un contrat n'a pas été préétablie d'en rapporter la preuve.

(L. 26 mars 1997) Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement par l'une des parties et que l'autre partie n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion.

(L. 26 mars 1997) Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion ».

⁵¹⁴ Les dispositions de l'article du Code civil sont applicables aux contrats conclus entre un consommateur et un professionnel ainsi qu'à ceux conclus entre commerçants, tandis que la réglementation des clauses abusives voit

toutes deux sanctionner certains types de conditions générales des banques lors de l'ouverture d'un compte. Peuvent être cités « *toute clause conventionnelle portant augmentation de la créance en raison de sa réclamation en justice* » qui est à considérée comme abusive (art. 2.2° de la loi de 1983)⁵¹⁵ ou encore « *sauf acceptation spéciale par écrit, sont toujours inopposables les clauses qui prévoient en faveur de celui qui a établi les conditions générales des limitations de responsabilité* » (art. 1.4°, al. 2 de la loi du 15 mai 1987).

L'auteur affirme qu' « *il n'y a eu qu'à de fort rares occasions des points de friction de la pratique bancaire en matière de conditions générales avec les intérêts des consommateurs* »⁵¹⁶. De plus, M. Jean Brucher affirme qu'à sa connaissance, de 2008 à 2012, « *les tribunaux luxembourgeois n'ont jamais retenu l'existence d'une clause abusive au sein des conditions générales des banques luxembourgeoises concernées par des demandes de dommages et intérêts intentées par des consommateurs à leur encontre* »⁵¹⁷. Il explique que les banques ont réduits « *à néant les risques de litige en soumettant le texte des clauses quelque peu sensibles de leurs conditions générales à une acceptation spéciale de leur clientèle* »⁵¹⁸.

145. Enfin, les droits français et luxembourgeois prévoient que lorsque le professionnel n'a pas respecté l'obligation d'informer le consommateur de l'existence de certains frais (frais supplémentaires, frais supplémentaires de transport, de livraison, d'affranchissement ou autres frais éventuels, et aux frais de renvoi du bien en cas de rétractation) préalablement à la conclusion d'un contrat conclu à distance⁵¹⁹ et hors établissement⁵²⁰, le consommateur ne supporte pas ces frais⁵²¹. Cette sanction réparatrice semble efficace et rappelle le mécanisme des clauses inopposables : n'ayant pas été informé des frais supplémentaires, le consommateur n'y a pas consenti et n'est donc pas obligé de les payer.

son application réservée aux contrats passés entre un « *fournisseur* » professionnel de biens de consommation ou de service et un « *consommateur final privé* » (art. 1^{er} de la loi de 1983).

⁵¹⁵ BRUCHER Jean, « La protection juridique du consommateur dans le domaine bancaire », *op. cit.*, p. 651.

⁵¹⁶ BRUCHER Jean, « La protection juridique du consommateur dans le domaine bancaire », *op. cit.*, p. 658.

⁵¹⁷ BRUCHER Jean, « La protection juridique du consommateur dans le domaine bancaire et financier : morceaux choisis quant à son évolution récente au Luxembourg », Bull. Dr. et Banque– ALJB n° 49, 2012, p. 25, cite : CA, 19 déc. 2007, n° de rôle 29874 et CA, 8 févr. 2007, n° de rôle 30454.

⁵¹⁸ BRUCHER Jean, « La protection juridique du consommateur dans le domaine bancaire », *op. cit.*, p. 659.

⁵¹⁹ C. consom. fr., art. L. 221-6 ; C. consom. lux., art. L. 222-3, paragr. (6).

⁵²⁰ C. consom. fr., art. L. 221-6 ; C. consom. lux., art. L. 222-6, paragr. (1), point e).

⁵²¹ Cette sanction est d'origine européenne : dir. 2011/83/UE, art. 6, paragr. 6.

146. Peut ensuite être mentionnée l'obligation de clarté, obligation générale édictée à l'article L. 211-1, alinéa 1, [anc. art. L. 133-2] du Code de la consommation français. Cet article dispose que « [l]es clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible ». La sanction de l'inexécution de cette obligation se retrouve dans l'interprétation du contrat puisque le deuxième alinéa de l'article dispose qu'en cas de doute, lorsqu'une clause est ambiguë ou obscure, elle s'interprète dans le sens le plus favorable au consommateur⁵²². L'interprétation favorable d'une clause peut sanctionner le manquement à une obligation légale d'information. En effet, une information incomplète ou trompeuse fournie par un professionnel dans un contrat avec un consommateur peut également constituer une clause obscure.

Cette sanction civile réparatrice semble efficace puisqu'elle neutralise les conséquences de la violation. La clause obscure a pu entraîner un préjudice au consommateur, comme un déséquilibre des obligations contractuelles. Or le juge a l'obligation d'interpréter cette clause dans le sens le plus favorable au consommateur et pourra en tirer les conséquences en fonction d'un éventuel préjudice subi. Cependant, MM. Jean Calais-Auloy et Henry Temple affirment que l'efficacité de ce texte doit être « ramenée à sa juste mesure »⁵²³. En effet, les auteurs estiment que « [p]our interpréter le contrat, il faut d'abord qu'un juge soit saisi, ce qui est rarement le cas en matière de consommation » et « il faut ensuite que la clause soit assez obscure pour justifier une interprétation favorable au consommateur »⁵²⁴. Les mêmes auteurs poursuivent leur constat négatif et déclarent que « l'obligation de clarté reste donc, dans bien des cas, un vœu pieux sans conséquence pratique »⁵²⁵. L'interprétation des clauses ambiguës ou obscures en faveur du consommateur en droit des contrats de consommation français peut être une sanction efficace de l'obligation légale d'information lorsque ses effets réparent le préjudice qui découle de la violation. Cependant, sa nature judiciaire est un obstacle à sa mise en œuvre, et donc à son efficacité réparatrice et dissuasive.

147. Puis, en droits français et luxembourgeois, la garantie commerciale⁵²⁶ est une garantie contractuelle proposée par le professionnel à un consommateur lors de la vente d'un bien⁵²⁷

⁵²² V. LAMOUREUX Marie, « L'interprétation des contrats de consommation », D. aff. 2006, chron. 2848.

⁵²³ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2010, n° 172, p. 208.

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *op. cit.*, n° 166, p. 198.

⁵²⁶ En droit français, la loi du 17 mars 2014 a introduit la définition de la garantie commerciale, à l'article L. 217-15, alinéa 1, du Code de la consommation [anc. art. L. 211-15, alinéa 1], édictée par la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs (art. 2, paragr. 14).

qui doit respecter un certain formalisme informatif⁵²⁸. Si le professionnel ne respecte pas le formalisme édicté, la garantie demeure valable et le consommateur reste en droit de l'invoquer⁵²⁹.

Cette sanction apparaît comme efficace car l'objectif de ce formalisme est d'informer le consommateur de son droit au recours à la garantie et à ses conditions de mise en œuvre. Édicter ce formalisme sous peine de nullité aurait été contreproductif, la simple omission des mentions par un professionnel malveillant suffisant à empêcher l'utilisation de la garantie du consommateur. Or, le but de la garantie est la protection du consommateur et celui de son formalisme est la possibilité de mettre en œuvre la garantie par le consommateur.

148. De plus, les droits français et luxembourgeois prévoient que le manquement par le professionnel à son obligation d'information relative au droit de rétractation dans le cadre des contrats conclus à distance et hors établissement et des contrats dits de *timeshare* est sanctionné par le déplacement du point de départ du délai de rétractation en cas de retard de l'information dans les douze mois et quatorze jours suivant la conclusion du contrat, ou de la prorogation du délai rétractation à douze mois à compter de la fin du délai de rétractation initial en cas d'omission de transmission de l'information. En effet, le consommateur est censé être informé préalablement à la conclusion du contrat de sa faculté de rétractation, le délai de quatorze jours courant à partir de la conclusion du contrat.

Le déplacement du point de départ du délai de rétractation est une sanction réparatrice efficace car elle permet au consommateur de bénéficier du délai de quatorze jours de rétractation. Lorsque le consommateur est informé dans les trois mois suivants la conclusion

⁵²⁷ Elle se distingue donc des garanties légales dont le consommateur est automatiquement bénéficiaire, telles la garantie de conformité et la garantie des vices cachés.

⁵²⁸ Le Code de la consommation français dispose que la garantie fait l'objet d'un contrat écrit remis au consommateur (art. L. 217-15, al. 2), elle doit préciser les caractéristiques essentielles de la garantie (al. 3) et mentionner que le vendeur reste tenu des garanties légales (al. 4). Le formalisme pourrait être qualifié de renforcé puisque le professionnel doit également reproduire six articles dans le contrat (al. 3 et 4).

En droit luxembourgeois, la loi du 2 avril 2014 a également reproduit la définition européenne de la garantie commerciale au sein du Code de la consommation luxembourgeois (art. L. 212-10), bien que l'ancienne version du même article contenait déjà une définition similaire. Les obligations d'informations sont similaires à celles du droit français : la garantie doit être écrite (art. L. 212-11, paragr. (2)), contenir certaines informations essentielles (paragr. (1), point a) et préciser l'existence des garanties légales (paragr. (1), point b). À la différence du droit français, la reproduction de certains articles n'est pas exigée.

⁵²⁹ L'article L. 217-15 du Code de la consommation français prévoit qu'en cas de non-respect de ces dispositions « la garantie demeure valable » et que « l'acheteur est en droit de s'en prévaloir » (al. 6). Il s'agissait de l'unique sanction jusqu'à la loi du 17 mars 2014, qui a introduit une sanction répressive. L'article L. 212-11, paragraphe (3) du Code de la consommation luxembourgeois édicte que « [l]e manquement à l'une des prescriptions qui précèdent n'affecte pas la validité de la garantie commerciale dont le consommateur demeure en droit de se prévaloir » (paragr. (3)).

du contrat de sa faculté de rétractation, il dispose du délai initial de quatorze jours pour exercer son droit. Le consommateur est donc remis dans la situation qui aurait été la sienne si le professionnel l'avait correctement informé de son droit de rétractation.

La question semble plus délicate pour la prorogation du droit de rétractation. Lorsque le professionnel omet d'informer le consommateur de son droit de rétractation, le consommateur a la possibilité de se rétracter pendant douze mois et quatorze jours à compter de la conclusion du contrat. Cette sanction apparaît comme sévère envers le professionnel puisqu'elle est source d'insécurité juridique et pourrait encourager les consommateurs de mauvaise foi, pouvant se retirer d'un contrat après plusieurs mois d'exécution. Si on ne peut pas affirmer que cette sanction est répressive, car elle vise bien à réparer le préjudice du consommateur découlant de l'ignorance et donc l'impossibilité d'éventuellement exercer sa faculté de rétractation, elle semble disproportionnée et donc inefficace. En effet, elle accorde au consommateur une longue période pour se rétracter et semble ainsi lui procurer un avantage, dépassant la réparation de son préjudice. Cependant, le choix du législateur européen d'imposer une telle sanction semble s'expliquer par sa volonté de renforcer la fonction dissuasive de cette sanction civile réparatrice.

149. Les sanctions de nature civile sont majoritairement réparatrices et ont pour objectif de réparer le préjudice subi par le consommateur du fait du manquement par le professionnel à son obligation légale d'information. Cependant, d'autres sanctions civiles possèdent une fonction répressive puisqu'elles ne sont pas axées sur la réparation d'un éventuel préjudice mais sur la faute du professionnel.

§2 – Des sanctions civiles répressives

150. Si la majorité des sanctions civiles sont réparatrices, certaines sont répressives et constituent de véritables peines privées. En effet, leur prononcé est fondé uniquement sur la faute du professionnel, le manquement à l'obligation légale d'information, et non sur un éventuel préjudice subi par le consommateur. L'efficacité répressive de la sanction dépend alors de l'adaptation de la peine au comportement prohibé et de la proportionnalité de la peine à la gravité de la faute. C'est ce qu'il conviendra d'analyser à propos de la nullité du contrat prononcé pour seule violation des dispositions consuméristes en droits français et luxembourgeois (A) et la déchéance du droit aux intérêts en droit français (B).

A. La nullité du contrat pour seule violation des dispositions consuméristes

151. M. Denis Mazeaud a constaté que « [l]e régime de la sanction de l'inexécution de l'obligation d'information varie aussi selon le droit qui la fulmine »⁵³⁰. Ainsi il remarque qu'elle est « [s]ouvent automatique en droit de la consommation, en ce sens que seul le manquement du débiteur suffit à contraindre le juge à la prononcer, indépendamment de son effet sur le consentement du consommateur et de la loyauté de celui-ci »⁵³¹. C'est le cas lorsque le juge peut prononcer la nullité du contrat pour seule violation des dispositions consumériste, la seule faute du professionnel, autrement dit l'inexécution de l'obligation légale d'information, suffit au prononcé de la sanction. Selon l'auteur, l'automatisme de la sanction est justifiée par la nécessité de moralisation des relations d'affaires.

152. Le manquement par le professionnel à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation peut être sanctionné par la nullité du contrat pour non-respect des règles de forme (1) ou de dispositions d'ordre public (2).

1. La nullité du contrat pour non-respect des règles de forme

153. En droits français comme luxembourgeois, de nombreux contrats de consommation sont soumis à un formalisme informatif⁵³². Le législateur prévoit que certaines informations doivent être transmises au consommateur selon certaines modalités, par exemple l'offre préalable doit figurer sur un support écrit ou durable⁵³³. En effet, ce type de formalisme a pour objectif d'assurer la transmission de certaines informations au consommateur⁵³⁴, d'« éclairer le consentement du consommateur sur des points que le professionnel aurait tendance à

⁵³⁰ MAZEAUD Denis, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 237, n° 4.

⁵³¹ *Ibid.*

⁵³² V. LEPAGE Agathe, « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Études de droit de la consommation : Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597 et s ; COUTURIER Gérard, « Les finalités et les sanctions du formalisme informatif », *Defrénois*, 2000, n° 15-16, 15 août 2000, p. 285 et s. ; PIEDELIÈVRE Stéphane, *Droit de la consommation*, MOLFESSIS Nicolas (dir.), Corpus Droit Privé, Economica, 2008, n° 460 et s.

⁵³³ Lamy droit du contrat, Étude 132, n° 132-93.

⁵³⁴ COUTURIER Gérard, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Defrénois*, 15 août 2000, n° 15-16, p. 880 et s.

laisser dans l'ombre s'il pouvait librement rédiger le contrat »⁵³⁵. Le législateur prévoit parfois que ces règles de forme sont édictées sous peine de nullité du contrat. La nullité est relative et automatique. Elle est relative puisqu'elle a pour but de protéger le consentement de la partie la plus faible, seul le consommateur peut donc l'invoquer. Puis, la nullité est automatique car lorsque le consommateur l'invoque, le juge doit la prononcer de plein droit, il n'a pas de pouvoir d'appréciation sur l'opportunité du prononcé de la sanction. La logique derrière le formalisme est que « [l]es mentions imposées par le législateur doivent, en effet, être considérées comme essentielles et non pas simplement accessoires ; leur absence vicie le contrat tout entier »⁵³⁶.

154. Ainsi la législation française prévoit, dans le cadre d'un contrat d'assurance conclu par démarchage, que la proposition de contrat ou le contrat doit comporter, à peine de nullité, la mention du 1^{er} alinéa relative au droit de rétractation, et comprendre un modèle de lettre destiné à faciliter l'exercice de la faculté de rétractation⁵³⁷. En l'espèce le législateur souhaite s'assurer de l'effectivité de la faculté de rétractation, qui nécessite que le consommateur en soit informé. Un autre exemple est l'article L. 331-1 [anc. art. L. 341-2] du Code de la consommation français qui prescrit un formalisme informatif pour les contrats de cautionnement sous seing privé et exige une mention manuscrite de la caution sous peine de nullité du cautionnement⁵³⁸. La caution solidaire se voit aussi imposer une mention manuscrite sous peine de nullité de l'engagement⁵³⁹.

⁵³⁵ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2010, n° 167, p. 199.

⁵³⁶ Lamy droit économique 2016, n° 5010.

⁵³⁷ C. ass., art. L. 112-9, paragr. 1, al. 2.

⁵³⁸ C. consom. fr., art. L. 343-1 [anc. art. L. 341-2]. Cependant, la simple erreur matérielle, tels le mauvais numéro d'article ou l'absence de la préposition « et », n'est pas suffisante pour entraîner la nullité du contrat lorsque la portée de la mention n'est pas affectée. Ex : Cass. 1^{ère} civ., 10 sept. 2014, n° 13-22384 (art. L. 341-3 en visa). L'arrêt dispose que « la référence erronée à l'ancien article 2021 du code civil, devenu l'article 2298 à l'issue de la loi du 23 mars 2006, au contenu identique, n'affectait ni le sens ni la portée de la mention manuscrite prescrite par l'article L. 341-3 du code de la consommation » ; Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 2014, n° 12-29177 : « c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que si cette mention n'était pas identique aux prescriptions légales dans la mesure où M. X... avait déclaré accepter de se porter caution au lieu de reproduire la formule « en me portant caution » prévue par l'article L. 341-2 du code de la consommation, avait mis un point à la place d'une virgule après l'indication de la durée de son engagement et avait fait référence à l'ancien article 2021 du code civil, alors que cet article était devenu l'article 2298 à l'issue de la loi du 23 mars 2006, dont le contenu était le même que celui de l'article 2021, la nullité du cautionnement n'était pas encourue dès lors que les différences ainsi observées n'affectaient pas la portée des mentions manuscrites prescrites par la loi ». V. PIEDELIÈVRE Stéphane, *Droit de la consommation*, MOLFESSIS Nicolas (dir.), Corpus Droit Privé, Économica, 2008, n° 391 et s.

⁵³⁹ C. consom. fr., art. L. 341-3. Ici encore, le contrat de cautionnement solidaire n'est pas annulé si la simple erreur matérielle n'altère pas la portée de l'engagement. Ex : Cass. 1^{ère} civ., 27 nov. 2013, n° 12-21393, (art. L. 341-2 et L. 341-3 en visa) : « ni l'évocation du caractère « personnel et solidaire » du cautionnement dans la

Dans le cadre d'un contrat conclu à distance par voie électronique, le professionnel luxembourgeois doit veiller à ce que le consommateur soit informé de son obligation de payer lorsqu'il passe commande. Il doit notamment insérer la seule mention « *commande avec obligation de payer* » ou une expression équivalente sur tout bouton ou procédé similaire qu'il faut activer⁵⁴⁰. Le Code de la consommation précise que tout contrat conclu en violation est nul de plein droit, seul le consommateur pouvant l'invoquer⁵⁴¹. Peut également être cité l'article L. 224-1, alinéas 1 à 3, qui impose un formalisme informatif du contrat de contrats de voyages, vacances ou séjours à forfait. Le contrat doit notamment comporter toutes les indications relatives aux noms et adresse de l'organisateur, du vendeur, du garant et de l'assureur les prestations fournies ainsi que leur prix, modalités de paiement et les droits et obligations des parties notamment en matière de révision des prix⁵⁴². Ensuite, les clauses consignées par écrit du contrat doivent être communiquées à l'acheteur avant la conclusion du contrat⁵⁴³. Le quatrième et dernier alinéa de cet article dispose que le contrat conclu en violation de ces dispositions est nul, mais que la nullité peut uniquement être invoquée par l'acheteur⁵⁴⁴.

155. La nullité du contrat pour non-respect du formalisme informatif est une sanction répressive car son prononcé dépend de la faute du professionnel, telle l'omission d'une mention ou la transmission des informations sur un support inadapté, indépendamment de l'existence d'un éventuel préjudice du consommateur. Cette sanction automatique semble se justifier par l'éventuelle situation de vulnérabilité du consommateur ou l'importance des conséquences de certains contrats.

Cependant, la nullité automatique n'apparaît pas comme une sanction répressive efficace pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'anéantissement du contrat ne semble pas adapté au comportement prohibé. En effet, la nullité est la sanction naturelle d'un défaut de formation du contrat. La nullité de l'acte entraîne les restitutions réciproques afin de replacer les parties

formule caractérisant l'engagement de caution, ni la substitution du numéro « 2021 » au numéro « 2298 » dans celle relative à la solidarité, n'affectent la portée des mentions manuscrites » ;

Cass. 1^{ère} civ., 10 avr. 2013, n° 12-18544 : (art. L. 341-2 L. 341-3 en visa) « *l'évocation du caractère « personnel et solidaire » du cautionnement, d'une part, la substitution du terme « banque » à ceux de « prêteur » et de « créancier », d'autre part, n'affectaient ni le sens ni la portée des mentions manuscrites prescrites par les articles L. 341-2 et suivant du code de la consommation* ».

⁵⁴⁰ C. consom. lux., art. L. 222-4, paragr. (2), al. 2.

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² C. consom. lux., art. L. 225-11, al. 1. Ces informations sont détaillées aux articles. R. 225-1 et suivants.

⁵⁴³ C. consom. lux., art. L. 225-11, al. 3.

⁵⁴⁴ C. consom. lux., art. L. 225-11, al. 4.

dans la situation qui était la leur avant la conclusion de l'acte. Or, le professionnel recherche la réalisation de profit, une sanction portant atteinte au patrimoine semble alors plus adaptée, telle une amende.

Ensuite, la sanction ne semble pas être proportionnelle à la gravité de la faute de par son caractère automatique. La nullité apparaît donc comme disproportionnée car trop sévère. En effet, permettre l'anéantissement du contrat sans preuve de son inutilité porte atteinte à la sécurité juridique. Ainsi, Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles dénonce l'automatisme de la nullité fondée sur la violation d'une règle de forme. Elle est insatisfaisante selon l'auteur puisque son prononcé n'est pas soumis aux conditions de l'efficacité d'une sanction civile autrement dit que la nullité puisse réparer les effets de la violation et que l'anéantissement du contrat soit la sanction adaptée à ces effets⁵⁴⁵. De plus, selon Mme Nathalie Douche-Doyette « *certaines obligations d'information ou certaines exigences du formalisme informatif, apparaissent parfois superflues voir contre-productives, et leur violation n'entraîne pas nécessairement l'inutilité du contrat pour le consommateur* », et il convient alors d'exiger que le consommateur « *démontre le caractère déterminant de la violation de la disposition consumériste* »⁵⁴⁶.

156. La nullité automatique du contrat pour violation du formalisme informatif semble être une sanction répressive inefficace. De plus, la doctrine rappelle que « [l]a nullité du contrat pour défaut d'une mention obligatoire est rarement invoquée, et donc peu redoutée de la partie qui a la maîtrise de la rédaction du contrat »⁵⁴⁷. Or, la croyance des cocontractants en la réalisation d'une sanction est une des conditions de l'efficacité dissuasive de la sanction. Ainsi, MM. Jean Calais-Auloy et Henri Temple affirment que « *la nullité n'est pas une sanction suffisamment dissuasive* »⁵⁴⁸, d'où la création de sanctions pénales, en droit français, applicables à l'omission d'une mention obligatoire.

De plus, les mêmes auteurs exposent les limites du formalisme. En effet, le contrat conforme au formalisme informatif imposé par la loi n'est pas forcément un contrat clair, situation qui peut être illustrée par les polices d'assurances⁵⁴⁹. Le législateur français a donc également

⁵⁴⁵ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 217.

⁵⁴⁶ DOUCHE-DOYETTE Nathalie, *La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation*, thèse, Université de Lorraine, 2012, n° 138.

⁵⁴⁷ Lamy droit économique 2016, n° 5010.

⁵⁴⁸ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *op. cit.*

⁵⁴⁹ *Ibid.*

prévu que des décrets en Conseil d'État, pris après avis de la Commission des clauses abusive, peuvent réglementer la présentation des contrats écrits entre consommateurs et professionnels⁵⁵⁰. MM. Jean Calais-Auloy et Henri Temple approuvent cette disposition car l'uniformisation de la présentation des contrats pourrait sensiblement améliorer l'information du consommateur ainsi que stimuler la concurrence puisque la comparaison des contrats serait facilitée⁵⁵¹. Cependant, seul un décret a été pris sur la base de ce texte. Le décret du 22 décembre 1987 réglementait ainsi la présentation des écrits contrats de garantie et de service après vente d'appareils domestiques⁵⁵².

157. Nous venons de voir que la loi française et la loi luxembourgeoise disposent parfois que le formalisme informatif relatif à certains contrats de consommation doit être respecté par le professionnel sous peine de nullité du contrat. Le juge français et le juge luxembourgeois peuvent également prononcer la nullité du contrat de manière automatique lorsque le professionnel a violé des obligations légales d'information d'ordre public.

2. La nullité du contrat pour violation de dispositions d'ordre public

158. L'article 6 du Code civil⁵⁵³ français et l'article 6 du Code civil luxembourgeois disposent notamment que les parties ne peuvent pas conclure une convention contraire à l'ordre public⁵⁵⁴. L'ordre public peut être défini comme le « *[c]aractère des règles juridiques qui s'imposent dans les rapports sociaux, pour des raisons de moralité ou de sécurité*

⁵⁵⁰ C. consom. fr., art. L. 211-1 [anc. art. L. 133-1].

⁵⁵¹ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2010, n° 167, p. 199.

⁵⁵² Décret introduit aux anc. art. R 211-1 à R. 211-3. Ces articles ont été abrogés par le décret n° 2014-1109 du 30 septembre 2014 (art. 38). Le second alinéa de l'article L. 211-1 du Code de la consommation français dispose qu'un décret en Conseil d'État précise les modalités de présentation des contrats proposés aux consommateurs en vue d'assurer l'information du consommateur. Actuellement, la partie réglementaire correspondante ne contient aucun article et *a priori* le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation (JORF n° 0151 du 30 juin 2016, texte n° 62) n'a introduit aucune disposition en application de l'article L. 211-1.

⁵⁵³ Le nouvel article 1102, alinéa 2, précise que « [l]a liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ». De plus, le nouvel article 1162 en vigueur au 1^{er} octobre 2016 dispose que « [l]e contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

⁵⁵⁴ Ne sera pas étudié l'ordre public international. À titre d'exemple, dans un arrêt du 2 décembre 2015, la Cour de cassation française a estimé que la méconnaissance des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation prescrivant des mentions manuscrites en cas de cautionnement donné par une personne physique à un professionnel n'était pas contraire à l'ordre public international (Cass. 1^{ère} civ., 2 déc. 2015, n° 14-25147). Les juges du second degré en ont exactement déduit que ne peut pas être annulée la sentence arbitrale qui donne effet à un cautionnement dépourvu de ces mentions.

impératives »⁵⁵⁵. Ainsi, M. Pierre Pescatore rappelle que « [s]ont d'ordre public les règles de droit qui forment la partie essentielle de l'ordre social, les bases juridiques de la société »⁵⁵⁶ et qu'en conséquence cette notion intervient dans tous les domaines du droit. La plupart des dispositions consuméristes, dont les obligations légales d'information, sont d'ordre public. Si le caractère d'ordre public des dispositions n'est pas expressément prévu par les textes⁵⁵⁷, il est fréquemment déduit par la jurisprudence notamment lorsque ces dispositions sont assorties de sanctions pénales⁵⁵⁸. La sanction de la violation d'une loi d'ordre public est par principe la nullité de la convention⁵⁵⁹. Ainsi, la violation des dispositions consuméristes d'ordre public, dont font parties de nombreuses voir toutes les obligations légales d'information édictées, permet l'annulation automatique du contrat sur le fondement de l'article 6 du Code civil. En effet, le simple constat de la violation de l'obligation légale d'information d'ordre public suffit à son prononcé. La question est de savoir si la nullité automatique du contrat de consommation pour violation d'une obligation légale d'information d'ordre public est une sanction répressive efficace. Il convient préalablement de rappeler quelques précisions relatives à l'ordre public.

159. La doctrine distingue deux types d'ordre public au sein du domaine économique⁵⁶⁰. Ainsi, la violation de l'ordre public de protection n'entraînerait qu'une nullité relative, qui ne pourrait être invoquée que par la partie protégée et pourrait être confirmée, tandis que la méconnaissance de l'ordre public de direction serait source d'une nullité absolue, que le juge

⁵⁵⁵ GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques 2014*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2014, « ordre public » p. 658.

⁵⁵⁶ PESCATORE Pierre, *Introduction à la science du droit*, 2^{ème} réimpression, Université du Luxembourg, Bruylant Bruxelles, 2009, n° 131.

⁵⁵⁷ Le Code de la consommation français précise fréquemment le caractère d'ordre public de certaines dispositions. Sont concernées la plupart des obligations légales d'information. Ainsi le Code dispose que sont d'ordre public les dispositions communes au crédit à la consommation et au crédit immobilier (art. L. 314-26), l'obligation générale d'information précontractuelle (art. L. 111-8), la réglementation des clauses abusives (art. L. 212-3), et les dispositions relatives aux contrats conclus à distance et hors établissement (art. L. 221-29). À l'inverse, le Code de la consommation luxembourgeois n'attribue pas expressément le caractère d'ordre public à certaines de ses dispositions.

⁵⁵⁸ TI Niort, 8 déc. 1999, *Mme P. c/ Sté Uni Côte Ouest*, JurisData n° 1999-133574 (nullité du contrat de courtage matrimonial pour violation de multiples dispositions du Code de la consommation français notamment aux règles du démarchage qui sont d'ordre public). V. RAYMOND Guy, « Rappel des conditions de validité d'un contrat de courtage matrimonial conclu au domicile du client », *Contrats-conc.-consom.* n° 2, févr. 2000, comm. 32.

⁵⁵⁹ POELMANS Olivier, *Droit et obligations au Luxembourg. Principes généraux et examen de jurisprudence*, Larcier, 2013, n° 117.

⁵⁶⁰ V. FARJAT Gérard, *L'ordre public économique*, Paris : R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1963.

pourrait soulever d'office, même si le consommateur ne l'invoquait pas, car elle « *sanctionne la violation de règles établies dans l'intérêt général* »⁵⁶¹.

L'intérêt du consommateur face au professionnel est généralement⁵⁶² considéré comme faisant partie de l'ordre public de protection « *qui tend à la défense d'intérêts particuliers estimés primordiaux [...] et dont la violation n'entraîne qu'une nullité relative* »⁵⁶³. En effet, l'objectif du droit de la consommation, et notamment de l'obligation d'information, est essentiellement de « *protéger l'une des parties et [...] [de] préserver l'équilibre interne au contrat* »⁵⁶⁴. En droits français et luxembourgeois, les dispositions d'ordre public visant à protéger le consentement du consommateur peuvent prendre plusieurs formes⁵⁶⁵. Les législateurs ont pu instaurer un délai de réflexion ou une faculté de rétractation pour certains contrats⁵⁶⁶, imposer la communication des informations substantielles du contrat avant sa conclusion (caractéristiques essentielles du bien ou du service, prix et limitations éventuelles de la responsabilité et la date limite de livraison) ou réglementer la forme et le contenu du contrat en prescrivant un formalisme informatif⁵⁶⁷ et en interdisant les clauses abusives.

La doctrine française comme luxembourgeoise y oppose l'ordre public de direction, source de nullité absolue « *parce que la norme en cause correspond aux exigences fondamentales de l'économie (par ex. la prohibition de certaines indexations pour éviter leur effet*

⁵⁶¹ PESCATORE Pierre, *Introduction à la science du droit*, 2^{ème} réimpression, Université du Luxembourg, Bruylant Bruxelles, 2009, p. 393. Ainsi l'auteur explique qu'en pratique sont souvent cumulées deux actions en justice, l'action civile par la partie civile tendant à la réparation du préjudice subi, et l'action publique menée par le Ministère public en vue de la condamnation pénale de l'auteur de la violation.

⁵⁶² M. J.-P. Pizzio explique que « *[l]a protection des consommateurs est assumée par des règles impératives qui relèvent, bien que le code de la consommation reste silencieux sur ce point, soit de l'ordre public économique de direction lorsqu'elles ont pour objet de corriger les abus résultant de certaines pratiques commerciales affectant le fonctionnement du marché au détriment des consommateurs, soit de l'ordre public économique de protection lorsqu'elles ont pour objet de protéger le consentement de ces mêmes consommateurs en assurant, en renfort du droit commun qui se limite à sanctionner les vices du consentement, la prévention de ces vices par des mesures spécifiques, telles que l'obligation d'informer, le délai de réflexion ou la faculté de rétractation* » (PIZZIO Jean-Pierre, « *Domaine d'application du droit de la consommation* », D. 2000, p. 40).

⁵⁶³ GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques 2014*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2014, « *ordre public* » p. 658.

⁵⁶⁴ POELMANS Olivier, *Droit et obligations au Luxembourg. Principes généraux et examen de jurisprudence*, Larcier, 2013, n° 114.

⁵⁶⁵ Lamy droit du contrat, n° 236-83.

⁵⁶⁶ V. FERRIER Didier, « *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants* », D. 1980, chr., p. 177 ; CHRISTIANOS Vassili, « *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs* », D. 1993, chr., p. 28.

⁵⁶⁷ Par ex. le législateur français impose à la caution personne physique (consommateur, non-professionnel, ou professionnel) qui s'engage envers un créancier professionnel d'apposer une mention manuscrite ainsi que sa signature sous peine de nullité – la caution solidaire est soumise à une obligation identique (HOUTCIEFF Dimitri, « *Propos sur un formalisme moderne : les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation* », RDC 2004, p. 408).

inflationniste) »⁵⁶⁸. Cependant, le caractère de protection ou de direction des dispositions consuméristes est incertain et débattu en doctrine. Ainsi M. Guy Raymond insiste sur le fait que les sanctions pénales en droit de la consommation ont pour but « *d'établir un certain ordre social, de déterminer des comportements délictueux, de protéger l'intérêt collectif en même temps que l'intérêt individuel* »⁵⁶⁹. Les dispositions du droit de la consommation dont le caractère d'ordre public est expressément prévu, assorties de sanctions pénales revêtent, pour l'auteur, la caractéristique d'un ordre public de direction, et non de protection, et devraient avoir pour sanction civile la nullité absolue.

160. Une des distinctions existant entre ces deux ordres publics est que seule la personne protégée peut invoquer l'ordre public de protection tandis que le juge peut relever d'office la violation de règles d'ordre public de direction.

Cependant, la jurisprudence française n'a pas toujours été uniforme quant à l'application de ce principe. En effet, dans un premier temps les juges français ont considéré que la méconnaissance de dispositions légales, même d'ordre public, « *ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger* »⁵⁷⁰, et non soulevées d'office par le juge, sauf si « *cette personne a manifesté son intention de se prévaloir de la nullité de l'acte, fût-ce sur un autre fondement* »⁵⁷¹. Ensuite, la Cour suprême française a opéré un revirement de jurisprudence par un arrêt du 22 janvier 2009⁵⁷² en déclarant que « *la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation peut être relevée d'office par le juge* »⁵⁷³. Cependant, le relevé d'office du juge

⁵⁶⁸ GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques 2014*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2014, « ordre public » p. 658.

⁵⁶⁹ RAYMOND Guy, « Crédit – formalisme – sanctions en droit de la consommation », in *Mélanges offerts à Pierre COUV RAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 115.

⁵⁷⁰ Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 2002, n° 00-22199 (cassation au visa des art. L. 311-2 et L. 311-9 du C. consom. – contrat de crédit à la consommation), D. 2003. 549, note Gout ; autre ex. : Cass. 1^{ère} civ., 15 févr. 2000, n° 98-12713, D. 2000. AJ 245, obs. Rondey, JCP 2001 II. 10477, note Gout, CCC 2000, n° 116, obs. Raymond.

⁵⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2002, n° 99-21121 (au visa de l'art. L. 121-26 du C. consom. – contrat conclu après un démarchage), RDC 2003. 86, obs. Fenouillet, RTD civ. 2003. 704, obs. Mestre et Fages.

⁵⁷² Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 2009, n° 05-20176, D. 2009, obs. Avena-Robardet, *ibid.* 908, note Piedelièvre, JCP 2009. II. 10037, note Lagarde, Dr. et proc. 2009. 159, note Bazin, CCC 2009, n° 88, obs. Raymond, Defrénois 2009. 663, obs. Savaux, LPA 8 avr. 2009, note Poissonnier, Dr. et patr. sept. 2009, p. 90, obs. Mattout et Prüm, RDC 2009. 1078, obs. Fenouillet.

⁵⁷³ En l'espèce, le compte de l'emprunteur avait « *fonctionné en position débitrice plus de trois mois sans qu'une offre de crédit conforme aux dispositions des articles L. 311-1 et suivants du code de la consommation lui ait été proposée, de sorte que les dispositions de l'article L. 311-2 du même code n'ont pas été respectées* ».

La solution de cet arrêt correspond à l'objectif de l'art. L. 141-4 du C. consom., créé antérieurement à cet arrêt par la loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008 (art. 34), qui dispose que « *[l]e juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* ».

était déjà accepté antérieurement en ce qui concerne les clauses abusives⁵⁷⁴. M. Olivier Poelmans relève que « [l]a nullité des clauses abusives [...] est une nullité d'une nature particulière »⁵⁷⁵. En effet, puisqu'elles relèvent de l'ordre public de protection leur nullité devrait être relative. Cependant le juge luxembourgeois, comme le juge français, peut soulever d'office la nullité qui résulte de la violation de la législation sur les clauses abusives⁵⁷⁶ et éventuellement la prononcer⁵⁷⁷.

161. De plus, le juge français a pu subordonner le prononcé de la nullité d'une convention pour violation de dispositions d'ordre public à l'existence d'un vice du consentement, plus précisément un dol⁵⁷⁸. Or, dans un arrêt très commenté de la première chambre civile de la

⁵⁷⁴ En 2004, Mme Valérie Avena-Robardet estimait que « [s]i le juge national doit relever d'office un manquement aux dispositions de la directive du 5 avr. 1993 sur les clauses abusives, cette exigence ne s'étend pas aux irrégularités d'une offre de crédit » (AVENA-ROBARDET Valérie, « Crédit à la consommation : la première Chambre civile campe sur ses positions », D. 2004, p. 947).

Nous avons vu précédemment que la possibilité pour le juge de relever d'office les clauses abusives était également présente en droit luxembourgeois. Cette faculté s'est transformée en obligation sous l'impulsion de la Cour de justice de l'Union européenne, ce qui donna lieu à création du second alinéa de l'art. L. 141-4 C. consom. français par la loi Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014 (art. 81).

⁵⁷⁵ POELMANS Olivier, *op. cit.* n° 119. V. COUSTANCE Frédérique, « Les clauses abusives en droit luxembourgeois : état des lieux de la législation et de son application », ACE, 2012, n° 5, p. 3 ; HOFFMANN Camille, « Les clauses abusives en droit luxembourgeois », Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves, Luxembourg N° 58, mars 1954, pp. 17-32 et N° 59, juill. 1984, pp. 4-24.

⁵⁷⁶ POELMANS Olivier, *op. cit.* n° 116. Pour un ex. dans lequel le tribunal relève d'office la nullité de clauses abusives (Trib. Luxembourg, 18 déc. 1985, n° de rôle 32743) : en l'espèce, un ensemble de clauses stipulait que le consommateur était immédiatement engagé par sa signature tandis que le vendeur n'était engagé que par sa confirmation écrite. Le juge luxembourgeois en déduit que « [c]ette loi [loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur] est d'ordre public et doit être appliquée d'office par le tribunal. Comme les clauses qualifiées d'abusives et partant nulles dans le contrat invoqué sont relatives au consentement des parties, c'est-à-dire à l'existence même du contrat, ledit contrat est vicié ab initio et nul dans son entièreté ».

⁵⁷⁷ M. Olivier Gout rappelle que « le fait pour le juge de pouvoir relever d'office la nullité d'un acte ne signifie pas pour autant qu'il est en mesure de la prononcer. Il devra seulement l'opposer à celui qui se prévaut de l'acte irrégulier, c'est-à-dire la soulever par voie d'exception » (GOUT Olivier, « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », D. 2003, p. 589, n° 14).

⁵⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 15 déc. 1998, n° 96-19898 (à propos de l'art. L. 113-3 du C. consom. qui édicte l'obligation pour le professionnel d'informer le consommateur sur les prix), MESTRE Jacques, « D'importantes précisions sur les cas de nullité du contrat », RTD Civ. 1999, p. 383 ; PIZZIO Jean-Pierre, « Domaine d'application du droit de la consommation », D. 2000, p. 40.

M. J.-P. Pizzio cite M. J. Mestre qui souligne que le critère utilisé par les juges n'est pas l'existence d'une sanction pénale ni le caractère d'ordre public mais « l'intensité de la règle transgressée au regard du souci de protection du consentement » (PIZZIO J.-P. et MESTRE J., *op. cit.*). Ainsi lorsqu'une règle préventive intervient antérieurement à la formation du contrat (telle l'obligation d'information du prix ou des caractéristiques essentielles du bien ou service), le manquement à l'obligation d'information ne sera sanctionné qu'en présence d'un dol. À l'inverse, une règle préventive qui assure sa fonction au cours de l'échange des consentement (obligation d'informer dans le contrat ou délai de réflexion) avant que l'engagement ne soit définitif verra sa violation sanctionnée par la nullité du contrat « car une telle règle s'inscrit dans le processus de formation du contrat » (PIZZIO J.-P., *op. cit.*). M. A. Constantin soulève alors la question suivante : « comment mesurer objectivement et sans arbitraire « l'intensité » de la norme ? » (CONSTANTIN Alexis, « Nullité d'un contrat de vente de meubles pour défaut d'étiquetage », SJEAN n° 30, 28 juill. 2005, 1145). En effet, l'auteur souligne que le « risque [est] de lier systématiquement la nullité à l'existence d'une sanction pénale ». L'auteur conclut en citant M. J. Ghestin qui énonce que c'est au « cas par cas que la Cour de cassation, à défaut de précision du

Cour de cassation en date du 7 décembre 2004⁵⁷⁹, les juges ont estimé que la méconnaissance des dispositions d'ordre public que sont les articles 2 et 5 du décret n° 86-583 du 14 mars 1986 (imposant un formalisme informatif aux bons de commande de meubles) est sanctionné non seulement pénalement, comme le prévoit l'article L. 214-2, alinéa 1 du Code de la consommation, mais aussi, en vertu de l'article 6 du Code civil, par la nullité⁵⁸⁰ du contrat de vente⁵⁸¹. Tout d'abord, cet arrêt confirme la possibilité de cumuler une sanction pénale avec la nullité du contrat lorsqu'une disposition d'ordre public a été enfreinte⁵⁸². Ensuite, il apparaît que la nullité d'un contrat prononcée sur le fondement des articles 6 des Codes civils français et luxembourgeois est une nullité automatique et virtuelle⁵⁸³, la preuve d'un vice du consentement n'étant pas nécessaire. Si la solution adoptée par la Cour n'est pas nouvelle⁵⁸⁴, certains auteurs affirment que l'arrêt en date de 2004 constitue un revirement de jurisprudence puisque « *la Cour de cassation entend sonner le glas de toute jurisprudence qui ferait preuve de défiance à l'égard de la protection du consentement du consommateur* »⁵⁸⁵. Cependant,

législateur, choisit la sanction qui lui semble la plus adéquate » (GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Le contrat : formation*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1988, n° 728).

⁵⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 2004, n° 01-11823, D. 2005, p. 75, obs. Rondey C. ; JCP 2005. II. 10160, note Rzepecki N. ; SJEA n° 30, 28 juill. 2005, 1145, comm. Constantin A. ; Dr. et patr., mars 2005, n° 135, p. 85, obs. Chauvel ; RDC 2005. 323, obs. Fenouillet ; LPA n° 178, 7 sept. 2005, p. 16, note Bazin É. ; RTD civ. 2005, p. 389, obs. Mestre J. et Fages B.

⁵⁸⁰ La Cour de cassation avait déjà reconnu le droit au consommateur d'agir en nullité de la vente : Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 1994, 91-21347 (« *Vu l'article 1134 du Code civil ; Attendu que, pour décider que M. X... avait renoncé tacitement et sans équivoque à se prévaloir des dispositions d'ordre public prises pour l'information du consommateur en matière de commerce de meubles, l'arrêt attaqué énonce que la facture mentionnait "décor acajou", "ce qui (impliquait) qu'il s'agissait d'un placage", de sorte que le client ne pouvait soutenir sérieusement avoir été trompé sur l'essence du bois ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'indication portée sur la facture était équivoque quant au matériau employé pour la fabrication du meuble mis en vente, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »). L'ancien article 1134 du Code civil correspond aux actuels articles 1103, 1104 et 1193 du Code civil.

⁵⁸¹ Dans cette affaire, le bon de commande de divers objets d'ameublement ne comportait pas la totalité des mentions exigées, et il n'était pas prouvé que les fiches techniques des meubles aient été remises à l'acquéreur. En effet, les articles 2 et 5 du décret cité disposent que « *les documents commerciaux indiquant le prix d'un ou de plusieurs objets ou ensemble d'objets d'ameublement exposés, détenus en vue de la vente ou mis en vente dans des locaux accessibles au public, doivent, en outre, porter diverses mentions que ces textes énumèrent, à moins que ne soit délivrée à l'acheteur la fiche technique d'identification de chaque objet vendu, la délivrance de celle-ci devant, en ce cas, être expressément mentionnée sur lesdits documents* ».

⁵⁸² Dans un arrêt du 7 oct. 1998, la Cour de cassation avait estimé que le prononcé de la nullité du contrat ne peut pas être écarté par le juge au motif que la disposition d'ordre public, en l'espèce l'article L. 121-26, alinéa 1^{er} du Code de la consommation relatif au contrat conclu par démarchage à domicile, est assortie d'une sanction pénale (Cass. 1^{ère} civ., 7 oct. 1998, n° 96-17829, JCP 1999 II. 10039, note Gervais, RTD civ. 1999. 383, obs. Mestre).

⁵⁸³ L'article 6 du Code civil dicte une nullité virtuelle, en opposition aux nullités textuelles, nullités prévues par un texte spécifique.

⁵⁸⁴ V. arrêt de la Cour de cassation du 7 oct. 1998 précité et arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 oct. 1994 cité *infra*.

⁵⁸⁵ BAZIN Éric, « De la nullité virtuelle d'un contrat de consommation », LPA n° 178, 7 sept. 2005, p. 16, n° 11 ; MARCHAND A., « L'article 6 du Code civil au secours du consommateur », Lamy Droit économique, Bull. d'actualité, n° 180, janv. 2005.

M. Alexis Constantin précise qu'il ne faut pas « *se méprendre sur sa portée* »⁵⁸⁶. En effet, en aucun cas la Cour dispose que la présence d'une sanction pénale détermine automatiquement le prononcé de la nullité de la convention. La sanction pénale attachée à la méconnaissance d'une règle renseigne sur son caractère d'ordre public mais ne justifie pas le prononcé de la nullité.

Ainsi le caractère d'ordre public attaché aux dispositions du droit de la consommation permet notamment de sanctionner les manquements aux obligations légales d'information pour lesquelles la loi ne prévoit pas de sanction expresse⁵⁸⁷. C'était notamment le cas de l'obligation d'information précontractuelle issue de l'article L. 111-1 du Code de la consommation français avant qu'elle ne soit spécifiquement sanctionnée, depuis l'entrée en vigueur de la loi Hamon du 17 mars 2014, par une amende administrative pour les contrats conclus à partir du 13 juin 2014⁵⁸⁸. Ainsi dans un arrêt du 4 octobre 1996⁵⁸⁹, les juges français du second degré avaient prononcé la nullité du contrat de vente pour non respect de dispositions d'ordre public sur le fondement de l'article L. 111-1 du Code de la consommation. Était en cause « *une bibliothèque fabriquée, selon le bon de commande, en « merisier massif », alors que ce bois n'existait que sur les parties apparentes* ».

162. Le juge luxembourgeois semble adopter un raisonnement similaire à celui du juge français quant au formalisme informatif⁵⁹⁰ et tend à prononcer la nullité du contrat en

⁵⁸⁶ CONSTANTIN Alexis, « Nullité d'un contrat de vente de meubles pour défaut d'étiquetage », SJEA n° 30, 28 juill. 2005, 1145.

⁵⁸⁷ En 2000, M. J.-P. Pizzio déclarait à propos de l'obligation d'informer le consommateur, du délai de réflexion et de la faculté de rétractation que « [l']inobservation de ces dernières règles préservant l'intégrité du consentement ne fait pas toujours l'objet de sanctions spécifiques, de sorte que la question se pose de savoir si, en l'absence de telles sanctions, il convient de revenir à la sanction du droit commun, qui est la nullité » (PIZZIO Jean-Pierre, « Domaine d'application du droit de la consommation », D. 2000, p. 40).

⁵⁸⁸ C. consom. fr., art. L. 111-6. Rappelons qu'étaient également sans sanction spécifique les obligations légales d'information suivantes en droit français : l'obligation générale d'information sur les prix, les conditions particulières de la vente et l'exécution du service en droit français (C. consom. fr., art. L. 113-3, al. 1), ainsi que l'obligation d'information sur la date ou le délai de livraison du bien ou d'exécution du service si elle n'est pas immédiate (C. consom. fr., art. L. 111-1, al. 1, 3° - anc. art. L. 114-1, al. 1, qui soumettait l'obligation au dépassement du prix d'un certain seuil fixé par voie réglementaire). À l'image du manquement à l'obligation précontractuelle d'information, la loi Hamon prévoit que le manquement à ces obligations d'information est sanctionné par une amende administrative (respectivement : C. consom. fr., art. L. 113-3-2 et art. L. 111-6).

⁵⁸⁹ CA Paris, 25^e ch., sect. B, 4 oct. 1996, *Caret c/ SA René Godfrid*, n° 26216/94, RJDA 1997, n° 5, n° 629 (arrêt cité par Lamy droit économique 2015, n° 5003), Contrats-conc.-consom. 1997, comm. n° 34, obs. G. Raymond.

⁵⁹⁰ Il ressort également de la jurisprudence luxembourgeoise que les juges sanctionnent régulièrement l'absence d'autorisation conditionnant l'accès à certaines professions, dont les lois qui les édictent prévoient également des dispositions pénales (ex. loi du 2 juin 1962 relative aux entrepreneurs), par la nullité du contrat conclu par le professionnel dépourvu d'autorisation sur le fondement de l'article 6 du Code civil. C'est le cas par exemple pour une agence immobilière (Trib. Luxembourg, 21 avr. 1993, n° de rôle 46302 ; 352/93), un entrepreneur (Trib. Luxembourg, 1^{er} mars 1989, n° de rôle 112/89 – C. civ., art. 1131 et art. 6, Loi du 2 juin 1962, art. 1) ou

présence de formalités dont le manquement est frappé de sanctions pénales. Ainsi la nullité d'un contrat de mandat entre un agent immobilier et son client a été prononcée pour non respect de la formalité d'une rédaction par écrit du contrat de mandat⁵⁹¹. Parfois le juge prononce la nullité du contrat pour non-respect du formalisme informatif, en l'absence de sanction pénale, selon l'importance du contrat en cause. Ainsi le juge a déclaré un contrat de réservation nul, dans le cadre de la vente d'un immeuble à construire, au motif que des mentions étaient manquantes ou que les informations étaient imprécises⁵⁹².

163. Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles explique l'attitude de la Cour de cassation française, *a priori* suivie par le juge luxembourgeois, par la place qui est accordée à la volonté du contrat. L'auteur affirme dans sa thèse que « [s]i ces contrats, relevant essentiellement du droit de la consommation, comportent toujours des dispositions impératives, leur finalité est différente puisqu'elles ne visent qu'à restaurer une volonté saine et libre du consommateur »⁵⁹³, notamment en imposant une obligation précontractuelle d'information au consommateur sous forme orale ou écrite dans le contrat, telle une mention obligatoire au sein du contrat ou dans un document annexe. Mais contrairement au droit commun, dont l'équilibre est évalué par le juge au travers des vices du consentement, « l'ensemble des lois spéciales serait plutôt en réaction, en sanctionnant systématiquement la violation des règles

encore un installateur de piscine (Trib. Luxembourg, 9 mars 2005, n° de rôle 62430 – C. civ. art. 1131, art. 1133 et art. 6, loi du 28 déc. 1988, art. 1). Le raisonnement du juge luxembourgeois est le suivant. La réglementation de l'accès à certaines professions tend d'une part à « assurer une certaine direction de l'économie et une certaine organisation des rapports sociaux de production », et d'autre part à protéger les consommateurs (V. arrêt précité du 1^{er} mars 1989). Ensuite le juge constate que le manquement à ces dispositions est sanctionné pénalement et donc « qu'il serait anormal de laisser intacts les contrats dont les auteurs se voient interdire la conclusion sous peine de sanctions pénales ». Le juge en déduit que l'ordre public est affecté et que « la sanction la plus efficace pour parvenir au but visé par la loi est de déclarer nulles les opérations conclues en violation de cette législation », la nature de la nullité étant absolue en l'espèce.

⁵⁹¹ Ex. : Justice de Paix Luxembourg, 10 mars 1992, n° de rôle 914/92. Était en cause l'obligation pour un agent immobilier lors de la vente ou de la location de biens immobiliers de produire un contrat de mandat écrit en double exemplaire et signé par les parties (règlement grand-ducal du 20 janvier 1972, art. 8) sous peine d'encourir une sanction pénale (art. 9). Le juge estime que le contrat de mandat oral doit ainsi être annulé pour méconnaissance de ces dispositions d'ordre public (v. également : Trib. Luxembourg, 25 janv. 1987, n° de rôle 34184 ; Trib. Luxembourg, 21 déc. 1988, n° de rôle 37605 ; Trib. Luxembourg, 19 juin 1991, n° JUDOC 99114708). En l'espèce le juge applique les art. 8 et 9 de règlement cité et non l'art. 6 du C. civ. lux.

⁵⁹² Justice de Paix Esch-sur-Alzette, 23 mars 1989, n° de rôle 475/89 : en l'espèce le juge fait application de l'art. 1601-13 du Code civil luxembourgeois et non de l'art. 6 du même Code.

⁵⁹³ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, p. 10, n° 5. L'auteur compare la création par le législateur français des règles impératives limitées à celles protégeant le consentement des consommateurs à celle, antérieure, des contrats dont les dispositions étaient presque toutes impératives en fonction de chaque catégorie de contractant (« les salariés et les employeurs, les assurés et les assureurs, les locataires et les bailleurs, les professionnels et les consommateurs, ... » - *op. cit.*, n° 5, p. 9).

protectrices sans égard pour la réalité du consentement »⁵⁹⁴. Ainsi l'auteur explique que selon la place de la volonté du contrat, les sanctions auront un objectif et un régime différent : « *si la volonté des parties fonde le contrat et son équilibre, la sanction n'interviendra que si cette volonté seule est altérée. En revanche, si elle a un rôle secondaire, la sanction frappera le contrat indépendamment de l'analyse de la volonté des parties, au regard de critères purement objectifs* »⁵⁹⁵. Opposée à la théorie volontariste, la théorie objective, qui fait prévaloir l'équilibre objectif du contrat sur le contrôle de la volonté, est portée par la jurisprudence et la doctrine française⁵⁹⁶. Cette théorie implique que la volonté est moins considérée comme l'axe directeur du contrat et autorise l'intervention systématique du législateur et du juge pour corriger les déséquilibres.

164. L'opportunité du caractère automatique de la nullité du contrat conclu en méconnaissance d'une obligation légale d'information est discutée par la doctrine. Certains auteurs approuvent le choix de la cour suprême pour plusieurs raisons. Ainsi, M. Éric Bazin relève que « [c]ette sanction conforte la protection du consommateur en tant qu'acteur d'un droit du marché »⁵⁹⁷ et que « la protection du consentement du consommateur a aussi vocation à protéger l'intérêt des concurrents »⁵⁹⁸. De plus, MM. Jacques Mestre et Bertrand Fages énoncent que « la Cour de cassation offre une nouvelle illustration de cet ordre public virtuel, constitué de dispositions, qui, certes, n'affirment pas leur caractère impératif fondamental et ne fulminent donc pas la sanction de la nullité du contrat leur faisant échec, mais dont le rôle incontestablement protecteur du consentement de la partie faible justifie à la fois la nature d'ordre public et une sanction radicale de leur violation »⁵⁹⁹.

165. À l'inverse, d'autres auteurs souhaitent voir le critère du vice du consentement appliqué. Selon Mme Nathalie Rzepecki, le prononcé automatique de la nullité d'un contrat pour

⁵⁹⁴ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *op. cit.*, p. 11, n° 6.

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ V. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *op. cit.*, n° 8 et s. Dans sa thèse, l'auteur plaide pour la restauration nécessaire du rôle de la volonté dans le contrat (n° 11 et s.).

⁵⁹⁷ BAZIN Éric, *op. cit.*, n°6.

⁵⁹⁸ L'auteur développe son idée et explique que « [c]omme dans le domaine sportif, le professionnel qui manque aux règles d'information des consommateurs dope ses ventes de manière anormale car il le fait au détriment de la concurrence qui respecte les règles du jeu. Il est donc normal que celui qui « triche » soit sanctionné. Dès lors, empêcher l'abus d'une inégalité existante ou potentielle constitue certainement une exigence de loyauté dans la vie des affaires qui profite à la concurrence et à la nécessité de construire un droit du marché visiblement influencé par le droit européen qui reste épris de transparence » (BAZIN Éric, *op. cit.*, n° 11).

⁵⁹⁹ MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « Et le poids maintenu de certaines prescriptions réglementaires », RTD Civ. 2005, p. 389.

transgression de dispositions d'ordre public issues du Code de la consommation peut se justifier en cas de « *silence total de la loi* »⁶⁰⁰ sur une annulation du contrat de plein droit lorsqu'est apportée la preuve d'un vice du consentement. En effet, l'auteur explique que « [I] *'ordre public se veut impératif pour apporter une protection maximale à la partie faible du rapport en droit. Cependant, si la violation des règles qu'il couvre n'influe pas sur le consentement qu'il entend protéger, il n'y a pas lieu d'en déduire une sanction automatique* »⁶⁰¹. Ainsi par exemple, la doctrine estime que l'annulation d'un contrat pour non respect de l'article L. 111-1 du Code de la consommation français, disposition d'ordre public, est soumise à la preuve d'un vice du consentement. Mme Nathalie Rzepecki propose « *d'examiner si la transgression des règles obligatoires a pu ou non avoir un impact préjudiciable sur le consentement de la partie protégée, en l'occurrence celui du consommateur* »⁶⁰².

M. Patrick Chauvel affirme quant à lui que « [I] *a nullité attachée, au nom de l'ordre public, à l'inobservation du formalisme informatif, dans son automaticité, paraît trop radicale et [que] cette sanction mériterait, sans doute, d'être nuancée* »⁶⁰³. Cependant, l'auteur doute qu'en l'espèce un système de « *nullité facultative* »⁶⁰⁴ puisse être transposé dans les contrats de consommation. Il est donc nécessaire de considérer les divers intérêts présents. En effet, l'avantage des divers mécanismes de protection du consommateur réside dans la dispense de prouver une altération du consentement. Le consommateur « *doit donc pouvoir demander la nullité de l'opération qu'il critique lorsqu'il démontre que les informations qui devaient lui être transmises par l'acte ne l'ont pas été* »⁶⁰⁵. Cependant, l'auteur insiste sur le fait que « *le cocontractant professionnel devrait conserver la faculté, en défense à l'action, de prouver que le demandeur avait pu avoir connaissance des renseignements que la loi imposait de lui donner* »⁶⁰⁶.

166. Le mouvement de dépénalisation observé en droit français des affaires pose la question du prononcé de la nullité pour manquement aux dispositions d'ordre public en présence non

⁶⁰⁰ RZEPECKI Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse, PUAM, 2002, n° 622.

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ CHAUVEL Patrick, « Protection du consommateur », Dr. et patr. 2005, 135.

⁶⁰⁴ L'auteur renvoie au système existant relatif à l'information préalable dans certains contrats de distribution et développé à partir de l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 régissant la cession de fonds de commerce ou de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 (C. com. fr., art. 330-3).

⁶⁰⁵ CHAUVEL Patrick, *op. cit.*

⁶⁰⁶ *Ibid.*

plus d'une sanction pénale mais d'une sanction administrative. Autrement dit, la nullité fondée sur les articles 6 du Code civil français et du Code civil luxembourgeois est-elle admise en présence d'une sanction pénale comme d'une sanction administrative, ou est-elle cantonnée à l'existence d'une sanction pénale ? Nous pouvons prendre l'obligation précontractuelle d'information imposée par l'article L. 111-1 du Code de la consommation français à titre d'exemple. Le manquement à cette obligation d'information est sanctionné par une amende administrative depuis la loi du 17 mars 2014, et le Code précise que cette obligation est d'ordre public⁶⁰⁷.

Diverses raisons semblent en faveur du maintien de la nullité du contrat fondée sur l'article 6 du Code civil en présence de sanctions administratives. Tout d'abord, les juges français admettaient déjà avant l'entrée en vigueur de la loi Hamon la nullité automatique du contrat lorsque le professionnel avait manqué à l'obligation imposée par l'article L. 111-1 du Code de la consommation. Or, aucune sanction expresse n'était prévue pour cet article. Cependant, ce constat est à nuancer puisque la réglementation contre la fraude était fréquemment applicable et prévoyait déjà de nombreuses sanctions pénales. Ensuite, nous pouvons nous appuyer sur le raisonnement du juge de paix luxembourgeois dans un jugement précité du 10 mars 1992⁶⁰⁸. Ce premier précise que la nullité du contrat doit être prononcée dans le silence de la loi si, d'une part, l'intérêt à sauvegarder est assez important pour justifier cette sanction, et si d'autre part, l'intérêt à sauvegarder est gravement mis en danger par l'inobservation de la loi. Le juge déduit ensuite de l'existence de « *sanctions répressives* » la preuve de l'intérêt majeur que la loi attache à l'obligation en cause. Le juge luxembourgeois conclut que la présence de sanctions pénales fait de la nullité une nullité d'ordre public devant être soulevée d'office par le juge. L'amende administrative est une sanction répressive au même titre qu'une amende pénale, et pourrait donc également aboutir au prononcé automatique de la nullité de la convention passée en méconnaissance des dispositions d'ordre public auxquelles elle s'applique.

⁶⁰⁷ C. consom. fr., art. L. 111-7.

⁶⁰⁸ Justice de paix, 10 mars 1992, n° de rôle 914/92 : « [l]a nullité doit être prononcée, dans le silence de la loi, quand l'intérêt qu'elle vise à sauvegarder est assez important pour justifier cette sanction et est mis assez gravement en danger par l'inobservation de la loi (cf. Planiol et Ripert, t.6, par Esmein n° 295). En l'occurrence l'édition de sanctions répressives prouve suffisamment l'intérêt majeur que la loi attache à l'observation de la formalité d'une rédaction par écrit du contrat de mandat. L'inobservation de la formalité est donc sanctionnée par la nullité du contrat. En raison des peines pénales édictées, cette nullité est d'ordre public et doit être soulevée d'office par le juge (Trib.Lux.25.11.1987, S.à.r.l. Immobilière Alpina c/ Eicher; Trib.Lux.21.12.1988 S.à.r.l. Immosud c/ Torri et référence y citée) ».

De plus, une décision en date du 3 juin 2015, et donc postérieure à l'entrée en vigueur de la loi Hamon du 17 mars 2014 qui a introduit les sanctions administratives, va dans le sens de cette interprétation. La Cour d'appel de Montpellier a annulé un contrat de vente et d'installation d'une cuisine, d'une salle de bain et d'un dressing au motif que manque à l'obligation d'information prévue à l'article L. 111-1 du Code de la consommation le vendeur qui « *s'abstient de fournir un quelconque devis suffisamment détaillé* »⁶⁰⁹. Or, les juges invoquent expressément le caractère d'ordre public des dispositions de l'article L. 111-1. En l'espèce, le juge a estimé que le bon de commande ne permettait pas au consommateur de connaître les caractéristiques essentielles du bien⁶¹⁰.

167. En conclusion, la position de la jurisprudence française et luxembourgeoise dépend des circonstances de l'espèce qui lui est soumise. Si la présence de sanctions répressives, pénales ou administratives, justifie souvent le prononcé de la nullité, il n'est pas systématique.

La nullité fondée sur les articles 6 des codes civils français et luxembourgeois ne semble pas constituer pas une sanction répressive efficace pour les mêmes raisons précitées quant à la nullité automatique du contrat pour non-respect des règles de forme. En effet, l'anéantissement ne semble pas adapté au comportement du professionnel, à la recherche de la réalisation de profits, car si elle opère des restitutions, elle n'atteint pas son patrimoine. Ensuite, la nullité apparaît disproportionnée par son automaticité et l'insécurité juridique qu'elle peut engendrer.

⁶⁰⁹ CA Montpellier, (1^{ère} ch. sect. B), 3 juin 2015, RG n° 13/05368. Afin d'annuler la convention, la Cour se fonde également sur le non respect de l'article L. 114-1 du C. consom. (tel qu'en vigueur avant la loi Hamon du 17 mars 2014) qui imposait au vendeur de biens meubles ou prestataire de services d'indiquer la date limite de livraison du bien ou de fourniture du service lorsqu'elle n'est pas immédiate et que le prix est supérieur à une certaine somme fixée par voie réglementaire. Cependant, le caractère d'ordre public de l'art. L. 114-1 n'est pas évoqué expressément.

⁶¹⁰ Les juges d'appel constatent que le bon de commande ne précise notamment pas « *la dimension, la marque, la matière, l'aspect et le prix unitaire des éléments à mettre en place, la nature précise et la durée des travaux nécessaires à la mise en œuvre de la cuisine et de la salle de bain, le coût de la main-d'œuvre, le descriptif technique ou le plan des travaux* ».

Autre exemple d'annulation du contrat de vente et d'installation d'une cuisine équipée pour non respect de l'art. L. 111-1 C. consom. fr. – dans sa rédaction antérieure à la loi du 25 juill. 2010 (CA Angers (ch. civ. A), 5 nov. 2013, RG n° 12/01842, Juris-Data n° 2013-026541) : « *[e]n l'absence de description détaillée de travaux indispensables à la réalisation et à l'utilisation proposée, non compris dans le prix, et de la répartition de ces travaux entre ceux que l'installateur propose d'effectuer si le client en fait la demande – ainsi que, dans ce cas, l'estimation de leur coût – et ceux dont le client devra en tout état de cause faire son affaire, il est certain que l'entreprise n'a pas respecté les exigences de l'article L. 111-1, puisqu'elle n'a pas mis les époux [X] en mesure de connaître les caractéristiques de la cuisine équipée* » (contrairement à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier, les juges ne mentionnent pas le caractère d'ordre public de ces dispositions ni l'art 6 C. civ. mais se réfèrent à la recommandation n° 82-03 concernant les contrats d'installation de cuisine émise par la commission des clauses abusive).

168. Nous venons de constater que le manquement par le professionnel à une obligation légale d'information dans un contrat de consommation français ou luxembourgeois peut être sanctionné par la nullité automatique du contrat pour seule violation de disposition consuméristes. Une autre sanction civile répressive peut être prononcée lorsque le professionnel n'exécute pas son obligation d'information. La déchéance du droit aux intérêts est une sanction spécifique du non-respect par le professionnel du formalisme des contrats de crédit à la consommation et immobilier en droit français.

B. La déchéance du droit aux intérêts en droit français

169. M. Denis Mazeaud explique qu'une des conséquences de la pénalisation des sanctions infligées au contractant est le développement de « *nouveaux types de peines civiles qui prolifèrent désormais par la grâce de l'ordre public consommériste* »⁶¹¹. La déchéance du droit aux intérêts est une sanction prévue par le Code de la consommation français pour les obligations légales d'information du crédit à la consommation et du crédit immobilier.

170. Ainsi, en droit français, la déchéance du droit aux intérêts est la sanction du professionnel du crédit à la consommation ou immobilier qui n'a pas respecté les obligations légales d'information imposées par le Code de la consommation, et notamment le formalisme informatif⁶¹². Elle est obligatoire dans le cadre du crédit à la consommation⁶¹³, le juge n'ayant aucun pouvoir d'appréciation, mais est seulement facultative pour le crédit immobilier⁶¹⁴. Lorsque la loi le précise, le juge peut moduler la sanction et décider si la déchéance est totale ou seulement partielle.

Le prononcé de la déchéance dépend uniquement de la constatation de la faute du professionnel, par exemple l'omission d'une mention dans l'offre de contrat de crédit ou l'omission de l'information de la modification du taux débiteur, indépendamment du fait de savoir si le manquement du professionnel à son obligation légale d'information a créé ou non

⁶¹¹ MAZEAUD Denis, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 251, n° 17.

⁶¹² V. RICHARD Marie-Sophie (conseiller référendaire à la Cour de cassation), « Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit », rapport annuel de la Cour de cassation, 2004, p. 181.

⁶¹³ C. consom. fr., art. L. 341-2 et s.

⁶¹⁴ C. consom. fr., art. L. 341-27, L. 341-28, L. 341-34 et L. 341-45.

un vice du consentement du consommateur. Ainsi les déchéances du droit aux intérêts « *sont destinées à sanctionner le comportement illicite des professionnels et, donc, à assurer un strict respect de la légalité* »⁶¹⁵.

171. Cependant, M. Guy Raymond s'interroge sur l'opportunité de la déchéance du droit aux intérêts puisque le droit commun voudrait que le non-respect d'une règle d'ordre public soit sanctionné par la nullité du contrat⁶¹⁶. Selon nous, le législateur a choisi d'édicter cette sanction spéciale plutôt que la sanction classique de la nullité car elle revêt un aspect répressif et dissuasif plus important. En effet, la sanction répressive est efficace lorsqu'elle est adaptée au comportement prohibé, et proportionnelle à la gravité de la faute. La déchéance du droit aux intérêts est adaptée au comportement prohibé puisque le professionnel recherche la réalisation de profit. Ainsi, la déchéance prive le professionnel des bénéfices escomptés puisque le consommateur doit rembourser uniquement le capital, ce qui revient à lui avoir accordé un prêt gratuit. À l'inverse, la nullité du contrat aurait pour effet d'opérer des restitutions et donc l'inconvénient pour le consommateur de devoir rembourser immédiatement le capital dû.

Cependant, se pose la question de savoir si la déchéance du droit aux intérêts procure un avantage au consommateur. En effet, le consommateur n'a pas à payer les intérêts au professionnel alors même que ces intérêts étaient dus selon le contrat. Or, la déchéance est prononcée si le professionnel a manqué à son obligation d'information, indépendamment d'un préjudice subi par le consommateur. Ainsi, le consommateur bénéficiera d'un avantage chaque fois que la déchéance est prononcée alors que le manquement à l'obligation légale d'information par le prêteur ne lui a pas causé de préjudice. Ceci semble être admis puisque certains auteurs définissent la peine privée de droit civil comme une « *[s]anction civile que la loi inflige, parfois, à l'auteur d'agissements déloyaux et qui aboutit à conférer un avantage à la personne qui en est victime* »⁶¹⁷. De plus, l'éventuel avantage procuré au consommateur ne semble pas interagir avec les conditions de l'efficacité répressive et dissuasive de la déchéance du droit aux intérêts.

⁶¹⁵ MAZEAUD Denis, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 252, n° 17.

⁶¹⁶ RAYMOND Guy, « Crédit – formalisme – sanctions en droit de la consommation », in *Mélanges offerts à Pierre COUVRAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 116-117.

⁶¹⁷ GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques 2014*, Dalloz, 21^e éd., 2014, v. « peine privée », p. 686.

172. Ensuite, la déchéance du droit aux intérêts doit être proportionnelle à la gravité de la faute. Le critère de proportionnalité entre également en compte quant à l'effet dissuasif de la sanction. Il faut que la peine soit assez sévère pour inciter le cocontractant à respecter la loi, mais pas trop au point qu'elle ne serait plus prononcée par les juges par peur de nuire à la situation financière du professionnel. La proportionnalité de la déchéance du droit aux intérêts a été remise en cause, et donc son efficacité répressive et dissuasive, d'une part à cause d'une jurisprudence de la Cour de cassation française restreignant le type d'intérêt pris en compte, d'autre part par le caractère obligatoire de son prononcé lorsqu'elle concerne les contrats de crédit à la consommation.

173. Tout d'abord, la déchéance du droit aux intérêts s'est révélée être une sanction répressive inefficace par l'application qui en a été faite par la Cour de cassation française. En effet, la Cour avait adopté une conception restreinte de l'intérêt qui faisait de la déchéance une sanction disproportionnée car pas assez sévère, voir même qui pouvait bénéficier au banquier. M. Ghislain Poissonnier critique ainsi la jurisprudence de 2002 de la Cour de cassation⁶¹⁸ qui limitait l'étendue de la déchéance du droit aux intérêts prononcée à l'encontre des organismes prêteurs lorsqu'ils fournissaient des offres préalables irrégulières de crédit à la consommation au consommateur⁶¹⁹. En effet, cette jurisprudence aboutissait à ne pas rendre la déchéance définitive puisqu'elle ne portait que « *sur les intérêts conventionnels et légaux jusqu'à la date de mise en demeure, pas sur les intérêts légaux calculés postérieurement* »⁶²⁰. Autrement dit, la Cour laissait à la charge du consommateur les intérêts au taux légal portant sur le capital pour l'avenir. Or, cette jurisprudence « *contraire tant à la lettre qu'à l'esprit du Code de la consommation, a eu pour effet néfaste d'enlever tout effet dissuasif à la sanction prévue par le législateur pour assurer la régularité des offres établies par des professionnels du crédit* ». En effet, la sanction n'est pas dissuasive si elle n'est pas proportionnelle aux effets de la violation, et elle n'est pas répressive si elle n'est pas proportionnelle à la gravité de la faute. Même s'il ne s'agit que d'une faute d'imprudence ou de négligence, l'importance des engagements pris par un consommateur lorsqu'il conclut un contrat de prêt doivent être pris en considération. M. Ghislain Poissonnier prévenait alors qu' « [à] défaut de changement de cette jurisprudence, il faudra songer à une modification législative, précisant que la

⁶¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 26 nov. 2002, n° 00-17119 ; Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 2003, n° 01-10635, Contrats-Conc.-Consom. 2003, comm. 169, G. Raymond, LPA 8 déc. 2003, G. Paisant.

⁶¹⁹ V. POISSONNIER Ghislain, « Pour une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation », Contrats-conc.-consom. n° 7, juill. 2013, étude 10.

⁶²⁰ *Ibid.*

déchéance s'applique à tout intérêt soit jusqu'à la date du jugement ou d'une éventuelle signification du jugement de condamnation, soit pour l'avenir sans plus de précision »⁶²¹.

Le tribunal d'instance d'Orléans a alors saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle par une décision du 30 novembre 2012. À l'occasion de l'arrêt *LCL Le Crédit Lyonnais SA* du 27 mars 2014⁶²², la Cour de justice invalide la jurisprudence de la Cour de cassation puisqu'elle estime que le prêteur déchu des intérêts conventionnels mais qui bénéficie de plein droit aux intérêts au taux légal perçoit, après le prononcé de la sanction de déchéance, des montants « *qui ne sont pas significativement inférieurs* » à ceux dont il aurait bénéficié s'il n'avait pas enfreint son obligation précontractuelle de vérification de la solvabilité. La Cour de justice estime que la déchéance du droit aux intérêts telle qu'appliquée par la Cour de cassation française vide la sanction de sa substance puisque le prêteur qui manque à ses obligations précontractuelles ne perd presque aucun profit. Ainsi, la déchéance doit concerner les intérêts conventionnels et légaux afin de priver le prêteur du profit escompté et d'être proportionnelle pour produire un vrai effet répressif et dissuasif.

174. Ensuite, la déchéance du droit aux intérêts est jugée disproportionnée par un auteur lorsqu'elle est obligatoire pour la violation des obligations d'information relatives au crédit à la consommation, tandis qu'elle est facultative pour celles relatives au crédit immobilier. En effet, Mme Véronique Magnier se prononce en faveur d'une unification du régime de la déchéance du droit de la consommation qui sanctionne le formalisme des contrats de crédit⁶²³. L'auteur affirme que derrière la forme, c'est le consentement du consommateur qui est protégé. De ce fait, la sanction devrait être facultative. Selon l'auteur, elle « *n'en serait pas rendue moins efficace si, à l'encontre du débiteur d'information, l'omission des mentions obligatoires engendrait une présomption simple d'erreur* ». Un vice du consentement pourrait être présumé toutes les fois qu'est constatée l'inexécution de l'obligation légale d'information, à charge pour le prêteur de démontrer que le consentement du consommateur n'a pas été vicié ou que l'information en cause n'a pas eu d'influence déterminante sur son consentement. Selon l'auteur, le caractère automatique de la sanction est trop sévère puisqu'il n'y a pas à apporter la preuve d'un préjudice subi par le consommateur. Selon nous, le vice du consentement du consommateur n'a pas à être pris en considération pour le prononcé de la sanction. En effet, le choix du législateur de conditionner le prononcé de la déchéance à la

⁶²¹ *Ibid.*

⁶²² CJUE, 27 mars 2014, *LCL Le Crédit Lyonnais SA*, aff. C-565-12.

⁶²³ MAGNIER Véronique, « Les sanctions du formalisme informatif », *SJEG* n° 5, janv. 2004, I 106.

seule faute du professionnel, autrement dit au manquement de l'obligation légale d'information, prouve sa volonté d'en faire une sanction répressive et non réparatrice. Or, une sanction répressive ne peut pas être modulée en fonction de l'éventuelle existence d'un vice du consentement. De plus, la déchéance ne constituerait pas systématiquement une sanction réparatrice efficace puisque la réparation est liée au préjudice subi.

175. Nous pouvons également mentionner que l'article L. 333-1 [anc. art. L. 341-1] du Code de la consommation français⁶²⁴ impose au créancier professionnel d'informer la caution personne physique « *de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement* ». À défaut, la caution n'est pas tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus depuis le premier incident jusqu'à son information⁶²⁵. De plus, le professionnel doit informer chaque année la caution du « *montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir [...] ainsi que le terme de cet engagement* »⁶²⁶. Enfin, lorsque le cautionnement est à durée indéterminée, le professionnel doit rappeler à la caution « *la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée* »⁶²⁷. Si le professionnel manque à son obligation d'information, la caution n'est pas tenue « *au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus depuis la précédente information* » et jusqu'à ce qu'elle en soit informé⁶²⁸.

La loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 a introduit dans le Code civil français l'obligation pour le créancier d'informer au moins annuellement la personne physique qui contracte un cautionnement indéfini de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires « *sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités* »⁶²⁹. Cette

⁶²⁴ La sanction de déchéance du droit aux intérêts pour manquement à une obligation légale d'information est également prévue, en droit français par le Code monétaire et financier lorsqu'une personne physique ou morale se porte caution d'une société emprunteur. Ex : Cass. com. 10 janv. 2012, n° 10-25586, BONNEAU Thierry, Banque et Droit n° 142, mars – avril 2012, note, pp. 21-22. Dans cette affaire, un gérant s'était rendu caution solidaire de deux ouvertures de crédit de la société qu'il gérait. Le premier a refusé d'exécuter son obligation de caution lorsque la société a été mise en liquidation, invoquant le manquement de la banque à son égard pour inexécution de son obligation légale annuelle d'information relative aux intérêts en vertu de l'article L. 313-22, alinéa 1, du Code monétaire et financier. La Cour a alors prononcé à l'encontre de la banque, et pour certaines dates seulement, la déchéance du droit aux intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information (al. 2).

⁶²⁵ C. consom. fr., art. L. 343-5 [anc art. L. 341-1]. V. Civ. 1^{ère}, 28 nov. 2012, n° 10-28372 (ancien article notamment cité au visa).

⁶²⁶ C. consom. fr., art. L. 343-6 [anc. art. L. 341-6].

⁶²⁷ C. consom. fr., art. L. 343-6 [anc. art. L. 341-6].

⁶²⁸ C. consom. fr., art. L. 343-6 [anc. art. L. 341-6].

⁶²⁹ C. civ. fr., anc art. 2293, al. 2.

obligation d'information ainsi que sa sanction ont été reprises et introduites dans le Code civil⁶³⁰ luxembourgeois par la loi du 8 janvier 2013. Ainsi la déchéance d'une certaine somme accessoire à une somme principale n'est pas inconnue du droit luxembourgeois, même si elle n'a pas vocation à s'appliquer aux contrats de consommation.

176. Nous avons constaté qu'il existe de nombreuses sanctions de nature civile, à la fonction réparatrice ou répressive, pouvant être prononcées pour sanctionner le manquement par le professionnel à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois. Les législateurs français et luxembourgeois ont parfois jugé nécessaire d'ériger la violation de dispositions consuméristes en infraction afin de faire peser une menace plus forte sur le professionnel, grâce au caractère infâmant du droit pénal. Ainsi, le manquement à une obligation légale d'information peut parfois recevoir une sanction répressive de nature pénale.

SECTION 2 – DES SANCTIONS DE NATURE PÉNALE

177. Le droit pénal occupe une place prépondérante en droits de la consommation français et luxembourgeois (§1). Diverses peines sont donc applicables au manquement par le professionnel à une obligation légale d'information dont il faudra analyser l'efficacité répressive et dissuasive (§2). Les différences majeures entre le droit français et luxembourgeois résident dans la prise en compte de la faute lucrative par ce premier (§3) ainsi que sa récente dépenalisation (§4).

§1 – L'importance du droit pénal en droit de la consommation

178. Les Codes civils français et luxembourgeois protègent déjà le consentement éclairé du consommateur, par les vices du consentement de l'erreur et du dol, « [m]ais cette protection civile a été jugée insuffisante par le législateur qui a estimé nécessaire de pénaliser certains comportements et de renforcer, par le biais de sanctions lourdes, la protection pénale du

⁶³⁰ C. civ. lux., art. 2016, paragr. (2).

consentement du consommateur »⁶³¹. Le droit pénal⁶³² de la consommation français est ancien et prépondérant puisqu'il est issu de la loi du 1^{er} août 1905 relative à la répression des fraudes et falsification⁶³³. Il a ensuite connu une « *prolifération législative* »⁶³⁴ depuis les années 1970, dont la majorité des dispositions se trouve aujourd'hui dans le Code de la consommation⁶³⁵. La pénalisation du droit de la consommation français a été décrit comme une « *spécificité nationale* » au sein de l'Union européenne⁶³⁶. Selon M. Denis Mazeaud, « *on relève, en droit français de la consommation, une véritable invasion de sanctions pénales, justifiée par le souci de renforcer la stratégie de dissuasion des comportements illicites des professionnels* »⁶³⁷. Ainsi, Mme Coralie Ambroise-Castéro affirme que « *[l]e droit pénal de la consommation est un des axes principaux du droit pénal des affaires* »⁶³⁸. En effet, le droit français des affaires a été victime d'un « *courant inflationniste de la multiplication des infractions, courant lié à l'idée que la sanction pénale est dissuasive* »⁶³⁹.

De la même manière, en droit luxembourgeois, M. Robert Biever déclarait en 2013 que « *[d]urant les quatre dernières années, environ 700 normes juridiques contenant des dispositions pénales ont été introduites* »⁶⁴⁰. Ainsi « *la dernière tendance est la pénalisation du droit des affaires, qu'il faut envisager globalement avec l'effectivité des poursuites, que les américains appellent « l'enforcement ». [...] Aujourd'hui, non seulement nous assistons à une pénalisation croissante du droit des affaires, une législation prévoyant une sévérité accrue, mais en plus de cela : les poursuites sont réellement mises en œuvre* »⁶⁴¹.

⁶³¹ AMBROISE-CASTÉROT Coralie, *Droit pénal spécial et des affaires*, 3^e éd., Gualino, Lextenso éditions, 2012, p. 432.

⁶³² DELMAS-MARTY Mireille, *Les chemins de la répression. Lectures du Code pénal*, PUF, 1980.

⁶³³ CONTE Philippe, « 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », *Dr. pén.* n° 3, mars 2006, étude 4.

⁶³⁴ AMBROISE-CASTÉROT Coralie, *op. cit.*, p. 430.

⁶³⁵ Nous avons vu que certaines dispositions consuméristes se trouvent également dans le Code des assurances, le Code de commerce, le Code monétaire et financier, le Code de la santé publique et le Code rural.

⁶³⁶ SCHMITZ Bob, « La codification du droit de la consommation au Luxembourg. Le point de vue des consommateurs », in PRÜM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 86.

⁶³⁷ MAZEAUD Denis, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 250, n° 16.

⁶³⁸ AMBROISE-CASTÉROT Coralie, *op. cit.*, p. 429.

⁶³⁹ RAYMOND Guy, « Crédit – formalisme – sanctions en droit de la consommation », in *Mélanges offerts à Pierre COUVRAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 112. V. CHERIGNY Bernard, « La société « surrepressive » dans la philosophie d'Herbert Marcuse », in *Mélanges offerts à Pierre COUVRAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 51 et s.

⁶⁴⁰ BIEVER Robert, « Le juste milieu », in *Quo vadis droit luxembourgeois ? Réflexion sur l'évolution des sources techniques et normatives*, Lëtzebuurger Juristendag, promoculture Larcier, 2013, p. 98.

⁶⁴¹ MOUSEL Paul, « Conclusions », *Quo vadis droit luxembourgeois ? Réflexion sur l'évolution des sources techniques et normatives*, Lëtzebuurger Juristendag, promoculture Larcier, 2013, p. 193.

Cependant, tandis que le législateur français assortit presque systématiquement l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation d'une sanction pénale, notamment une peine contraventionnelle, le législateur luxembourgeois utilise la sanction pénale avec plus de parcimonie et intervient de manière plus ponctuelle⁶⁴². Ce constat peut malgré tout être nuancé depuis la loi française dite Hamon du 17 mars 2014 qui a substitué certaines sanctions pénales par des sanctions administratives. Plusieurs types de peines peuvent sanctionner le manquement à une obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois.

§2 – Les peines applicables au manquement de l'obligation légale d'information

179. De nombreuses obligations légales d'information en droit des contrats de consommation français sont assorties de sanctions pénales, dans une moindre mesure en droit luxembourgeois. En droit français et luxembourgeois, le manquement à une obligation légale d'information peut être sanctionné pénalement car il peut être qualifiée de délit de pratique commerciale trompeuse ou de délit de tromperie⁶⁴³. Ainsi le manquement à une obligation légale d'information constitue une pratique commerciale trompeuse lorsque le professionnel attribue une fausse qualité au produit qu'il vend sur son emballage, par exemple lorsque les étiquettes des boîtes de compléments alimentaires indiquent que ceux-ci contiennent de la microhydrine ayant un effet anti-âge à la suite d'études cliniques alors que les prévenus ne rapportent la preuve d'aucun test apportant de tels résultats⁶⁴⁴. Ensuite, constitue notamment le délit de tromperie sur les qualités substantielles le fait pour le professionnel d'indiquer une fausse date limite de consommation ou d'utilisation optimale. Ainsi, dans un arrêt du 15 novembre 2005⁶⁴⁵, la Cour de cassation a estimé qu'est coupable de tromperie et de tentative de tromperie sur les qualités substantielles le professionnel qui apporte des prolongations aux dates de congélation et aux dates limites d'utilisation optimale⁶⁴⁶ en dehors des cas admis⁶⁴⁷.

⁶⁴² V. FONTAINE Marcel et BOURGOIGNIE Thierry, *Le droit de la Consommation en Belgique et au Luxembourg. Une étude préparée pour la Commission des Communautés Européenne*, Van Nostrand Reinhold Company, 1981.

⁶⁴³ Sur le droit pénal de la consommation français, plus précisément les pratiques commerciales déloyales et les fraudes, v. AMBROISE-CASTÉROT Coralie, *Droit pénal spécial et des affaires*, 3^e éd., Gualino, Lextenso éditions, 2012, pp. 429-495.

⁶⁴⁴ Cass. crim., 21 janv. 2014, n° 13-81012.

⁶⁴⁵ Cass. crim., 15 nov. 2005, n° 04-87604, *Contrats-conc.-consom.* 2006, comm. 60, obs. G. Raymond.

⁶⁴⁶ La Cour explique que la date limite d'utilisation optimale (DLUO) constitue une qualité substantielle d'un produit offert à la vente car elle est « un élément de référence pour ce dernier dans la mesure où elle correspond

Constitue également une tentative de tromperie sur les qualités substantielles de la marchandise mise en vente le fait pour un professionnel de mettre en vente des terrines dont la date de péremption avait été effacée par grattage⁶⁴⁸. Le professionnel français encourt une peine d'amende et une peine d'emprisonnement pour ces deux délits tandis que le professionnel luxembourgeois encourt une peine d'amende pour ces deux délits mais une peine d'emprisonnement uniquement pour le délit de tromperie. Le législateur français a notamment prévu diverses peines complémentaires, telles la confiscation, les interdictions professionnelles, et la publication de la décision, contrairement au législateur luxembourgeois qui se limite à édicter des peines principales. Ces délits seront analysés dans le détail dans la suite de nos développements.

180. Nous verrons que les législateurs français et luxembourgeois ont également prévu des amendes délictuelles pour sanctionner le manquement à une obligation légale d'information. Ensuite, le Code de la consommation français contient de nombreuses contraventions pouvant sanctionner le manquement par le professionnel à une obligation légale d'information, surtout de troisième et de cinquième classe. Nous pouvons préciser dès à présent que certaines d'entre elles ont été remplacées par des sanctions administratives par la loi Hamon du 17 mars 2014. Le Code de la consommation français utilise fréquemment la technique du renvoi entre texte, nécessitant la lecture de plusieurs textes avant d'avoir connaissance de la sanction applicable à une infraction. Or, l'illisibilité des sanctions applicables nuit à l'effet dissuasif de la sanction car l'auteur de la violation doit connaître la sanction pour la craindre. Une certaine clarté a été apportée par l'ordonnance du 14 mars 2016 française qui procède à la

à une norme de qualité et que les marchandises dont la DLUO est proche, voire dépassée, sont peu achetées, voire refusées par le consommateur, ce dernier préférant toujours acheter le produit le plus récent ».

⁶⁴⁷ La Cour rappelle la distinction entre la date de péremption (« à consommer jusqu'au ») et la date limite d'utilisation optimale (« à consommer de préférence avant le ») et précise « *que si la date limite de consommation ne peut être modifiée en aval de sa fixation, une marchandise dont la date limite de consommation est dépassée ne pouvant plus être commercialisée, il en va différemment de la date limite d'utilisation optimale dont le dépassement n'est pas un obstacle à la commercialisation de la denrée et qui peut être prolongée lorsque l'opérateur aval fait subir une transformation significative du produit contribuant à son assainissement telle l'incorporation du produit dans une préparation culinaire subissant une cuisson, une telle transformation conduisant à une réévaluation du délai de conservation du nouveau produit élaboré qui peut être prolongé sous la responsabilité du fabricant par rapport à celui de la matière première utilisée* » mais « *qu'en revanche en l'absence d'action significative sur le produit, et a fortiori en présence d'une transformation engendrant une diminution de la qualité du produit, aucune prolongation ne peut être apportée à la DLUO sous peine de constituer une tromperie à l'égard du consommateur* ».

Ensuite, la Cour précise que « *le délit de tromperie peut être constitué sans que la denrée soit impropre à la consommation* ».

⁶⁴⁸ En l'espèce, le professionnel avait également mis en vente des saucisses dont la date de péremption était dépassée (Cass. crim. 4 nov. 1993, n° 91-82322).

réorganisation formelle des sanctions, désormais présentées à la suite des dispositions auxquelles elles s'appliquent, alors qu'elles y étaient mêlées auparavant. À l'inverse, nous verrons que le Code de la consommation luxembourgeois édicte une seule peine contraventionnelle pour punir une obligation légale d'information.

La peine pécuniaire étant la sanction pénale qui est la plus édictée en droit français et luxembourgeois pour sanctionner le manquement à une obligation légale d'information, il convient d'en rappeler les montants.

181. Le manquement à l'obligation légale d'information peut entraîner le prononcé, en droits français et luxembourgeois, d'une peine d'amende contraventionnelle et d'une peine d'amende délictuelle. Les montants des amendes contraventionnelles et délictuelles doivent être précisé en droit français et luxembourgeois. Tout d'abord, le Code de procédure pénale français édicte que l'amende délictuelle est d'un montant supérieur ou égal à 3 750 euros⁶⁴⁹. Ensuite, le Code pénal français précise que sont des contraventions les infractions que la loi punit d'une amende n'excédant pas 3 000 euros⁶⁵⁰. Les amendes contraventionnelles possèdent un montant maximal différent selon la classe à laquelle elles appartiennent : 38 euros au plus pour les contraventions de première classe⁶⁵¹, 150 euros pour celles de deuxième classe⁶⁵², 450 euros pour celles de troisième classe⁶⁵³, 750 euros pour celles de quatrième classe⁶⁵⁴ et enfin de 1 500 euros pour les contraventions de cinquième classe qui peut être porté à 3 000 en cas de récidive⁶⁵⁵.

Ensuite, le Code pénal luxembourgeois dispose que l'amende délictuelle est de 251 euros au moins⁶⁵⁶ et que l'amende en matière de police est de 25 euros au moins et de 250 au plus, sauf si la loi en dispose autrement⁶⁵⁷. La peine contraventionnelle luxembourgeoise est largement inférieure à celles pouvant être encourue en droit français et se situe entre les contraventions de deuxième et troisième classes françaises.

⁶⁴⁹ C. proc. pén. fr., art. 381, al. 2.

⁶⁵⁰ C. pén. fr., art. 131-13, al. 1.

⁶⁵¹ C. pén. fr., art. 131-13, al. 2, 1^o.

⁶⁵² C. pén. fr., art. 131-13, al. 2, 2^o.

⁶⁵³ C. pén. fr., art. 131-13, al. 2, 3^o.

⁶⁵⁴ C. pén. fr., art. 131-13, al. 2, 4^o.

⁶⁵⁵ C. pén. fr., art. 131-13, al. 2, 5^o.

⁶⁵⁶ C. pén. lux., art. 16.

⁶⁵⁷ C. pén. lux., art. 26.

Quelques illustrations de sanctions pénales applicables au manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois peuvent être citées.

182. Tout d'abord, le législateur français a édicté une sanction pénale applicable à une obligation générale. En effet, le Code de la consommation impose à tout professionnel de communiquer, à toute personne intéressée, un exemplaire des conventions qu'il propose habituellement⁶⁵⁸. Le professionnel qui refuse de procurer de tels documents au consommateur qui en fait la demande encourt une peine de contravention de cinquième classe⁶⁵⁹. Ensuite, le professionnel qui ne respecte pas les nombreuses règles de forme existantes peut encourir une sanction pénale, ce qui est le cas du formalisme informatif édicté pour les contrats conclus hors établissement⁶⁶⁰. Ensuite, le fait pour le prêteur ou le bailleur français de ne pas respecter pour un contrat de location-vente et de vente assortie d'une promesse de vente, l'obligation de formuler par écrit une offre adressée gratuitement par voie postale au preneur éventuel ou l'obligation de mentionner certaines informations au sein de l'offre⁶⁶¹, est puni d'une amende de 150 000 euros⁶⁶². Enfin peuvent être citées les diverses dispositions de présentation et d'étiquetage issues des décrets en Conseil d'État réglementant les modes de présentation et les inscriptions des produits et des services afin de lutter contre les fraudes et falsification⁶⁶³. Les infractions aux dispositions de ces décrets sont punies de la peine d'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe⁶⁶⁴.

183. Il peut être constaté que les peines d'amende contraventionnelles sont fréquemment utilisées par le législateur français, afin de sanctionner la violation d'une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation. Ainsi, le seul manquement à l'obligation légale d'information suffit au prononcé de la peine, sans qu'il soit nécessaire de prouver la mauvaise foi du professionnel. Ces infractions sont dites de prévention, autrement dit *« l'infraction est consommée dès lors que l'information n'est pas transmise au consommateur, même s'il s'agit d'un défaut mineur d'information, ou que le consommateur*

⁶⁵⁸ C. consom. fr., art. L. 114-1 [anc. art. L. 134-1].

⁶⁵⁹ C. consom. fr., art. R. 131-1 [anc. art. R. 134-1].

⁶⁶⁰ C. consom. fr., art. L. 242-5 et s.

⁶⁶¹ C. consom. fr., art. L. 313-55 [anc. art. L. 312-26, al. 1 et 2].

⁶⁶² C. consom. fr., art. L. 341-38 [anc. art. L. 312-33].

⁶⁶³ C. consom. fr., art. L. 412-1, 3°.

⁶⁶⁴ C. consom. fr., art. R. 451-1, al. 1.

connaissait l'information par ailleurs, et que ce défaut d'information n'est en aucun cas susceptible d'altérer le consentement du consommateur, même le plus crédule »⁶⁶⁵. L'auteur explique que les obligations d'information ont pour but de protéger le consentement du consommateur et sont préventives car elles interviennent en amont d'une éventuelle altération du consentement, d'où le fait que le lien entre le comportement prohibé (l'inexécution de l'obligation d'information et le résultat redouté (l'altération du consentement) est plus lâche⁶⁶⁶.

La nécessité de sanctionner pénalement certains comportements commis sans « *méchante* » intention est exprimée par MM. Jean Larguier et Philippe Conte qui affirment que « *certaines témérités méritent, de nos jours, quelques sévérité* » car « *[u]n droit serait trop simple, qui ne connaîtrait, comme la mauvaise littérature, que le bon et le méchant, la bonne et mauvaise foi comme les deux côtés d'une médaille* »⁶⁶⁷. Ainsi, Mme Geneviève Giudicelli-Delage explique qu'« *[a]ussi loin que l'on remonte, ou que l'on peut remonter, dans l'histoire, la sanction des infractions non intentionnelles a été matière difficile. Car dès lors que s'atténuait la conception objective qui avait dominé les sociétés archaïques, que s'instaurait une distinction entre hasard et volonté, que l'acte nocif était perçu comme le produit de la volonté humaine s'est posée la question du traitement des actes dommageables mais non volontaires* »⁶⁶⁸. Le législateur français a estimé que la sanction répressive des actes non-intentionnels, ce qui peut être le cas de la violation de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation, était nécessaire pour assurer leur effectivité et leur respect par les professionnels. Cette réflexion est critiquable dans la mesure où il est préalablement nécessaire que la sanction soit connue afin d'être dissuasive. De plus, la sanction aura un effet dissuasif uniquement sur les professionnels de mauvaise foi, les autres se conformant à la loi en dehors de la menace d'une sanction pénale.

184. Quelques exemples d'obligations légales d'information en droit des contrats de consommation luxembourgeois recevant des sanctions pénales peuvent également être cités. Ainsi, l'article L. 112-9, paragraphe (1), du Code de la consommation luxembourgeois édicte que le professionnel ne respectant pas l'obligation d'indication des prix encourt une amende

⁶⁶⁵ DOUCHE-DOYETTE Nathalie, *La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation*, thèse, Université de Lorraine, 2012, n° 415.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ LARGUIER Jean et CONTE Philippe, *Droit pénal des affaires*, 10^e éd., Armand Colin, 2001, p. 8.

⁶⁶⁸ GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, « La sanction de l'imprudence », in *Mélanges offerts à Pierre COUV RAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 524.

contraventionnelle de 25 à 1 000 euros⁶⁶⁹. Ensuite, le professionnel luxembourgeois a l'obligation de fournir certaines informations précontractuelles au consommateur qui souhaite conclure un contrat d'utilisation de biens à temps partagé, de vacances à long terme, de revente et d'échange, sous peine d'encourir une amende de 251 à 25 000 euros⁶⁷⁰. Le professionnel peut subir la même peine s'il ne respecte pas le formalisme informatif prévu pour ce contrat, celui-ci devant être écrit ou être produit sur un support durable⁶⁷¹ et contenir certaines mentions supplémentaires aux informations précontractuelles⁶⁷². Puis, encourt une amende de 251 à 10 000 euros le prêteur luxembourgeois qui aura conclu ou tenté de conclure un contrat de crédit à la consommation⁶⁷³ sans l'établir par écrit ou sur un support durable dans les conditions prévues, ou sans fournir au consommateur les informations précontractuelles ou les informations spécifiques à certains crédits⁶⁷⁴. Encourt la même peine le professionnel qui n'a pas fourni au consommateur les informations à mentionner dans le contrat de crédit, les informations relatives à la modification du taux débiteur, les informations périodiques du crédit consenti sous la forme d'une facilité de découvert, les informations dues en cas de dépassement par le débiteur, ou si s'il ne fourni pas ces informations par écrit ou sur un support durable⁶⁷⁵. Enfin, peut être citée la disposition originale de l'article L. 211-4 Code consommation luxembourgeois qui dispose qu'encourt une amende de 300 à 2 000 euros le professionnel qui invoque contre un consommateur une ou plusieurs clauses déclarées abusives et comme telles nulles et non écrites par un jugement ayant autorité de chose jugée à son encontre.

Après avoir énumérées les sanctions pénales applicables à la violation d'une obligation légales d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois et en avoir donné quelques illustrations, leur efficacité répressive et dissuasive doit être analysée.

185. En droit français et luxembourgeois, la peine d'amende, contraventionnelle ou délictuelle, est la peine principale qui a vocation à s'appliquer le plus régulièrement à la violation par le professionnel d'une obligation légale d'information en droit des contrats de

⁶⁶⁹ Avant la loi du 2 avril 2014, cette amende était délictuelle puisque son montant était de 251 à 50 000 euros.

⁶⁷⁰ C. consom. lux., art. L. 223-13.

⁶⁷¹ C. consom. lux., art. L. 223-5, paragr. (1).

⁶⁷² C. consom. lux., art. L. 223-5, paragr. (3).

⁶⁷³ Pour l'historique du contrat de prêt en droit luxembourgeois, v. ELVINGER André, « Historique du droit bancaire et financier luxembourgeois », in ALJB, *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, 10e anniversaire de l'ALJB, Vol. 1, Larcier – Bruxelles, 1994, p. 9 et s.

⁶⁷⁴ C. consom. lux., art. L. 224-25, paragr. (5), point a).

⁶⁷⁵ C. consom. lux., art. L. 224-25, paragr. (5), point b).

consommation. Ainsi l'amende pénale semble être la sanction répressive la plus efficace en ce qu'elle est adaptée au comportement du professionnel, qui recherche la réalisation de profits, car elle porte atteinte à son patrimoine. À l'inverse, la peine d'emprisonnement semble inadaptée car elle prive le professionnel de sa liberté. De plus, les peines complémentaires françaises comme la publication de la décision et les interdictions professionnelles semblent adaptées en ce qu'elles atteignent le patrimoine du professionnel d'une manière indirecte en portant atteinte à sa réputation et l'empêche d'exercer son activité source de revenu. Il est nécessaire que la peine soit adaptée au comportement du professionnel mais il faut également qu'elle soit proportionnelle à la gravité de la faute. À ce titre, la possibilité de cumuler entre elles les peines contraventionnelles semble pouvoir être source de disproportion car elles peuvent atteindre un montant très élevé. Ensuite, l'existence des diverses peines complémentaires françaises a l'avantage de permettre au juge d'adapter les peines à la gravité de la faute. Enfin, l'efficacité dissuasive de ces sanctions pénales nécessite que leurs effets soient proportionnés à la faute commise, qu'elles soient connues par les auteurs et qu'ils croient en la possibilité de leur prononcé. Ainsi, une sanction répressive inefficace car trop sévère ne sera jamais prononcée et ne sera pas crainte. De plus, l'existence de nombreuses infractions en droit de la consommation français peut amoindrir leur efficacité dissuasive lorsque les auteurs n'en ont pas connaissance. Certaines sanctions pénales, notamment la peine pécuniaire, peut être une sanction répressive et dissuasive efficace sous certaines conditions.

186. Plusieurs sanctions pénales sont susceptibles d'être prononcées lorsque le professionnel ne respecte pas son obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois. Cependant, une des différences entre ces deux droits est la prise en compte de la faute lucrative en droit français.

§3 – La prise en compte de la faute lucrative en droit français de la consommation

187. La faute lucrative peut être définie comme la «*faute dont son auteur tire un profit supérieur au montant de la condamnation qu'il encourt pour l'avoir commise, et qu'il*

commet dans ce dessein »⁶⁷⁶. La législation française prend en compte la faute lucrative lorsqu'elle octroie la faculté au juge de majorer le montant d'une amende délictuelle, ce qui permet de dépasser le montant maximal initial imposé par la loi.

188. La loi du 23 septembre 1973⁶⁷⁷ avait introduit la possibilité pour le juge français de fixer le montant de l'amende pour le délit de pratique commerciale trompeuse jusqu'à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant le délit⁶⁷⁸. La loi du 17 mars 2014 a introduit une nouvelle possibilité de majoration de l'amende et l'a étendue au délit de tromperie. Ainsi, le juge a la possibilité, pour le délit de pratique commerciale trompeuse et le délit de tromperie, de fixer le montant de l'amende, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel moyen, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits.

Saisi de cette question, le Conseil constitutionnel a déclaré dans une décision du 13 mars 2014 que la majoration de l'amende introduite par la loi Hamon est une sanction pénale conforme à la Constitution puisqu'elle présente un lien avec les manquements constatés et qu'elle ne revêt pas un caractère manifestement disproportionné⁶⁷⁹.

189. La loi Hamon permet une sanction plus répressive car la somme considérée comme la base de la majoration de l'amende n'est pas les dépenses ayant permis de réaliser le délit, mais le chiffre d'affaire, autrement dit une partie des bénéfices éventuellement réalisés grâce à l'infraction. En ce qui concerne le délit de pratique commerciale trompeuse, la base de la majoration est soit la somme investie en espérant réaliser un gain illicite, soit le gain illicite résultant du délit. Ainsi le pourcentage de chaque majoration est différent puisque le chiffre d'affaire est une somme nettement plus élevée que celle investie dans une publicité par exemple.

190. La question est de savoir si la majoration de l'amende engendre une sanction répressive et dissuasive efficace. Tout d'abord, cette peine est adaptée au comportement du professionnel qui recherche la réalisation de bénéfices puisqu'elle porte atteinte à son patrimoine. Ensuite, la peine doit être proportionnelle à la gravité de la faute. Il reviendra au

⁶⁷⁶ Association Henri Capitant, sous la dir. de CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Quadrige/Presses Universitaires de France, 2007, v. « *Lucratif, ive* », p. 564.

⁶⁷⁷ Loi n° 11-7311 du 27 septembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, art. 44, paragr. II, al. 10.

⁶⁷⁸ C. consom. art. L. 132-2, al. 2 [anc. art. L. 121-6, al. 2].

⁶⁷⁹ Cons. const., 13 mars 2014, n° 2014-690 DC, cons. 79, cons. 86 et cons. 87.

juge décidant de majorer l'amende de veiller à sa proportionnalité et à ce qu'elle ne soit pas trop sévère au risque de mettre en péril la situation financière du professionnel. La majoration de l'amende est donc une sanction pénale répressive et dissuasive dans la mesure où elle est proportionnelle à la faute, autrement dit de s'adapter au profit illicite réalisé.

191. Récemment, le droit français de la consommation a fait l'objet d'une dépénalisation opérée par la loi Hamon du 17 mars 2014.

§4 – La dépénalisation du droit français de la consommation

192. Selon M. Jacques-Henri Robert, la volonté politique de l'État de dépénaliser provient du fait que « *le droit pénal, négligeant son équilibre, devient un obèse embarrassant* »⁶⁸⁰. La loi Hamon a dépénalisé en partie le Code de la consommation en introduisant des sanctions administratives, notamment pour remplacer certaines peines contraventionnelles, autrement dit des infractions de prévention. Cette solution va dans le sens des propos de Mme Geneviève Guidicelli-Delage qui affirme que « *[p]lacer tous les rapports humains – dès lors qu'ils peuvent être dommageables – sous la menace du droit pénal, c'est faire de chaque geste, de chaque abstention, de chaque comportement, une infraction potentielle. C'est altérer la signification du fait pénal en le banalisant. Mais c'est surtout dramatiser le quotidien en le plaçant sous le signe de l'irréversible* »⁶⁸¹.

De la même manière, face à « *un droit pénal omniprésent* » au Luxembourg, M. Stefan Braum propose d'une part, de dépénaliser, en restreignant le droit pénal à un noyau dur de comportements graves portant atteinte aux droits fondamentaux, et d'autre part, de s'assurer de la proportionnalité des sanctions⁶⁸².

193. Plusieurs sens peuvent être donnés à la dépénalisation. Selon Mme Marie-Thérèse Calais-Auloy, il peut s'agir de l'« *abandon d'une peine pénale au profit d'une autre sanction* », autrement dit une déjudiciarisation, ou d'une « *décriminalisation, comprise*

⁶⁸⁰ ROBERT Jacques-Henri, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », AJDA 1995, n° spécial, p. 76 et s.

⁶⁸¹ GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, « La sanction de l'imprudence », in *Mélanges offerts à Pierre COUVRAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 535.

⁶⁸² BRAUM Stefan, « Faut-il adapter notre droit pénal aux exigences nouvelles (sinon les défis qui se posent au droit pénal luxembourgeois) ? », *Quo vadis droit luxembourgeois ? Réflexion sur l'évolution des sources techniques et normatives*, Lëtzebuenger Juristendag, promoculture Larcier, 2013, p. 130-131.

comme abandon de toute sanction»⁶⁸³. La première hypothèse concerne le droit de la consommation français.

En effet, la répression change simplement de nature, passant d'une nature pénale à administrative⁶⁸⁴. De plus, la loi Hamon a accrue la sévérité des sanctions préexistantes⁶⁸⁵. Si la sanction pénale a perdu en étendue puisqu'il y a moins d'infractions, celles qui ont été conservé ont gagné en intensité. La loi Hamon a procédé à un « *alourdissement significatif des amendes* »⁶⁸⁶ en augmentant considérablement le montant maximal de l'amende encourue, ainsi qu'en créant une nouvelle possibilité de majoration de l'amende pour le délit de pratique commerciale trompeuse, et en l'étendant au délit de tromperie. Ainsi, l'amende encourue pour le délit de pratiques commerciales trompeuses⁶⁸⁷ ainsi que celle prévue pour le délit de tromperie⁶⁸⁸ sont passées de 37 500 euros à 300 000 euros, autrement dit elle ont été multipliée par huit. Ensuite, l'amende encourue pour le manquement aux obligations précontractuelles ou à leurs modalités d'exécution prévue pour le contrat dit de *timeshare* était de 15 000 euros et est désormais de 150 000 euros⁶⁸⁹, soit une multiplication par dix. Puis, l'amende encourue par le prêteur qui ne mentionne pas le taux effectif global dans le contrat crédit à la consommation et le crédit immobilier était de 4 500 euros et est désormais de 150 000⁶⁹⁰, soit une multiplication par trente trois. Enfin, l'amende qui punit l'obligation pour le prêteur de formuler une offre de crédit immobilier par écrit adressée

⁶⁸³ CALAIS-AULOY Marie-Thérèse, « La dépenalisation en droit pénal des affaires », D. 1988, chron., p. 315, n° 2, note 5.

⁶⁸⁴ Le rapport relatif à la dépenalisation du droit des affaires français concerne le droit pénal des sociétés, de la consommation et de la concurrence. Le rapport propose notamment de supprimer certaines infractions obsolètes ou redondantes et d'y substituer des sanctions de nature administrative et/ou civile (Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, « La dépenalisation de la vie des affaires », groupe de travail présidé par Jean-Marie COULON, La documentation française, janv. 2008).

⁶⁸⁵ Les sanctions édictées par l'Union européenne semblent également gagner en sévérité. Ainsi nous avons vu que la sanction européenne de l'omission par le professionnel d'informer le consommateur de son droit de rétractation dans les contrats à distance et les contrats hors établissement hors service financier, qui est la prorogation du délai de rétractation à partir de la conclusion du contrat ou de la livraison, a été allongée à douze mois par la directive 2011/83/UE (art. 10, paragr. 1), tandis qu'elle était de trois mois sous l'empire de la directive de 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (art. 6, paragr. 1) et concerne aujourd'hui également les contrats conclus hors établissement. La sanction présente une sévérité accrue envers le professionnel car le consommateur dispose désormais d'un délai quatre fois plus long pour se défaire du contrat, ce qui accroît l'insécurité juridique. Le législateur européen aligne ainsi les délais de cette sanction du défaut d'information du droit de rétractation relatif aux contrats conclus à distance hors service financier à celle prévue pour le contrat d'utilisation de bien à temps partagé, de produits de vacances à long terme, de revente et d'échange (dir. 2008/122/CE, art. 6, paragr. 3, point a)).

⁶⁸⁶ DETRAZ Stéphane, « Les pouvoirs de l'Administration chargée de la consommation et de la concurrence et les sanctions », LPA 2014, n° 128, p. 22.

⁶⁸⁷ C. consom. fr., art. L. 132-2, al. 1 [anc. art. L. 121-6, al. 1].

⁶⁸⁸ C. consom. fr., art. L. 441-1 [anc. art. L. 213-1].

⁶⁸⁹ C. consom. fr., art. L. 242-28 [anc. art. L. 121-79-2].

⁶⁹⁰ C. consom. fr., art. L. 341-49, al. 1 [anc. art. L. 313-2, al. 2].

gratuitement sur papier ou support durable à l'emprunteur et aux cautions physiques, éventuellement accompagnée de la fiche d'information standardisée, est passée de 3 750 euros à 150 000 euros⁶⁹¹, et a donc été multipliée par quarante.

À l'inverse, le législateur luxembourgeois a considérablement diminué le montant maximal de l'amende pénale sanctionnant l'obligation d'indication du prix. Le professionnel luxembourgeois encourait une amende de 251 à 50 000 euros jusqu'à la loi du 2 avril 2014 puis une amende de 25 à 1 000 euros⁶⁹².

194. Il conviendra d'analyser si en pratique les juges suivent cette évolution et prononcent des peines d'amende plus élevées. Le risque est en effet qu'une sanction qui n'est jamais prononcée ne soit pas crainte et donc soit une sanction dissuasive inefficace. En effet, la majoration possible de l'amende prévue pour le délit de pratique commerciale déloyale à 50 % des dépenses engagées pour réaliser la publicité ou la pratique objet du délit ne semble pas être fréquemment mise en œuvre par les juges français.

195. Le mouvement de dépenalisation du droit des affaires, d'actualité en droit français en ce qui concerne la sanction de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation a été réalisé par la création de nombreuses sanctions administratives. Le droit luxembourgeois comprenait déjà quelques sanctions administratives applicables au manquement d'une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation.

SECTION 3 – DES SANCTIONS DE NATURE ADMINISTRATIVE

196. La sanction administrative peut être définie comme « *toute mesure que les autorités administratives ont le pouvoir d'infliger elles-mêmes à des particuliers afin de réprimer un comportement fautif de ceux-ci* »⁶⁹³. M. Wivenes Georges rappelle les quatre critères d'identification de la sanction administrative classiquement retenue par la doctrine française et luxembourgeoise. Il s'agit de l'auteur de la sanction qui est une autorité administrative, de la personne objet de celle-ci, de la finalité répressive de la sanction autrement dit du caractère

⁶⁹¹ C. consom. fr., art. L. 341-37 [anc. art. L. 312-33, al. 1].

⁶⁹² C. consom. lux., art. L. 112-9, paragr. (1).

⁶⁹³ GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, 6^e éd., Dalloz, 2006, p. 64.

sanctionnateur de la mesure, et enfin du caractère illicite de l'acte à sanctionner⁶⁹⁴. De plus le Conseil constitutionnel français a rappelé que le contenu de la sanction ne peut pas être privatif de liberté⁶⁹⁵. Mmes Mireille Delmas-Marty et Geneviève Giudicelli-Delage rappellent que « *l'extension en tous domaines du rôle de l'État, liée à la conception de l'« État-providence », entraîne le développement de sanctions administratives à fonction répressive* », et notamment de « *sanctions pécuniaires prononcées par l'administration* »⁶⁹⁶. En conséquence, « *la répression administrative n'est plus circonscrite à la répression disciplinaire et fiscale qui constituaient ses terrains d'élection ; elle devient une forme sanctionnatrice privilégiée en matière économique* »⁶⁹⁷.

197. Les sanctions administratives applicables à une obligation légale d'information en droits des contrats de la consommation français et luxembourgeois sont de deux sortes. Certaines sont des sanctions administratives « classiques » (§1) tandis que d'autres constituent une alternative à la sanction pénale (§2).

§1 – Les diverses sanctions administratives

198. La loi du 17 mars 2014 a introduit de nombreuses sanctions administratives dans le Code de la consommation français. De multiples obligations légales d'informations reçoivent alors une telle sanction. À l'inverse, si le droit de la consommation luxembourgeois connaissait déjà les sanctions administratives, elles sont beaucoup moins nombreuses.

199. Tout d'abord, de nombreuses obligations légales d'information en droit français de la consommation peuvent entraîner le prononcé de sanctions administratives depuis la loi Hamon. Il s'agit d'une peine pécuniaire dont le montant s'élève généralement à 3 000 euros

⁶⁹⁴ WIVENES Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution du Conseil d'État du Luxembourg », in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, colloque, réunion des Conseils d'État du Benelux et de la Cour administrative du Luxembourg, Bruxelles, 21 oct. 2011, p. 20 et s.

⁶⁹⁵ DELMAS-MARTY Mireille et TEITGEN-COLLY Catherine, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992, p. 36 et s.

⁶⁹⁶ DELMAS-MARTY Mireille et GIUDICELLI-DELAGE Geneviève (dir.), *Droit pénal des affaires*, 4^e éd., Thémis Droit privé, PUF, 2000, p. 172. M. Jacques Mourgeon conteste l'existence de sanctions pécuniaires administratives car elles « *atteignent le coupable davantage sans son statut de citoyen que dans celui de ressortissant de l'institution, puisqu'elles visent directement son patrimoine sans avoir, par elles-mêmes, une incidence sur sa situation dans l'institution* » (MOURGEON Jacques, *La répression administrative*, thèse, Bibliothèque de droit public, Toulouse, LGDJ, 1967).

⁶⁹⁷ DELMAS-MARTY Mireille et TEITGEN-COLLY Catherine, *op. cit.*, p. 154.

maximum pour une personne physique et à 15 000 euros maximum pour une personne morale⁶⁹⁸. L'autorité administrative compétente pour la prononcer est la DGCCRF⁶⁹⁹ qui dispose d'un délai d'une année révolue pour agir à compter du jour où le manquement a été commis, si dans ce délai, il n'a été fait aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de ce manquement⁷⁰⁰. Un procès-verbal constatant le manquement passible de l'amende administrative est remis à la personne concernée⁷⁰¹, puis la DGCCRF l'informe de la possibilité de se faire assister d'un conseil et l'invite à présenter ses observations sous le délai d'un mois⁷⁰². Passé ce délai, l'Administration peut prononcer l'amende par une décision motivée⁷⁰³. Elle peut également décider d'ordonner la publication de la décision⁷⁰⁴.

Les sanctions administratives introduites ont parfois apporté une sanction répressive à une obligation légale d'information qui en était dépourvue, comme l'obligation générale d'information précontractuelle⁷⁰⁵, ou ont été substituées à une sanction pénale, comme par exemple pour les arrêtés pris en application de l'obligation générale d'indication des prix dont le non-respect était sanctionné par une contravention de cinquième classe⁷⁰⁶. D'autres exemples peuvent être cités.

200. Certaines amendes administratives ont apporté une sanction répressive à des obligations légales d'information. Le professionnel vendeur de biens meubles doit informer le consommateur de manière lisible préalablement à la conclusion du contrat de la disponibilité sur le marché des pièces détachées indispensables à l'utilisation du bien, et confirmer cette information par écrit lors de l'achat du bien,⁷⁰⁷ sous peine de recevoir une amende administrative⁷⁰⁸. Ensuite, le professionnel qui insère dans ses contrats une ou plusieurs clauses qui sont de manière irréfragable présumées abusives, autrement dit celles listées à

⁶⁹⁸ Il sera précisé chaque fois qu'une amende administrative est d'un autre montant.

⁶⁹⁹ C. consom. fr., art. L. 522-1. V. CIBERT-GOTON Virginie et ALBORTCHIRE Adamou, Pratique du droit de la concurrence et de la consommation, Editions Eska, 2007, p. 14.

⁷⁰⁰ C. consom. fr., art. L. 522-3.

⁷⁰¹ C. consom. fr., art. L. 522-4.

⁷⁰² C. consom. fr., art. L. 522-5, al. 1 et art. R. 522-2.

⁷⁰³ C. consom. fr., art. L. 522-5, al. 2.

⁷⁰⁴ C. consom. fr., art. L. 522-6. Sur les modalités de la publication de la décision : art. R. 522-3, art. L. 522-4 et R. 522-5.

⁷⁰⁵ Obligation d'information : C. consom. fr., art. L. 111-1. Amende administrative : art. L. 131-1.

⁷⁰⁶ Ancienne sanction pénale (contravention de 5^{ème} classe) : C. consom. fr., art. R. 113-1. Actuelle amende administrative : art. L. 131-5, al. 1.

⁷⁰⁷ C. consom. fr., art. L. 111-4, al. 1.

⁷⁰⁸ C. consom. fr., art. L. 131-2, al. 1.

l'article R. 212-1 du Code de la consommation⁷⁰⁹, encourt une amende administrative⁷¹⁰. Puis, le manquement au formalisme informatif de la garantie commerciale⁷¹¹ peut recevoir une sanction administrative⁷¹². Le non-respect des obligations légales d'information prescrites pour le contrat de prestations de service après-vente exécutées par le vendeur en dehors de la garantie commerciale (contrat dont un exemplaire est remis à l'acheteur⁷¹³ ; remise d'une notice d'utilisation et le cas échéant d'un certificat de garantie⁷¹⁴ ; éventuellement lors de l'achat, l'indication par écrit du coût de la livraison, et la remise d'un écrit informant de la faculté de formuler des réserves⁷¹⁵ ; en cas de factures forfaitaires, le vendeur doit informer l'acheteur par écrit de « *l'origine de la panne, de la nature de l'intervention et des pièces ou fournitures remplacées* »⁷¹⁶) est puni d'une amende administrative⁷¹⁷. Puis, tout manquement au formalisme informatif édicté pour les contrats de services de communications électroniques⁷¹⁸ est puni d'une amende administrative⁷¹⁹. Enfin, le législateur français a édicté des règles de formation et d'exécution de certains contrats. Le Code de la consommation dispose que « [l]orsqu'un professionnel est amené à recueillir auprès d'un consommateur des données téléphoniques, il l'informe de son droit à s'inscrire sur la liste d'opposition au démarchage téléphonique. Lorsque ce recueil d'information se fait à l'occasion de la conclusion d'un contrat, le contrat mentionne, de manière claire et compréhensible, l'existence de ce droit pour le consommateur »⁷²⁰. La loi du 17 mars 2014 édictait que le manquement à cette obligation était puni d'une amende administrative de 15 000 euros pour les personnes physiques et 75 000 euros pour les personnes morales⁷²¹. Le législateur a diminué le montant maximal de l'amende puisque depuis l'ordonnance du 14 mars 2016, tout manquement à cet article est sanctionné par une amende administrative de 3 000 euros pour les personnes physiques et 15 000 euros pour les personnes morales⁷²².

⁷⁰⁹ L'article L. 212-1, alinéa 4, du Code de la consommation prévoit que ces clauses sont déterminées par un décret en Conseil d'État pris après avis de la commission des clauses abusives.

⁷¹⁰ C. consom. fr. art. L. 241-2.

⁷¹¹ C. consom. fr., art. L. 217-15 [anc art. L. 211-15].

⁷¹² C. consom. fr., art. L. 241-6 [anc. art. L. 211-16-1].

⁷¹³ C. consom. fr., art. L. 217-17 [anc. art. L. 211-19].

⁷¹⁴ C. consom. fr., art. L. 217-18, al. 2.

⁷¹⁵ C. consom. fr., art. L. 217-19.

⁷¹⁶ C. consom. fr., art. L. 217-20.

⁷¹⁷ C. consom. fr., anc. art. L. 241-7 [art. L. 211-23].

⁷¹⁸ C. consom. fr., art. L. 224-27 et s. [anc. art. L. 121-83-1].

⁷¹⁹ C. consom. fr., art. L. 242-20 [anc. L. 121-85-1].

⁷²⁰ C. consom. fr., art. L. 223-2 [anc. art. L. 121-34, al. 3].

⁷²¹ C. consom. fr., anc. art. L. 121-34-1.

⁷²² C. consom. fr., art. L. 242-16.

201. Ensuite, certaines amendes administratives se sont substituées à une amende de nature pénale prévue dans le Code de la consommation français. Par exemple, certaines dispositions du formalisme informatif prévues pour les contrats à distance et hors établissement⁷²³ reçoivent désormais une amende administrative⁷²⁴.

202. En droit luxembourgeois⁷²⁵, trois contrats principaux reçoivent des sanctions administratives, notamment pour la violation des obligations légales d'information qui y sont rattachées. L'Institut Luxembourgeois de Régulation est l'autorité administrative compétente pour prononcer ces sanctions dans trois secteurs : les contrats de fourniture de gaz naturel et d'électricité⁷²⁶, ainsi que les contrats de fourniture de communications électroniques⁷²⁷. Toute violation aux dispositions relatives à ces contrats, dont les obligations d'information prévues par la loi, est punie par diverses sanctions administratives. Les sanctions administratives édictées sont l'amende d'ordre, l'avertissement, le blâme, des interdictions professionnelles, ainsi que la publication de la décision⁷²⁸, après une procédure contradictoire.

Contrairement au droit français, une autorité indépendante de régulation a été désignée comme l'autorité compétente pour prononcer ces sanctions administratives⁷²⁹. L'Institut Luxembourgeois des Télécommunications a été créé par la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications suite aux accords sur la libéralisation du secteur en février 1997 par des pays membres de l'Organisation Mondiale du Commerce⁷³⁰. Il deviendra l'Institut Luxembourgeois de Régulation avec la loi du 24 juillet 2000. L'Institut Luxembourgeois de Régulation est chargé de la régulation de certains secteurs économiques dont les réseaux et services de communications, notamment électroniques (télécommunications), le transport et

⁷²³ C. consom. fr., art. L. 221-5, L. 221-6, L. 221-8, L. 221-11, L. 221-12, L. 221-13 et L. 221-14.

⁷²⁴ C. consom. fr., art. L. 242-10 et L. 242-11. Il faut préciser que l'amende pénale prévue pour le formalisme des contrats à distance portant sur un service financier a été maintenue : formalisme informatif, art. L. 222-5 et L. 222-6 ; contraventions de 5^{ème} classe, art. R. 242-1 et R. 242-2.

⁷²⁵ M. Georges Wivenes rappelle qu'en droit luxembourgeois un des domaines de prédilection de la sanction administrative est la protection du consommateur (WIVENES Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution du Conseil d'État du Luxembourg », in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, colloque, réunion des Conseils d'État du Benelux et de la Cour administrative du Luxembourg, Bruxelles, 21 oct. 2011, p. 19).

⁷²⁶ Loi modifiée du 1^{er} aout 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel, Loi modifiée du 1^{er} aout 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

⁷²⁷ Loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques.

⁷²⁸ Contrat de fourniture de gaz naturel (art. 60) ; contrat de fourniture d'électricité (art. 65) ; contrat de communications électroniques (art. 83).

⁷²⁹ L'article 1^{er} de la loi modifiée du 30 mai 2005 portant organisation de l'Institut Luxembourgeois de la Régulation (Mém. A – N° 73 du 7 juin 2005, p. 1162) dispose qu'il s'agit d'un « établissement public indépendant doté de la personnalité juridique » (al. 1) qui jouit de « l'autonomie financière et administrative » (al. 3).

⁷³⁰ Rapport annuel de l'ILT, 1997, p. 3.

la distribution d'énergie électrique et de gaz naturel, le transport et les services postaux⁷³¹. L'Institut Luxembourgeois de Régulation « *a le pouvoir de prononcer des sanctions administratives et dispose de pouvoirs de police dans le cadre de la recherche des infractions* »⁷³².

Après avoir illustré les diverses obligations légales d'information en droits de la consommation français et luxembourgeois dont les manquements par le professionnel sont punis d'une sanction administrative, il convient d'analyser l'efficacité répressive et dissuasive de celles-ci en droit français puis en droit luxembourgeois.

203. Le droit français de la consommation sanctionne de nombreuses obligations légales d'information par une amende administrative et éventuellement la publication de la décision. Tout d'abord, l'amende est une peine adaptée au comportement du professionnel puisqu'elle porte atteinte à son patrimoine. La publication de la décision est une peine moins adaptée car l'atteinte au patrimoine est indirecte, l'effet néfaste sur la réputation du professionnel pouvant entraîner une baisse de clientèle et donc de bénéfice.

Ensuite, la peine doit être proportionnée à la gravité de la faute. L'amende administrative encourue pour le manquement à une obligation légale d'information a *a priori* un régime similaire à celui des contraventions. En effet, l'amende administrative ne peut généralement pas excéder 3 000 euros pour les personnes physiques, ce qui équivaut au montant maximal des amendes contraventionnelles⁷³³. De plus, les amendes pénales édictées pour le manquement à une obligation légale d'information sont souvent celles prévues pour les contraventions de cinquième classe, autrement dit 1 500 euros et 3 000 euros en cas de récidive. Les amendes administratives et pénales prévues en droit français pour sanctionner le manquement à une obligation légale d'information peuvent être désignées comme étant de type contraventionnel. Ensuite, les amendes administratives peuvent se cumuler entre elles, à l'image des contraventions. En effet, l'article L. 522-7 du Code de la consommation impose une limite de cumul uniquement pour les amendes administratives dont le montant est supérieur à 3 000 euros pour les personnes physiques et 15 000 euros pour les personnes morales, et concerne donc rarement le manquement à une obligation légale d'information. Le risque de disproportion du montant de l'amende administrative est donc identique à celui encouru pour les contraventions puisqu'il n'y a aucun plafond. Si la sanction est

⁷³¹ <http://www.ilr.public.lu/ilr/index.html>, dernière consultation le 20 sept. 2016.

⁷³² Rapport annuel de l'ILT, 1997 p. 8 et 9.

⁷³³ C. pén. fr., art. 131-13, al. 1.

disproportionnée car trop sévère, elle ne sera pas une sanction répressive efficace. En effet, elle risque de ne jamais être prononcée, ce qui la rendra également inefficace dans sa fonction dissuasive. Ensuite, la peine accessoire qu'est l'affichage semble pouvoir être proportionnée puisque la DGCCRF peut moduler ses modalités de mise en œuvre, et ordonner la publication intégrale ou partielle de la décision, ou encore qu'elle prenne la forme d'un communiqué informant le public⁷³⁴, ainsi que le temps d'affichage qui ne peut toutefois excéder deux mois⁷³⁵. La condition qui risque de faire défaut aux sanctions administratives afin qu'elles soient une sanction répressive efficace est la condition de proportionnalité de l'amende puisqu'il n'y a aucun plafond. Cependant, nous avons mentionnés préalablement le pouvoir d'injonction de mise en conformité de la DGCCRF dont le non-respect par le professionnel entraîne également le prononcé d'une amende administrative. On peut penser qu'en pratique il sera généralement fait usage du pouvoir d'injonction avant celui de prononcé de l'amende.

204. En droit luxembourgeois, les sanctions administratives semblent concerner moins d'obligations légales d'information, mais elles sont plus diverses puisque l'ILR peut prononcer une amende d'ordre et/ou un blâme, un avertissement, certaines interdictions ou suspensions temporaires d'activités, ainsi que la publication de sa décision.

Des remarques similaires peuvent être faites en ce qui concerne la mesure de l'efficacité répressive et dissuasive de ces sanctions. En effet, l'amende d'ordre apparaît toujours comme la peine la plus adaptée au comportement du professionnel recherchant la réalisation de profit, puisqu'elle porte atteinte à son patrimoine. Ensuite, les autres sanctions auront un effet plus indirect sur le patrimoine du professionnel, en portant atteinte à sa réputation ou en interdisant d'effectuer certaines opérations pendant un temps donné, et semble donc moins adaptées. Ensuite, la peine doit être proportionnée. L'ILR choisira donc, selon la gravité de la faute, de prononcer une ou plusieurs de ces sanctions. Cependant, l'amende d'ordre peut se révéler disproportionnée puisque le plafond légal est très élevé, fixé à un million d'euros. Il reviendra à l'ILR de s'assurer de la proportionnalité de la peine à la gravité de la faute en prenant en compte notamment la répétition de l'infraction et l'intention frauduleuse.

Il est intéressant d'observer que fin août 2016, l'ILR a déclaré n'avoir prononcé aucune sanction administrative envers un professionnel pour un manquement à ses obligations légales d'informations relatives au contrat de fourniture de gaz naturel, au contrat de fourniture

⁷³⁴ C. consom. fr., art. R. 522-4.

⁷³⁵ C. consom. fr., art. R. 522-5, al. 1.

d'électricité et au contrat de service de communications électroniques. Cela est peut être signe de l'efficacité dissuasive des ces sanctions administratives.

205. Les droits de la consommation français et luxembourgeois utilisent un système répressif à la fois pénal et administratif afin de sanctionner les manquements aux obligations légales d'information. Ainsi, le Conseil d'État français déclare qu'il « *a souvent constaté, à l'occasion des textes qui lui sont soumis, des hésitations et des incertitudes dans la politique suivie pour opérer un choix entre sanctions administratives et sanctions pénales, et pour opter entre ces deux types de sanctions selon la nature des infractions commises et l'objet de la législation ou de la réglementation qu'il s'agit de protéger* »⁷³⁶. L'hésitation entre ces deux « *voies sanctionnatrices* » s'explique par leurs avantages et inconvénients réciproques. M. Jacques-Henri Robert estime que le mode judiciaire est intimidant, car déshonorant, et accessible aux victimes, tandis que le mode administratif est plus rapide, « *offre des sanctions plus maniables et donc mieux adaptées à la réalité* », et « *se prête mieux aux transactions* »⁷³⁷. L'amende administrative semble particulièrement adaptée aux simples violations de l'obligation légale d'information car son caractère extrajudiciaire permet de prononcer la sanction plus rapidement et donc d'être plus dissuasive. Le développement des sanctions administratives, notamment en droit de la consommation, s'explique donc par des préoccupations essentiellement pratiques⁷³⁸, autrement dit la recherche d'un système de sanction souple et rapide⁷³⁹.

206. Tout d'abord, l'amende administrative semble opportune pour sanctionner les simples manquements à l'obligation légale d'information. Ainsi M. Christophe Blanchard énonce qu' « [o]n a considéré à juste titre que ce n'est pas l'office du droit pénal que de punir la connaissance de simples formalités »⁷⁴⁰. De plus, un autre auteur conclu que « [l]a

⁷³⁶ CRESSON Édith, « Propos introductifs », in Conseil d'État (Section du rapport et des études), *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 8 déc. 1994, La Documentation française – Paris, 1995, p. 6. Sur les conditions du choix entre sanctions administratives et sanctions pénales v. p. 31 et s.

⁷³⁷ ROBERT Jacques-Henri, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », AJDA 1995, n° spécial, p. 76 et s.

⁷³⁸ Conseil d'État (Section du rapport et des études), *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 8 déc. 1994, La Documentation française – Paris, 1995, p. 69 et s.

⁷³⁹ V. ROBERT Jacques-Henri, « Juridictionnalisation administrative », dr. pén. n° 6, juin 2014, comm. 93.

⁷⁴⁰ BLANCHARD Christophe, « Quelle sanction pour faire cesser les infractions au droit de la consommation ? », in Centre Jean Bodin (sous la dir. de BERNHEIM-DESVAUX Sabine et BLANCHARD

pénalisation massive des comportements nuit à la lisibilité du droit pénal parce qu'elle place sur le même plan le manquement involontaire à une exigence du formalisme informatif et l'emploi généralisé de pratiques commerciales déloyales »⁷⁴¹. Ainsi Mme Maïté De Rue explique que « [p]our les infractions les plus légères l'avantage est encore plus grand car le dispositif permet à l'Administration de s'affranchir de toutes les considérations qui conduisent le ministère public à ne pas poursuivre, et à retenir ses propres critères d'opportunité des poursuites »⁷⁴². Les sanctions administratives sont notamment présentes dans « les matières techniques ou spécifiques, où l'infraction peut être appréhendée facilement par l'administration, et où elle ne suscite pas un degré de réprobation tel que l'appareil pénal doivent être mis en branle – même si des sanctions pécuniaires lourdes sont prévues »⁷⁴³.

207. Les sanctions administratives permettent donc de pallier les insuffisances de la répression pénale, trop lente, complexe et inadaptée pour aborder la technicité croissante des mécanismes économiques⁷⁴⁴. MM. Jean Larguier et Philippe Conte estiment qu'« [i]l faut reconnaître que le législateur moderne a parfois abusé de la menace de la sanction pénale, en l'insérant dans nombre de textes, d'une manière presque systématique, et en élargissant ainsi le domaine du droit pénal jusqu'à rendre celui-ci trop étendu pour être vraiment efficace, le délit devenant alors « artificiel » »⁷⁴⁵. Dans le même sens, M. Georges Wivenes déclare qu'au Luxembourg, « [d]ans le discours politique dominant, le recours à la sanction administrative est justifié par la volonté de ramener le droit pénal à son domaine originnaire et de dépénaliser la vie économique »⁷⁴⁶. M. Pierre Gramegna, Directeur de la Chambre de commerce de Luxembourg a rappelé, lors du dépôt du projet de loi portant introduction d'un Code de la consommation le 15 mai 2008 par le ministre de l'Économie et du Commerce

Christophe), *L'effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion d'Angers, 26 mars 2015, LDA, juin 2015.

⁷⁴¹ DOUCHE-DOYETTE Nathalie, *La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation*, thèse, Université de Lorraine, 2012, n° 636.

⁷⁴² DE RUE Maïté, « La flexibilité des sanctions en droit pénal social, in KAMINSKI Dan (dir.), *La flexibilité des sanctions. XXI^{es} journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2013, p. 640.

⁷⁴³ Conseil d'État (Section du rapport et des études), *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 8 déc. 1994, La Documentation française – Paris, 1995, p. 82.

⁷⁴⁴ ROSENFELD Emmanuel et VEIL Jean, « Sanctions administratives, sanctions pénales », CAIRN, pp. 61-73.

⁷⁴⁵ LARGUIER Jean et CONTE Philippe, *Droit pénal des affaires*, 10^e éd., Armand Colin, 2001, p. 9.

⁷⁴⁶ WIVENES Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution du Conseil d'État du Luxembourg », in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, colloque, réunion des Conseils d'État du Benelux et de la Cour administrative du Luxembourg, Bruxelles, 21 oct. 2011, p. 19.

extérieur, que la Chambre de commerce n'approuve pas les sanctions pénales aux violations des dispositions consuméristes. En effet, la Chambre estime que « *le recours à des sanctions pénales n'est pas approprié et risque d'envenimer les relations commerciales entre clients et entreprises qui doivent se dérouler conformément au droit commun soit civil soit commercial* »⁷⁴⁷. Ainsi, les sanctions administratives permettent de « *procéder à la dépenalisation de certains comportements, dans l'intérêt à la fois des individus et d'une bonne administration de la justice* » en déchargeant les autorités judiciaires⁷⁴⁸.

208. Nous venons de constater que les sanctions administratives prévues en droit français et luxembourgeois pour sanctionner le manquement à une obligation légale d'information peuvent être des sanctions répressives inefficaces si elles sont disproportionnées car trop sévères par rapport à la faute commise. Dès lors, on peut se demander si la dépenalisation du droit de la consommation français par l'élargissement des amendes administrative est « *une flexibilité qui témoigne de souplesse ou de sévérité* »⁷⁴⁹. *A priori*, si la répression administrative est moins infâmante que la répression pénale, elle peut être tout aussi sévère, et semble plus dissuasive grâce à la rapidité de sa mise en œuvre.

209. Les droits français et luxembourgeois ont également en commun l'existence d'une peine pécuniaire administrative particulière puisqu'elle est une alternative à l'amende pénale. La transaction administrative a cependant un champ d'application beaucoup plus large en droit français qu'en droit luxembourgeois.

⁷⁴⁷ GRAMEGNA Pierre, « Plaidoyer en faveur d'un plus juste équilibre entre le droit de la consommation et les objectifs du marché européen », in PRŪM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 77.

⁷⁴⁸ DELMAS-MARTY Mireille et GIUDICELLI-DELAGE Geneviève (dir.), *Droit pénal des affaires*, 4^e éd., Thémis Droit privé, PUF, 2000, p. 176.

⁷⁴⁹ La réflexion de Mme Maïté De Rue était relative au droit pénal social belge (DE RUE Maïté, « La flexibilité des sanctions en droit pénal social », in KAMINSKI Dan (dir.), *La flexibilité des sanctions. XXI^{es} journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2013, p. 350).

§2 – Le pouvoir de transiger de l'Administration

210. L'Administration française et l'Administration luxembourgeoise⁷⁵⁰ disposent d'un pouvoir de transiger⁷⁵¹, c'est-à-dire que dans certaines conditions prévues par la loi, elles peuvent proposer au professionnel qui a manqué à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation constitutive d'une contravention de s'acquitter d'une certaine somme qui a pour effet d'éteindre l'action publique. Lorsqu'elle est prévue par un texte, la transaction est un mode exceptionnel d'extinction de l'action publique, puisque cette dernière appartient à la société, son exercice étant confié au ministère public⁷⁵². Le professionnel qui encourt une contravention peut éviter les poursuites devant le juge pénale en payant une taxe à l'Administration. La transaction constitue « *un mécanisme de règlement du litige préalablement aux poursuites* »⁷⁵³.

La transaction est bien une sanction administrative puisqu'elle est une mesure qui émane d'une autorité administrative, prise unilatéralement et qui fait grief.

211. En droit français, le pouvoir de transiger de l'Administration, également dénommée transaction administrative par la doctrine⁷⁵⁴, était initialement permise par une ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix, abrogée par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁷⁵⁵. Par la suite, la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit⁷⁵⁶ a autorisé le gouvernement français à prendre par voie d'ordonnance des mesures instaurant la faculté pour la DGCCRF de proposer, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, un règlement transactionnel aux auteurs

⁷⁵⁰ La transaction administrative existe aussi en droit belge et est prévue par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 261).

⁷⁵¹ Un parallèle peut être fait en droit français avec la transaction pénale : C. pén. fr., art. 6 (possibilité d'éteindre l'action publique par la transaction) et art. 41-1-1 (transaction par un officier de police judiciaire pour certains délits et certaines contraventions). Mmes Mireille Delmas-Marty et Geneviève Giudicelli-Delage expliquent que la transaction facilite la dépenalisation *de facto*. La dépenalisation *de jure* est quant à elle exceptionnelle et est limitée au domaine des infractions économiques car il pèse sur le législateur, qui choisit la sanction administrative de préférence à la sanction pénale, l'obligation de détailler le régime juridique de cette première (DELMAS-MARTY Mireille et GIUDICELLI-DELAGE Geneviève (dir.), *Droit pénal des affaires*, 4^e éd., Thémis Droit privé, PUF, 2000, p. 183). Sur le consentement du délinquant à la sanction pénale, v. DANTI-JUAN Michel, « Le consentement et la sanction », in *Mélanges offerts à Pierre COUVRAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 367 et s.

⁷⁵² DELMAS-MARTY Mireille et GIUDICELLI-DELAGE Geneviève (dir.), *Droit pénal des affaires*, 4^e éd., Thémis Droit privé, PUF, 2000, p. 152.

⁷⁵³ Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, du groupe de travail présidé par COULON Jean-Marie, « La dépenalisation de la vie des affaires », La documentation française, janv. 2008, p. 71.

⁷⁵⁴ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 548.

⁷⁵⁵ *Ibid.*

⁷⁵⁶ Art. 83, paragr. I, 1^o.

de contraventions aux règles du Code du commerce et au Code de la consommation. Une ordonnance du 1^{er} septembre 2005⁷⁵⁷ a ainsi introduit la transaction administrative dans le Code de la consommation.

212. Le terme d'avertissements taxés est utilisé par le Code de la consommation luxembourgeois. Le projet de loi d'introduction d'un Code de la consommation luxembourgeois du 20 mai 2008 prévoyait la réintroduction de l'amende transactionnelle⁷⁵⁸, péalablement introduite par la loi du 30 juin 1961 relative à l'Office des prix abrogée par la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence⁷⁵⁹. L'article L. 112-9, alinéa 2, du projet de loi prévoyait la faculté pour le ministre ayant dans ses attributions la protection des consommateurs « *de transiger sur l'amende toutes les fois que l'infraction ou la tentative d'infraction sont accompagnées de circonstances atténuantes et qu'il juge que le paiement d'une somme égale ou inférieure à 1.250 euros constitue une sanction suffisante* »⁷⁶⁰. La Chambre des Métiers a approuvé cette faculté à condition que le Ministre puisse adapter le montant de l'amende à l'infraction concernée⁷⁶¹. Cependant, le Conseil d'État s'est formellement opposé à la réintroduction de l'amende transactionnelle, et la commission parlementaire a retenu l'option des avertissements taxés⁷⁶².

213. Afin de se prononcer sur l'efficacité répressive et dissuasive des transactions administratives en droits français et luxembourgeois pour sanctionner l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation (D), il convient d'étudier les autorités compétentes pour les prononcer (A), leur champ d'application (B) ainsi que leur montant (C).

⁷⁵⁷ Ordonnance n° 2005-1086 du 1^{er} septembre 2005 instaurant un règlement transactionnel pour les contraventions au code de commerce et au code de la consommation et portant adaptation des pouvoirs d'enquête et renforcement de la coopération administrative en matière de protection des consommateurs (JORF n° 204 du 2 septembre 2005, p. 14255, texte n° 11).

⁷⁵⁸ Doc. parl. 5881/00, Projet de loi portant introduction d'un code de la consommation, déposé le 20 mai 2008.

⁷⁵⁹ Mém. A – N° 76 du 26 mai 2004, p. 1112.

⁷⁶⁰ RAUCHS Pierre, « Le projet de Code de la consommation luxembourgeois », in PRÛM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 64.

⁷⁶¹ Doc. parl. 5881/03, 28 août 2008.

⁷⁶² Doc. parl. 6478/00 portant modification du code de la consommation, déposé le 17 septembre 2012, p. 34.

A. Les autorités compétentes

214. « *L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation* »⁷⁶³ est l'autorité française compétente pour exercer le pouvoir de transaction, autrement dit « *le chef du service national des enquêtes au sein de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi ou le directeur de la direction départementale chargée de la protection des populations* », qui peuvent déléguer ce pouvoir à certains fonctionnaires⁷⁶⁴.

Les fonctionnaires de la DGCCRF peuvent décider de transiger tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement. Une copie du procès-verbal de constatation de l'infraction ainsi que la proposition de transaction sont adressées à l'auteur de l'infraction⁷⁶⁵ et la proposition de transaction doit être envoyée au procureur de la République dans les trois mois suivants la clotûre du procès-verbal⁷⁶⁶. Lorsque le procureur donne son accord⁷⁶⁷, la DGCCRF le notifie en double exemplaire à l'auteur⁷⁶⁸ qui dispose d'un mois pour y répondre⁷⁶⁹. Lorsque l'auteur de l'infraction accepte la transaction et s'acquitte de la somme fixée dans le délai imparti, l'action publique est éteinte⁷⁷⁰. Lorsque l'auteur de l'infraction ne répond pas à la notification ou la refuse, ou ne remplit pas ses obligations dans le délai imparti, le procureur de la République décide, sauf éléments nouveaux, d'engager des poursuites à son encontre⁷⁷¹.

215. Au Luxembourg, sont compétents pour transiger « *les fonctionnaires de la Police grand-ducale habilités à cet effet par le directeur général de la Police grand-ducale* »⁷⁷². Avant la loi du 2 avril 2014, étaient également compétents les « *fonctionnaires habilités à cet effet par le ministre ayant dans ses attributions la protection des consommateurs* »⁷⁷³. À l'heure

⁷⁶³ C. consom. fr., art. L. 523-1 [anc. art. L. 141-2, al. 1].

⁷⁶⁴ C. consom. fr., art. R. 523-1 [anc. art. R. 141-3, paragr. I].

⁷⁶⁵ C. consom. fr., art. L. 523-2.

⁷⁶⁶ C. consom. fr., art. R. 523-2, al. 1.

⁷⁶⁷ Cet accord est interruptif de la prescription de l'action publique (C. consom. fr., art. L. 523-3).

⁷⁶⁸ C. consom. fr., art. R. 523-3, al. 1.

⁷⁶⁹ C. consom. fr., art. R. 523-3, der. al.

⁷⁷⁰ C. consom. fr., art. L. 523-4.

⁷⁷¹ C. consom. fr., art. R. 523-3, al. 2 et R. 523-4.

⁷⁷² C. consom. lux., art. L. 112-9, paragr. (2).

⁷⁷³ C. consom. lux., anc. art. L. 112-9, paragr. (2).

actuelle, un seul fonctionnaire de la Police grand-ducal est en charge de contrôler le respect de l'obligation d'indication des prix⁷⁷⁴.

L'avertissement taxé est subordonné à la condition que l'auteur de l'infraction verse immédiatement la somme aux fonctionnaires sur le lieu de l'infraction⁷⁷⁵ ou dans un délai de quarante-cinq jours⁷⁷⁶. Le versement de la taxe arrête alors toute poursuite⁷⁷⁷. Si le contrevenant refuse de s'acquitter de la taxe ou s'il ne paie pas dans le délai imparti, l'avertissement taxé est remplacé par un procès-verbal ordinaire⁷⁷⁸.

La DGCCRF exerce son pouvoir de transiger sous contrôle de l'autorité judiciaire, contrairement à la Police grand-ducale puisque le montant de la transaction est prédéterminé par le Code de la consommation luxembourgeois.

216. Les autorités administratives françaises et luxembourgeoises compétentes pour transiger avec l'auteur d'une infraction à une obligation légale d'information en droit de la consommation n'exerce pas leur pouvoir dans un champ d'application similaire.

B. Le champ d'application

217. La transaction administrative a un champ d'application beaucoup plus large en droit français qu'en droit luxembourgeois.

En effet, antérieurement à la loi du 17 mars 2014, la transaction française pouvait déjà s'appliquer aux contraventions relatives à l'information des consommateurs, aux pratiques commerciales, aux conditions générales des contrats, à l'endettement, ainsi qu'à la conformité et la sécurité des biens et des services⁷⁷⁹. Pouvaient également déjà faire l'objet d'une transaction les délits qui n'étaient pas punis d'une peine d'emprisonnement relatifs à l'information des consommateurs, aux pratiques commerciales, aux conditions générales des contrats, et à l'endettement⁷⁸⁰, ainsi qu'au délit de pratiques commerciales trompeuses par action ou omission⁷⁸¹. L'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 a étendu la possibilité de

⁷⁷⁴ E-mail du SNAT du 6 septembre 2016.

⁷⁷⁵ C. consom. lux., art. L. 112-9, paragr. (3), al. 1.

⁷⁷⁶ C. consom. lux., art. L. 112-9, paragr. (3), al. 1 et paragr. (8). Pour les modalités de paiement : art. R. 112-2.

⁷⁷⁷ C. consom. lux., art. L. 112-9, paragr. (8).

⁷⁷⁸ C. consom. lux., art. L. 112-9, paragr. (4), 2° et 1°.

⁷⁷⁹ C. consom. fr., art. L. 523-1, 1° [anc. art. L. 141-2 (anc. Livre Ier et III) et anc. art. L. 216-11 (anc. Livre II)].

⁷⁸⁰ C. consom. fr., art. L. 523-1, 2° [anc. art. L. 141-2 (anc. Livre Ier et III)].

⁷⁸¹ C. consom. fr., art. L. 523-1, 2°. L'ancien article L. 141-2 faisait référence à l'ancien article L. 121-1.

transiger au délit de pratiques commerciales réputées trompeuses de manière irréfutable autrement dit en toutes circonstances⁷⁸². La transaction administrative française a donc vocation à s'appliquer à la violation de nombreuses obligations d'information édictées par le Code de la consommation.

218. Les avertissements taxés luxembourgeois ont un champ d'application beaucoup plus restreint. En effet, il peut seulement être transigé sur le manquement à l'obligation d'indication des prix dont les diverses dispositions sont prescrites aux articles L. 112-1 à L. 112-8 du Code de la consommation. Le projet de loi portant modification du Code de la consommation de 2012 développe l'importance et l'utilité des avertissements taxés en droit de la consommation luxembourgeois. Le projet expose la nécessité « *de disposer d'un moyen efficace de sanctionner les infractions aux dispositions en matière d'indication des prix, vu l'importance primordiale de l'affichage des prix pour permettre au consommateur de faire un choix éclairé* »⁷⁸³.

M. Pierre Rauchs, Chargé de la Direction de la Réglementation des marchés et de la Consommation du Ministère de l'Économie et du Commerce extérieur, proposait en 2009 d'étendre l'amende transactionnelle du Projet de loi introduisant un Code de la consommation aux autres infractions du même Code⁷⁸⁴.

219. Après avoir mentionné l'autorité compétente pour transiger et le champ d'application de la transaction, il convient d'évoquer le montant qu'elle peut atteindre.

C. Le montant de la transaction administrative

220. Les transactions administratives françaises et luxembourgeoises présentent encore une différence, tenant ici à leur montant.

En effet, le Code de la consommation français ne donne aucune indication relative au montant de la transaction. L'article R. 523-2, alinéa 2, du Code de la consommation précise uniquement que la proposition de transaction transmise par le fonctionnaire de la DGCCRF

⁷⁸² C. consom. fr., art. L. 523-1, 2° (renvoie à L. 121-4).

⁷⁸³ Doc. parl. 6478/00, p. 34.

⁷⁸⁴ RAUCHS Pierre, « Le projet de Code de la consommation luxembourgeois », in PRÛM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 64.

au procureur de la République « précise la somme que l'auteur de l'infraction devra payer au Trésor public ». Cette imprécision semble être justifiée par les nombreuses infractions concernées et dont les amendes présentent un montant maximal différent. Une certaine idée du montant de la transaction peut être obtenue en se référant au régime de la transaction pénale « dont le montant ne peut excéder le tiers du montant de l'amende encourue »⁷⁸⁵. Le Code n'apporte également pas de précision sur le régime des transactions en cas de concours d'infractions. *A priori*, la transaction suivra le régime de l'infraction à laquelle elle s'applique. Autrement dit, le montant de la transaction applicable à une contravention prendra en compte le nombre de produits ou de contrats non-conformes pour la fixation du montant, en application du principe du cumul des contraventions, tandis que le montant de la transaction applicable à un délit prendra en compte l'amende la plus élevée, le principe s'appliquant aux délits étant le non-cumul des peines.

221. Contrairement au droit français, le Code de la consommation luxembourgeois précise les montants fixes des avertissements taxés. En application de l'article L. 112-9, paragraphe (5), le règlement grand-ducal du 2 avril 2014⁷⁸⁶ est venu préciser le montant des avertissements taxés ainsi que leurs modalités d'application, soit trois ans après leur introduction par la loi du 8 avril 2011. Le règlement a enfin permis aux agents compétents de pouvoir délivrer des avertissements taxés. L'article R. 112-1 précise désormais que les avertissements sont de 145 euros ou 250 euros « selon la gravité de l'infraction constatée »⁷⁸⁷. Un catalogue intitulé « *Catalogue des avertissements taxés en matière d'indication des prix* » est annexé à la partie réglementaire du code de la consommation et précise le montant de l'avertissement pour chaque violation possible relative à l'indication des prix. Par exemple, l'avertissement est de 250 euros si le prix n'est pas affiché en euro⁷⁸⁸ ou si le prix est porté à la connaissance des consommateurs de manière équivoque ou difficilement identifiable⁷⁸⁹. En revanche, l'avertissement est seulement de 145 euros lorsque le prix n'est pas visible de l'extérieur quand le produit est exposé dans une vitrine ou sur un étalage extérieur⁷⁹⁰.

⁷⁸⁵ C. proc. pén. fr., art. 41-1-1, paragr. II, 1°.

⁷⁸⁶ Mém. A – N° 64 du 22 avril 2014, p. 674.

⁷⁸⁷ Avant l'édiction du règlement grand-ducal précisant le montant des avertissements taxés, le législateur avait prévu une limite de leur montant. L'article L. 112-9, paragraphe (7), alinéa 2, précisait que le montant par avertissement taxé ne pourrait pas dépasser le montant maximum de l'amende pénale prévu au premier paragraphe du même article, soit 1 000 euros depuis la loi du 2 avril 2014 (50 000 euros auparavant).

⁷⁸⁸ C. consom. lux., art. L. 112-1, paragr. (1), al. 2.

⁷⁸⁹ C. consom. lux., art. L. 112-1, paragr. (1).

⁷⁹⁰ C. consom. lux., art. L. 112-6, paragr. (2).

222. Le Code luxembourgeois de la consommation précise le régime des avertissements taxés en cas de concours d'infraction. Celui-ci dispose qu'en cas de concours réel, il y a autant d'avertissement taxés que d'infractions constatées et qu'en cas de concours idéal, la taxe la plus élevée est seule perçue⁷⁹¹. Les avertissements taxés, tout comme les contraventions auxquelles elles transigent, font exception au principe de non-cumul des peines et aucune limite maximale n'est posée à leur cumul.

Concrètement, le concours idéal est la situation dans laquelle un même manquement peut recevoir plusieurs qualifications juridiques, par exemple lorsque dix produits sont exposés en vitrine et que leur prix, non indiqué en euro, n'est pas visible de l'extérieur. Ces infractions constituent dix avertissements taxés de 145 euros et dix avertissements taxés de 250 euros. Sera uniquement pris en compte l'avertissement dont le montant est le plus élevé, autrement dit la taxe s'élèvera à dix fois 250 euros.

Ensuite, il y aura un cas de concours réel, autrement dit plusieurs manquements en concours, par exemple lorsque le prix de dix articles n'est pas indiqué en euros. Dans ce cas, le contrevenant encourt pour chaque infraction une contravention de 25 à 1 000 euros ou un avertissement taxé de 250 euros. Le juge pénal pourrait donc prononcer dix fois la somme maximale de mille euros, soit une amende de dix mille euros. Le fonctionnaire de la Police grand-ducal pourrait quant à lui délivrer un avertissement taxé de dix fois 250 euros, soit 2 500 euros. En théorie, la transaction administrative permet donc le prononcé d'un montant moins élevé que celui de l'amende pénale, l'objectif étant d'encourager le contrevenant à s'acquitter immédiatement de cette somme puisqu'il encourt une amende pénale beaucoup plus élevée s'il refuse la proposition de transaction.

Ainsi le projet de loi de modification du Code de la consommation du 17 septembre 2012 a révélé que le montant de l'amende pénale encourue pour manquement par le professionnel à l'obligation des prix était jugé trop élevée et qu'il convient de le diminuer (le maximum est passé de 50 000 euros à 1 000 euros). Malgré cela, « *la marge entre l'avertissements taxés à percevoir et le maximum de l'amende contraventionnelle que peut prononcer le tribunal est jugée suffisamment élevée pour inciter le contrevenant à préférer le paiement sur place de la taxe au procès pénal* »⁷⁹².

⁷⁹¹ C. consom. lux., art. L. 112-9, paragr. (6)

⁷⁹² Doc. parl. 6478/00 portant modification du code de la consommation, déposé le 17 septembre 2012, p. 34.

223. Quelques chiffres illustrant l'action des administrations françaises et luxembourgeoises peuvent être cités.

Peuvent tout d'abord être mentionnées des informations statistiques sur la mise en œuvre par la DGCCRF des transactions prévues par les anciens articles L. 141-2 et L. 216-11 du Code de la consommation. L'Administration précise que leurs outils de suivi des actions conduites par les agents de la CCRF ne permettent pas d'identifier les transactions selon la base juridique autorisant la mise en œuvre de cette suite, l'ancien article L. 141-2 ou l'ancien article L. 216-11, ni de faire le lien avec certitude au sein d'un dossier contentieux entre une transaction et une infraction à un texte ou un corpus de textes spécifique. Quelques données globales pour les transactions mises en œuvre par la DGCCRF, toutes infractions confondues ont pu être récoltées. En 2012, 5 639 transactions ont été proposées au parquet pour un montant global de 8 445 366 euros. En 2013, 6 442 transactions ont été proposées au parquet pour un montant global de 9 596 422 euros. Enfin, en 2014, 5 089 transactions ont été proposées au parquet pour un montant de 9 527 932 euros. Le nombre de transactions proposées au parquet et le montant global qui en résultent apparaissent comme étant plutôt stables sur ces trois années.

Le 5 septembre 2016, le Service national des avertissements taxés de la Direction générale de la Police grand-ducale déclarait avoir émis onze avertissements taxés sur la période du 1^{er} janvier au 31 août 2016⁷⁹³. Le catalogue des avertissements taxés en matière d'indication des prix est divisé selon que l'infraction concerne les dispositions communes, l'indication du prix des produits ou l'indication du prix des services. Aucun avertissement n'a été émis en ce qui concerne l'indication du prix des services. Entre autre, un avertissement a été délivré car le prix des produits et services n'avait pas été porté à la connaissance du consommateur de non équivoque, facilement identifiable et aisément lisible⁷⁹⁴, deux avertissements ont été émis car le prix réel était supérieur au prix indiqué⁷⁹⁵, et trois avertissement ont été prononcés envers des exploitants de débits de boissons alcooliques et non alcooliques, d'établissements d'hébergements, d'établissements de restauration et de salons de consommation pour ne pas avoir indiqué le prix service compris⁷⁹⁶. Il convient de préciser en l'espèce, qu'en l'absence de précision, le terme « avertissement » est compris comme le montant global de la taxe

⁷⁹³ E-mail du SNAT du 5 septembre 2016.

⁷⁹⁴ En infraction à l'article L. 112-2, paragr. (1), du Code de la consommation.

⁷⁹⁵ En infraction à l'article L. 112-2, paragr. (2) du Code de la consommation .

⁷⁹⁶ En infraction à l'article L. 112-2, paragr. (3) du Code de la consommation.

prononcée, ce dernier étant inconnu. Ainsi, si dix produits sont concernés, l'avertissement prononcé sera le résultat du cumul de dix avertissements.

224. L'analyse de l'autorité française et luxembourgeoise compétente pour prononcer la transaction administrative applicable au manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation, ainsi que du champ d'application et du montant de celle-ci permet de mesurer l'efficacité répressive et dissuasive de cette sanction.

D. Le montant attractif et l'effectivité de la transaction comme supports de son efficacité dissuasive et répressive

225. La transaction administrative, sous la forme d'amende transactionnelle en France et d'avertissement taxé en droit luxembourgeois, est une sanction répressive qui a fait l'objet de débats car elle a pu susciter certaines craintes. Nous avons préalablement mentionné la réticence du Conseil d'État luxembourgeois face à la réintroduction de l'amende transactionnelle, qu'il désigne comme appartenant aux « *sanctions négociées* »⁷⁹⁷, proposée dans le projet de loi initial portant introduction du Code de la consommation en date de 2008. Le risque d'arbitraire était selon lui trop élevé. Ainsi Mmes Mireille Delmas-Marty et Geneviève Giudicelli-Delage rappellent que la Belgique avait été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme puisque celle-ci avait jugé que la transaction conclue avec l'administration économique l'avait été sous pression et avait privé la personne accusée en matière pénale du droit à être jugée par un tribunal impartial et indépendant comme garanti par l'article 6-1 de la Convention⁷⁹⁸. Les avertissements taxés finalement introduits dans le Code de la consommation luxembourgeois évitent le risque d'arbitraire par leur champ d'application restreint à l'obligation d'indication des prix au consommateur qui a permis au pouvoir réglementaire d'édicter deux montants fixes d'avertissements, mettant de ce fait les professionnels sur un pied d'égalité. À l'inverse, le montant de la transaction française est librement fixé par la DGCCRF mais il est soumis à l'approbation de l'autorité judiciaire, autrement dit le procureur de la République, ce qui limite les risques d'arbitraire. Si la transaction administrative nécessite la prise de certaines précautions afin d'éviter le prononcé

⁷⁹⁷ Doc. parl. n° 5881A/02, « Avis du Conseil d'État », p. 8.

⁷⁹⁸ DELMAS-MARTY Mireille et GIUDICELLI-DELAGE Geneviève (dir.), *Droit pénal des affaires*, 4^e éd., Thémis Droit privé, PUF, 2000, p. 152, cite : CEDH, 27 févr. 1980, aff. *Deweert c/ Belgique*, n° 6903/75.

d'un montant arbitraire, cette sanction a été choisie en droits français et luxembourgeois pour son efficacité répressive et dissuasive, notamment due à son effectivité.

226. Tout d'abord, la transaction administrative semble être une sanction répressive efficace puisqu'elle est une peine pécuniaire et donc adaptée au comportement prohibé, la recherche du profit. Ensuite, il faut analyser si la transaction remplit la condition de proportionnalité à la gravité de la faute. Répondant au principe du cumul des peines à l'image des contraventions auxquelles elle s'applique, elle peut donc atteindre un montant élevé. Si ce montant est fixe en droit luxembourgeois, le montant de la transaction française est déterminé par l'Administration. La question reste de savoir si l'Administration française dispose d'un réel pouvoir de modulation du montant de la transaction pour l'adapter aux infractions en cause, à la fréquence de leur répétition et peut être à l'existence d'une intention frauduleuse du professionnel, ou si elle utilise une charte ou un barème selon les infractions en cause, auquel cas le risque de disproportion reste présent.

La transaction administrative et les avertissements taxés sont donc une sanction répressive efficace à condition d'être proportionnés à la gravité de la faute. Cependant, l'atout majeur de la transaction semble résider dans son montant attractif ainsi que dans la facilité et la rapidité de son prononcé.

227. Le montant attractif de la transaction administrative participe également à son efficacité. On pourrait penser *a priori* que la transaction est moins dissuasive que l'amende pénale à cause de son montant moins élevé. Or, cette différence entre les montants de la transaction et de l'amende pénale a pour objectif d'inciter l'auteur de l'infraction à accepter la transaction plutôt que de prendre le risque d'avoir à s'acquitter d'une amende plus élevée prononcée par le juge pénal.

Ensuite, les droits français et luxembourgeois ont choisi d'appliquer le mécanisme de la transaction administrative à la violation de certaines dispositions consuméristes, dont de nombreuses obligations d'information, afin d'assurer leur effectivité qui est permise par la mise en œuvre rapide de cette sanction. À l'image de l'amende administrative, la transaction est une sanction extrajudiciaire et donc prononcée plus rapidement. De plus, la rapidité du prononcé de la transaction est augmentée par l'absence de phase contradictoire. Le Projet de loi de modification du Code de la consommation luxembourgeois datant de 2012 mettait en exergue l'inaptitude des sanctions pénales à punir les manquements à l'indication des prix :

« [L]es procès-verbaux dressés par les agents de police chargés de la surveillance de l’affichage des prix nécessitent une poursuite par les autorités judiciaires ce qui représente aux yeux des auteurs de loi une procédure trop longue pour contrecarrer les pratiques de professionnels peu réactifs aux injonctions des agents de police. Or, dans un souci d’équité vis-à-vis de la grande majorité des professionnels qui réalisent les investissements nécessaires pour se conformer aux dispositions en matière d’indication des prix, une action concrète et avec un calendrier raisonnable s’impose. C’est la raison pour laquelle il était, et il est toujours, nécessaire de prévoir la possibilité d’infliger des avertissements taxés »⁷⁹⁹.

En définitive, l’effectivité de la transaction participe à son efficacité répressive et dissuasive. La transaction est effectivement mise en œuvre et peut donc produire des effets répressifs. De plus, une sanction prononcée facilement et rapidement est source de dissuasion.

⁷⁹⁹ Doc. parl. 6478/00, p. 34.

CONCLUSION DU CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

228. Une grande diversité de sanctions peut trouver à s'appliquer au manquement par un professionnel à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois. La sanction de l'obligation d'information peut être de nature civile, pénale et administrative et assurer une fonction dissuasive et réparatrice ou répressive. La fonction réparatrice est majoritairement assurée par les sanctions civiles et la fonction répressive par les sanctions pénales et administratives. De manière plus anecdotique, certaines sanctions civiles sont répressives. L'efficacité de la sanction de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation est appréciée selon la fonction qu'elle aborde, indépendamment de sa nature. Ainsi la sanction réparatrice est efficace lorsque les effets qu'elle produit réparent intégralement le préjudice subi par le consommateur et le replace dans la situation qui aurait été la sienne avant la violation, sans lui procurer un avantage. La sanction répressive est quant à elle efficace lorsqu'elle est adaptée au comportement prohibé, en l'espèce le professionnel rechercher la réalisation de profit, et quant elle est proportionnelle à la gravité de la faute.

229. L'efficacité de ces sanctions varie selon la capacité de leurs effets à inciter l'auteur à respecter la loi et à réparer le préjudice en cause ou à punir la faute commise. Cependant, il faut distinguer selon que cette sanction est expressément prévue ou non par la loi comme s'appliquant au manquement de l'obligation légale d'information. En effet, l'effectivité de la sanction semble perturber son efficacité lorsqu'elle n'est pas une sanction expressément prévue.

CHAPITRE I – L’EXISTENCE DE SANCTIONS EXPRESSES

231. Une grande variété de sanctions est applicable au manquement par le professionnel à une obligation légale d’information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois. Parmi toutes les sanctions applicables, certaines sont expressément prévues par la loi comme s’appliquant à la violation d’une obligation légale d’information (Section 1). Autrement dit, la loi précise que le manquement à telle obligation d’information entraîne le prononcé de telle sanction. Par exemple, le Code de la consommation français prévoit que le prêteur qui ne respecte pas le formalisme informatif du contrat de crédit à la consommation encourt la déchéance du droit aux intérêts, et le Code de la consommation luxembourgeois édicte que le professionnel manquant à l’obligation d’indiquer les prix encourt une peine d’amende contraventionnelle. Ces sanctions expresses de l’obligation légale d’information ne présentent pas toutes la même efficacité mais ont en commun leur effectivité (Section 2).

SECTION 1 – PRÉSENTATION

232. Les sanctions expresses semblent pouvoir se diviser en deux catégories, les sanctions spécifiques à une obligation légale d’information particulière (§1) et les sanctions non-spécifiques à une obligation légale d’information empruntées au droit commun (§2).

§1 – Les sanctions expresses spécifiques à une obligation légale d’information particulière

233. Une sanction peut être désignée comme étant spécifique lorsqu’elle est propre à une obligation en particulier⁸⁰⁰. Ainsi certaines sanctions expresses sont propres à une obligation légale d’information. Autrement dit, ces sanctions spécifiques sont faites « sur mesure » pour une obligation légale d’information particulière, selon l’information qu’elle souhaite fournir au consommateur et le préjudice que son inexécution engendre. Les sanctions expresses spécifiques à l’obligation légale d’information en droits des contrats de consommation

⁸⁰⁰ *Petit Larousse en couleur*, Millésime 1992, Larousse, 1991, v. « Spécifique », p. 928.

français et luxembourgeois sont toutes de nature civile et assurent une fonction réparatrice puisque leurs effets tendent à replacer le consommateur dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du manquement à l'obligation légale d'information.

234. Les codes de la consommation français et luxembourgeois disposent que la garantie commerciale non-conforme au formalisme informatif imposé par la loi reste valable et donc que le consommateur peut l'invoquer⁸⁰¹.

Ensuite, lorsque le professionnel ne respecte pas ses obligations d'information relatives aux frais supplémentaires dans le cadre de la conclusion d'un contrat à distance et hors établissement hors services financiers, le consommateur ne supporte pas ces frais⁸⁰².

Puis, les codes de la consommation français et luxembourgeois prévoient la sanction du manquement à l'obligation d'information relative au droit de rétractation lors de la conclusion d'un contrat d'utilisation de bien à temps partagé, de produits de vacances à long terme, de revente et d'échange, et d'un contrat à distance ou hors établissement hors service financier. Le point de départ du délai de rétractation sera déplacé en cas de retard par le professionnel dans la fourniture des informations⁸⁰³ et le délai de rétractation sera prorogé en cas d'omission d'information par le professionnel⁸⁰⁴.

Enfin, le Code de la consommation français impose au professionnel prestataire de service d'informer le consommateur, en respectant certaines modalités⁸⁰⁵, de la possibilité de ne pas

⁸⁰¹ C. consom. fr., art. L. 217-15, der. al. ; C. consom. lux., art. L. 212-11, paragr. (3).

⁸⁰² C. consom. fr., art. L. 221-6 [anc. art. L. 121-17, paragr. II] ; C. consom. lux., art. L. 222-3, paragr. (6) (contrats à distance) et art. L. 222-3, paragr. (6) (contrats hors établissement).

⁸⁰³ Contrats à distance et contrats hors établissement (si le professionnel informe le consommateur de son droit de rétractation dans un délai de douze mois à compter de la conclusion du contrat, le délai expire après quatorze jours à compter de la réception de cette information par le consommateur) : C. consom. fr., art. L. 221-20, al. 2 [anc. art. L. 121-21-1, al. 2] ; C. consom. lux., art. L. 222-9, paragr. (4) ; contrats d'utilisation de bien à temps partagé (si le professionnel transmet le formulaire standard de rétractation, sur support durable, dans un délai d'un an à partir de la conclusion du contrat, ou s'il fournit les informations précontractuelles dans un délai de trois mois à compter de la conclusion du contrat, le délai de quatorze jours commence à courir le jour de la réception du formulaire ou des informations par le consommateur) : C. consom. fr., art. L. 224-80, al. 2 et al. 4 [anc. art. L. 121-70, al. 2 et al. 4] ; C. consom. lux., art. L. 223-6, paragr. 3.

⁸⁰⁴ Contrats à distance et contrats hors établissement (si le professionnel omet d'informer le consommateur de son droit de rétractation, celui-ci expire au terme de douze mois à la fin du délai de rétractation initial, soit douze mois et quatorze jours) : C. consom. fr., L. 221-20, al. 1 [anc. art. L. 121-21-1, al. 1] ; C. consom. lux., art. L. 222-9, paragr. (3) ; contrats d'utilisation de bien à temps partagé (un an et quatorze jours si omission de transmission du formulaire de rétractation, sur support durable ; trois mois et quatorze jours si omission de fourniture des informations précontractuelles, sur support durable) : C. consom. fr., art. L. 224-80, al. 1 et al. 3 [anc. art. L. 121-70, al. 1 et al. 3] ; C. consom. lux., art. L. 223-6, paragr. (5), point a)), et point b).

⁸⁰⁵ La loi du 17 mars 2014 dite loi Hamon est venue renforcer cette obligation d'information en précisant sa présentation : « [c]ette information, délivrée dans des termes clairs et compréhensibles, mentionne, dans un encadré apparent, la date limite de résiliation » (C. consom. fr., art. L. 215-1, al. 1). Cette information doit être fournie dans un délai de trois à un mois « avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction » (*ibid.*).

reconduire le contrat comprenant une clause de reconduction tacite⁸⁰⁶. Lorsque cette information ne lui a pas été adressée conformément, le consommateur peut gratuitement résilier le contrat à tout moment à compter de la date de reconduction⁸⁰⁷.

235. Viennent d'être énumérées les sanctions expresses spécifiques à l'obligation légale d'information en droits de la consommation français et luxembourgeois. D'autres sanctions expresses ne sont pas spécifiques à l'obligation légale d'information et sont empruntées au droit commun.

§2 – Les sanctions expresses non-spécifiques à l'obligation légale d'information empruntées au droit commun

236. Certaines sanctions expresses de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois sont des mécanismes utilisés en droit commun civil, pénal ou administratif et ne sont pas propres à l'obligation légale d'information. La majorité d'entre elles ont une fonction répressive car la faute du professionnel, le manquement à l'obligation légale d'information, suffit au prononcé de la sanction, celle-ci n'ayant pas pour objectif de réparer le préjudice éventuel subi par le consommateur. Une sanction expresse réparatrice peut toutefois être mentionnée en droit luxembourgeois.

237. Dans un premier temps peuvent être citées les sanctions expresses non-spécifiques à l'obligation légale d'information de nature pénale et administrative, assurant une fonction répressive. En droit des contrats de consommation français, le manquement à une obligation légale d'information est surtout sanctionné par une peine contraventionnelle ou une amende administrative (la publication de la décision est facultative). En droit des contrats de consommation luxembourgeois, sont également édictées des peines d'amendes pénales, contraventionnelle (indication des prix) ou délictuelle (étiquetage et conformité des produits et services), ainsi que des sanctions administratives pour certains contrats (services de fourniture d'énergie et services de communications électroniques). Ces sanctions concernent

⁸⁰⁶ C. consom. fr., art. L. 215-1, al. 1 [anc. art. L. 136-1, alinéa 1]. Des dispositions similaires existent pour les contrats d'assurance (C. ass., art. L. 113-15-1, modifié par loi 17 mars 2014) et de mutuelle (C. mutualité, art. L. 221-10-1).

⁸⁰⁷ C. consom. fr., art. L. 215-1, al. 2.

de nombreuses obligations légales d'information mais ne concernent pas des obligations d'information particulières.

238. Dans un second temps, peuvent être citées les sanctions expresses non-spécifique à l'obligation légale d'information en droit de la consommation français de nature civile et à la fonction répressive. Tout d'abord, est concernée la déchéance du droit aux intérêts, sanction applicable au formalisme informatif du contrat de crédit à la consommation et du contrat de crédit immobilier en droit de la consommation français⁸⁰⁸. Ce mécanisme est également connu des Codes civils français et luxembourgeois pour sanctionner l'obligation d'information de la caution et n'est pas propre à une obligation légale d'information particulière.

239. Ensuite, le manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français peut entraîner le prononcé de la nullité de plein droit du contrat pour non-respect du formalisme informatif. Autrement dit, à la demande du consommateur, le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'il ne comprend pas toutes les mentions obligatoires ou lorsque les informations ne sont pas fournies conformément aux modalités prévues. La nullité est donc un mécanisme de droit commun. La nullité de plein droit pour violation des règles de forme est un mécanisme utilisé en droit de la consommation mais qui n'est pas spécifique à une obligation d'information particulière.

240. Enfin, peut être mentionnée une sanction expresse non-spécifique à l'obligation légale d'information en droit de la consommation luxembourgeois de nature civile et à la fonction réparatrice. En effet, depuis la loi du 2 avril 2014, le Code de la consommation luxembourgeois dispose que le manquement à une ou plusieurs obligations d'informations essentielles dans la plupart des contrats⁸⁰⁹ peut entraîner sa nullité. Il est également précisé que seul le consommateur peut l'invoquer. Ces dispositions opèrent un rappel du droit commun, autrement dit la possibilité pour le consommateur de demander la nullité du contrat

⁸⁰⁸ C. consom fr., art. L. 341-2 et s. et art. L. 341-25 et s.

⁸⁰⁹ Sont concernés les contrats conclus à distance et hors établissement (C. consom. lux., art. L. 222-11, paragr. (3)) et les contrats autres que conclus à distance et hors établissement (C. consom. lux., art. L. 113-1, paragr. (6)). Parmi les contrats autres que conclus à distance et hors établissement, un certain nombre de contrats est exclu du champ d'application de l'obligation précontractuelle d'information, et donc de celui de leur sanction qu'est la nullité relative. Il s'agit par exemple des contrats portant sur des services financiers comme le contrat de crédit, le contrat de voyage à forfait ou le contrat dit *timeshare* (C. consom. lux., art. L. 113-1, paragr. (3), d), g), et h)).

pour vice du consentement. Cette sanction est issue du droit commun des contrats et n'est pas spécifique à une obligation légale d'information.

241. Les sanctions expresses spécifiques et non-spécifiques semblent présenter une efficacité réparatrice ou répressive différente, mais presque toutes apparaissent comme des sanctions dissuasives efficaces, notamment grâce à leur effectivité.

SECTION 2 – CRITIQUE

242. Les sanctions expresses présentent une efficacité réparatrice ou répressive différente selon qu'elles sont spécifiques ou non à une obligation légale d'information particulière.

Tout d'abord, les sanctions expresses spécifiques à l'obligation légale d'information sont adaptées aux conséquences de la violation d'une obligation d'information particulière. Elles sont des sanctions réparatrices efficaces car leurs effets réparent les conséquences de la violation de l'obligation légale d'information particulière. Ainsi, le consommateur qui est informé tardivement par le professionnel de sa faculté de rétractation dans le cadre d'un contrat à distance ou hors établissement disposera à nouveau du délai initial de quatorze jours pour se rétracter. De la même manière, le consommateur qui n'est pas informé de la possibilité de résilier le contrat de service avec reconduction tacite se voit accorder la possibilité de résilier le contrat gratuitement. C'est encore le cas lorsque le consommateur qui n'a pas été informé par le professionnel des frais supplémentaires n'a pas à les lui payer. En effet, le législateur considère que le consommateur n'ayant pas consenti à ces frais, ils ne sont pas rentrés dans le champ contractuel et ne sont donc pas dus au professionnel.

Les sanctions expresses spécifiques remettent le consommateur dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait reçu conformément l'information qui lui est due. Les sanctions expresses spécifiques sont notamment liées à la faculté d'exercer certains droits accordés par la loi ou le contrat, comme les facultés de résiliation et de rétractation ou encore la mise en œuvre de la garantie commerciale. Elles ont alors pour objectif de garantir l'effectivité des droits des consommateurs.

243. Ensuite, certaines sanctions expresses non spécifiques à l'obligation légale d'information peuvent être des sanctions répressives efficaces sous certaines conditions.

Parmi les sanctions civiles pénales et administrative, les peines pécuniaires sont les plus adaptées au comportement prohibé qui est la recherche de profit par le professionnel. Cependant, les amendes pénales et administratives ainsi que la déchéance du droit aux intérêts seront des sanctions répressives efficaces uniquement si elles sont proportionnelles à la gravité de la faute commise. En effet, le principe du cumul des peines contraventionnelles peut aboutir au prononcé d'une amende élevée. La même remarque est applicable au cumul des amendes administratives en droit français puisqu'en dessous d'un certain seuil elles peuvent se cumuler entre elles sans plafond. De plus, l'amende d'ordre luxembourgeoise a un maximum élevé d'un million d'euros. Ensuite, la déchéance devra également être proportionnée afin de ne pas être trop peu dissuasive.

La seule sanction expresse répressive non-spécifique qui semble être une sanction répressive inefficace est la nullité du contrat pour violation des règles de forme. En effet, l'anéantissement du contrat n'est pas adapté au comportement prohibé puisqu'il entraîne les restitutions réciproques, ce qui ne porte pas atteinte au patrimoine du professionnel. De plus, l'anéantissement du contrat est disproportionné puisqu'il n'est pas nécessaire de prouver l'altération du consentement du consommateur et créer une insécurité juridique.

Enfin, la sanction expresse non-spécifique en droit luxembourgeois opérant un rappel de la possibilité d'application de la nullité du contrat pour vice du consentement sera une sanction réparatrice efficace si ses effets permettent de réparer intégralement le préjudice subi par le consommateur.

244. Les sanctions expresses spécifiques apparaissent comme des sanctions efficaces tandis que certaines sanctions expresses non-spécifique le seront sous certaines conditions. Cependant, toutes les sanctions expresses sont *a priori* des sanction dissuasives efficaces.

Tout d'abord, le caractère expresse de la sanction favorise son efficacité dissuasive puisqu'elle a plus de chance d'être connue du professionnel. En effet, si le législateur reste muet quant à la sanction applicable en cas de manquement à une obligation légale d'information, il semble peu probable que le professionnel possède les connaissances juridiques suffisantes pour anticiper l'application d'autres sanctions, notamment de droit commun. À ce titre, la sanction luxembourgeoise opérant le rappel de l'application de la théorie des vices du consentement pour sanctionner le manquement à une obligation d'information essentielle revêt un aspect dissuasif. De plus, l'efficacité dissuasive de la sanction expresse est renforcée par la clarté et lisibilité du droit. La réorganisation structurelle

du Code de la consommation français par l'ordonnance du 14 mars 2016 permet désormais de visualiser les dispositions relatives aux sanctions à la suite des dispositions auxquelles elles s'appliquent. Le Code de la consommation luxembourgeois possédait déjà une telle présentation.

Ensuite, l'effectivité des sanctions expresses participe à leur efficacité dissuasive, sauf en ce qui concerne la sanction expresse non-spécifique en droit luxembourgeois rappelant l'application de la théorie des vices du consentement puisque nous verrons qu'elle peut engendrer des difficultés probatoires. Mais en ce qui concerne les autres sanctions expresses, le manquement à l'obligation légale d'information est suffisant à leur prononcé. Ces sanctions expresses sont donc facilement prononcées et mises en œuvre. Or, si le professionnel peut croire à la réalisation de la sanction, il sera incité à respecter la loi par crainte de son prononcé.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

245. Certaines obligations légales d'informations en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois reçoivent une sanction expresse. Certaines sanctions expresses sont spécifiques à l'obligation légale d'information. De nature civile, elles apparaissent toutes comme des sanctions réparatrices efficaces puisque leurs effets sont adaptés au préjudice engendré par la violation de l'obligation légale d'information particulière à laquelle elles s'appliquent. D'autres sanctions expresses sont issues de mécanismes de droit commun et ne sont pas propres à une obligation légale d'information particulière. De nature civile, pénale ou administrative, elles ne présentent pas toutes la même efficacité répressive. Les sanctions pécuniaires, telles les amendes pénale et administratives et la déchéance du droit aux intérêts, sont des sanctions répressives efficaces à condition qu'elles soient proportionnelles à la gravité de la faute. La nullité pour violation de règles de formes n'apparaît pas comme une sanction répressive efficace car elle est inadaptée au comportement prohibé et disproportionnée à la faute commise. Enfin, la sanction civile réparatrice en droit luxembourgeois rappelant l'application de la nullité du contrat pour vice du consentement sera efficace si elle répare intégralement le préjudice subi. En définitive, si les sanctions expresses spécifiques semblent être systématiquement des sanctions réparatrices efficaces, les sanctions expresses non-spécifiques, civiles, pénale ou administratives, de nature pécuniaire, seront des sanctions répressives efficaces à condition d'être proportionnelles.

L'efficacité réparatrice et répressive des sanctions expresses varient selon qu'elles sont spécifiques ou non à une obligation légale d'information particulière. Cependant, presque toutes les sanctions expresses sont des sanctions dissuasives efficaces, d'une part car elles peuvent être connues plus facilement, et d'autre part grâce à leur effectivité. En effet, la seule exception réside dans la sanction non-spécifique et réparatrice en droit luxembourgeois rappelant la nullité pour vice du consentement.

246. Toutes les obligations légales d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois ne possèdent pas une sanction expresse. En effet, certaines en sont

dépourvues puisqu'il arrive que le législateur édicte une obligation légale d'information mais reste muet sur la sanction qui lui est applicable.

CHAPITRE II – UNE ABSENCE PONCTUELLE DE SANCTIONS EXPRESSES

247. Les législateurs français et luxembourgeois n'attribue pas systématiquement de sanction expresse aux obligations légales d'information qu'ils édictent en droit des contrats de consommation. Autrement dit, une obligation d'information est imposée par la loi mais celle-ci ne précise pas quelle sanction s'applique si le professionnel ne la respecte pas. L'absence de sanction expresse d'une obligation légale d'information est un constat préoccupant. En effet, la sanction assure la force contraignante⁸¹⁰ des obligations juridiques en faisant peser sur le débiteur de celles-ci la menace des mesures pouvant découler de leur inexécution. Cette situation semble faire écho à une lacune du droit.

248. Du latin *lacuna*, « fossé », « trou », ou « petit lac », la lacune peut être définie « [a]u sens large, [comme un] manque ou déficience quelconque affectant la solution juridique d'un problème particulier ». Mais, elle est « [a]u sens stricte, [comme une] sorte d'incomplétude ; état d'un système normatif qui n'est pas complet », c'est-à-dire dit qui « ne contient pas de propositions définissant le statut déontique d'un cas déterminé », alors que cette présence était attendue⁸¹¹. Sous peine de commettre un déni de justice, les articles 4 des codes civils français et luxembourgeois imposent au juge de trancher le litige qui lui est soumis malgré « le silence » ou « l'insuffisance de la loi ». Il ressort de ces articles que la lacune de la loi

⁸¹⁰ La « force contraignante » se distingue de la « force obligatoire ». A priori, ces notions semblent être des synonymes, la force contraignante ou juridique signifiant que l'objet auquel elle s'applique est « *juridiquement obligatoire* » (*Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu, PUF, 2007, V° « *Contraignant, ante* »). Si elles peuvent exister simultanément, elles sont aussi autonomes, l'une pouvant exister sans l'autre. La force obligatoire de l'obligation légale d'information est indiscutable puisque que celle-ci a « *le caractère d'une obligation, en tant que pièce de l'ordre juridique* » (*ibid*, V° « *Obligatoire* »), et son inexécution entraîne des conséquences. La force contraignante, quant à elle, « *exerce une contrainte effective (soit de pur fait, soit de fait et de droit)* » (*ibid*, V° « *Contraignant, ante* »). Ce concept renvoie alors à un aspect plus moral que juridique. Le débiteur d'une obligation l'exécute car il se sent moralement tenu de le faire ou craint par les conséquences de son inexécution. La norme obligatoire possède une force contraignante, mais la norme peut s'imposer par sa force contraignante.

⁸¹¹ ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1993, v. « *Lacune* », p. 335. Citation insérée : GÉRARD Philippe, *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Bruxelles, 1981, p. 177. Pour un cas précis en droit pénal, v. CHIESA Luis Ernesto, « Normative Gaps in the Criminal Law : A Reasons Theory of Wrongoing », Pace Law Faculty Publications, 2007, paper 401.

peut présenter une intensité différente⁸¹². Se distingue le cas du « *silence complet* »⁸¹³ et celui de la « *simple insuffisance* »⁸¹⁴. Dans la situation qui nous intéresse, le fait qu'une obligation légale d'information ne reçoive aucune sanction expresse ne signifie pas qu'aucune sanction lui est applicable, mais il faudra alors recourir à des sanctions applicables à d'autres mécanismes que l'obligation d'information, comme la nullité du contrat pour dol ou les peines édictées pour le délit de tromperie. Il ne s'agit donc pas d'une véritable lacune du droit dans le sens où aucune réponse juridique ne pourrait être apportée. Cependant, nous verrons que les sanctions auxquelles le juge doit recourir ne sont pas toujours satisfaisantes.

249. Nous pouvons citer quelques exemples d'obligations légales d'information pour lesquelles aucune sanction expresse n'a été prévue par le législateur avant d'analyser les sanctions qui leur sont applicables en cas de manquement. Une distinction peut être faite selon qu'est concernée une seule obligation légale d'information relative à un contrat particulier, ou une obligation générale d'information ainsi que plusieurs obligations légales d'informations relatives à un même type de contrat.

250. En premier lieu, nous pouvons citer le cas dans lequel seule une obligation légale d'information relative à un type de contrat n'est pas sanctionnée de manière expresse.

⁸¹² Une distinction du point de vue de l'objet de la lacune est l'opposition entre les lacunes « *dans la loi* », qui « *affecte[n] la loi au sens formel* » et les lacunes « *dans le droit* » qui affectent « *l'ordre juridique, considéré dans la diversité de ses sources* » (ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 336, cite : KLUG Ulrich, « Observations sur le problème des lacunes en droit », in *Le problème des lacunes en droit*, Études publiées par Ch. Perelman, Bruxelles, 1968, p. 97). Une autre distinction réside dans l'opposition entre les lacunes « primaires » et les lacunes « secondaires » selon qu'elles affectent « *une norme de conduite* », dite primaire, ou « *une norme relative à l'élaboration ou à l'application d'une autre norme* », norme secondaire (*ibid*). Enfin, certains auteurs distinguent les lacunes selon leur origine, selon qu'elles sont « intentionnelles » (ARNAUD André-Jean (dir.), op. cit., cite : KLUG Ulrich, op. cit., p. 86 ou « volontaires » (ARNAUD André-Jean (dir.), op. cit., cite : PATRAS Luc P., *L'interprétation en droit public interne*, Athènes, 1962, p. 204) et « non-intentionnelle » (ARNAUD André-Jean (dir.), op. cit., cite : KLUG Ulrich, op. cit., p. 81) ou « involontaire » (ARNAUD André-Jean (dir.), op. cit., cite : PATRAS Luc P., op. cit., p. 199).

⁸¹³ M. Paul Foriers estime qu'il y a une « *vraie lacune* » du droit « *lorsque manque dans un ordonnancement juridique une norme dont le juge puisse faire usage pour résoudre un cas déterminé* » (FORIERS Paul, « Les lacunes du droit », in *Le problème des lacunes en droit*, Études publiées par Ch. Perelman, Bruxelles, Bruylant 1968, p. 9-29, citation p. 9). C'est une « *lacune subie* » qui « *s'impose comme le fruit d'une constatation* » (*ibid*). Les règles juridiques dépourvues de toute sanction sont désignées par M. Pierre Pescatore comme des « *sanctions imparfaites* » (PESCATORE Pierre, *Introduction à la science du droit*, 2^{ème} réimpression, Université du Luxembourg, Bruylant Bruxelles, 2009, p. 401). L'auteur donne l'exemple des règles concernant les fonctions des orfanes suprêmes de l'État et les règles du droit international. Elles représentent la lacune ultime, qui ne nous concerne pas en l'espèce. En effet, dans notre étude, l'inexistence d'une sanction expresse engendrera l'application du droit commun.

⁸¹⁴ ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 336.

C'est le cas tout d'abord en droit français, de certaines obligations précontractuelles d'information. Peut être mentionnée l'obligation pour le prêteur de porter à la connaissance des emprunteurs le seuil de l'usure correspondant aux prêts à la consommation et immobiliers qu'il propose⁸¹⁵. Le prêteur a également l'obligation d'annexer au contrat de prêt immobilier la notice d'assurance lorsqu'il propose à l'emprunteur l'adhésion à un contrat d'assurance de groupe⁸¹⁶. Puis, dans le cadre de l'obligation générale de sécurité, le producteur a l'obligation de fournir au consommateur les informations utiles pour évaluer les risques inhérents à un produit et s'en prémunir⁸¹⁷.

Sont ensuite être concernés les manquements à certaines obligations dues lors de l'exécution du contrat. Nous devons citer l'information annuelle du prêteur relative au capital restant à rembourser pour un contrat de crédit immobilier à taux d'intérêt variable⁸¹⁸ qui ne reçoit pas de sanction expresse. Peut enfin être mentionnée à titre d'information, puisqu'elle semble plutôt relever de la mise en garde, l'obligation du prêteur l'information quant aux risques encourus, suite au premier manquement de l'emprunteur à l'obligation de rembourser dans le cadre d'un contrat de crédit à la consommation⁸¹⁹.

251. Certaines obligations d'information précontractuelles en droit luxembourgeois ne sont pas sanctionnées de manière expresse, et ce dans plusieurs types de contrat. Peuvent être citées l'obligation pour le prêteur ou l'intermédiaire de crédit de fournir au consommateur les explications lui permettant pour comparer les crédits, ainsi que l'obligation du prêteur, qui serait plutôt une obligation de mise en garde, d'attirer l'attention du consommateur sur les caractéristiques essentielles et les conséquences du crédit à la consommation⁸²⁰. Ensuite, nous verrons qu'il y a un doute sur le fait de savoir si depuis la loi modifiée ILNAS du 4 juillet 2014 l'obligation de fournir les informations utiles pour évaluer les risques inhérents à un

⁸¹⁵ C. consom. fr., art. D. 314-18 [anc. art. D. 313-8].

⁸¹⁶ C. consom. fr., art. L. 313-29. Nous n'avons pas trouvé de disposition spécifique équivalente en droit de la consommation luxembourgeois.

⁸¹⁷ C. consom. fr., art. L. 423-1, al. 1. Ce constat sera en partie tempéré car s'il n'y a pas de sanction générale, il existe parfois des sanctions spécifiques à certains produits ou certaines catégories de produits.

⁸¹⁸ C. consom. fr., art. L. 313-46, al. 1. Seul le manquement par le prêteur à l'obligation d'informer le consommateur quant à la modification du taux débiteur (art. L. 313-46, al. 2) est sanctionné par la déchéance totale ou partielle du droit aux intérêts (art. L. 341-45).

⁸¹⁹ C. consom. fr., art. L.312-36, al. 1.

⁸²⁰ C. consom. lux., art. L. 224-7. Les dispositions relatives au formalisme du contrat de crédit à la consommation (support durable, informations précontractuelles, mentions obligatoires du contrat) sont punies d'une amende pénale de 251 à 10 000 euros (art. L. 224-25, paragr. (5)).

produit et s'en prémunir⁸²¹ dans le cadre de l'obligation générale de sécurité des produits dispose toujours d'une sanction répressive expresse.

252. Dans d'autres cas, une obligation d'information générale ou presque toutes les obligations d'information prescrites pour un contrat ne reçoivent aucune sanction expresse. Avant la loi du 17 mars 2014, les obligations d'informations françaises suivantes n'étaient pas sanctionnées expressément : l'obligation générale d'information précontractuelle⁸²², l'obligation d'indiquer le délai de livraison⁸²³, les mentions obligatoires du contrat et autres obligations d'information concernant le contrat de service de communications électroniques,⁸²⁴ et enfin les obligations d'information relatives au contrat de prestation de service après-vente⁸²⁵. Puis, le formalisme informatif édicté pour les contrats de voyage à forfait⁸²⁶ était sans sanction expresse jusqu'à la loi du 20 décembre 2014⁸²⁷. Ensuite, la loi Hamon a créé les articles L. 211-2 et L. 211-3 [anc. art. L. 133-3 et L. 133-4] du Code de la consommation français qui règlementent la présentation des contrats en général. Le premier article dispose que les conditions générales de vente mentionnent « [l]'existence, la mise en œuvre et le contenu » des garanties légales de conformité⁸²⁸ et des vices cachés⁸²⁹, ainsi que l'éventuelle « existence d'une garantie commerciale et d'un service après-vente »⁸³⁰. Le second article dispose que le professionnel doit informer le consommateur, lors de la conclusion d'un contrat écrit, « de la possibilité de recourir, en cas de contestation, à une procédure de médiation conventionnelle ou à tout autre mode alternatif de règlement des différends ». L'objectif de ces articles est de s'assurer que chaque consommateur ai connaissance des garanties qu'il peut mettre en œuvre. Aucune sanction expresse n'est

⁸²¹ Loi modifiée du 31 juillet 2006 relative à la sécurité générale des produits, art. 4, paragr. (1), pt 1.

⁸²² C. consom. fr., art. L. 111-1. Nous verrons par la suite que cette obligation ne reçoit pas de sanction générale mais que certains décrets établissent des modes de présentation et sont punis par une contravention ou peuvent faire l'objet d'une transaction administrative. Cependant, cette technique de réglementation par produits ou catégorie de produits est probablement inconnue du consommateur. Elle reçoit depuis une amende administrative (art. L. 131-1).

⁸²³ C. consom. fr., art. L. 111-1, al. 1, 3° [anc. art. L. 114-1, al. 1 – avant la loi du 17 mars 2014] ; art. L. 131-1 (amende administrative). Nous n'avons pas trouvé de disposition équivalente en droit luxembourgeois avant la loi du 2 avril 2014.

⁸²⁴ C. consom. fr., art. L. 224-27 et s. [anc. art. L. 121-83-1 et s.] ; art. L. 242-20 (amende administrative).

⁸²⁵ C. consom. fr., art. L. 217-17 et s. [anc. art. L. 211-19 et s.] ; art. L. 241-7 (amende administrative).

⁸²⁶ C. tour. fr., art. L. 211-8 et s.

⁸²⁷ C. tour. fr., art. L. 211-23, paragr. III, al. 1 (amende administrative).

⁸²⁸ C. consom. fr., art. 217-4 et s. [anc. art. L. 211-4 et s.].

⁸²⁹ C. civ. fr., art. 1641 et s.

⁸³⁰ C. consom. fr., art. L. 217-15 et s. et L. 217-17 et s. [anc. art. L. 211-15 et s. et L. 211-19 et s.].

pourtant édictée, l'absence de sanction dissuasive risquant de laisser ces deux articles sans application effective.

En droit luxembourgeois, l'obligation générale d'information précontractuelle⁸³¹ ne reçoit plus de sanction expresse depuis la loi du 2 avril 2014⁸³². Puis, les obligations d'informations relatives au contrat à distance portant sur un service financier⁸³³ en droit luxembourgeois n'avaient pas de sanction expresse avant la loi du 2 avril 2014. De la même manière, quant au contrat de voyage à forfait, le législateur a imposé des mentions obligatoires les brochures⁸³⁴, l'obligation de remise du certificat de garantie qui doit contenir certaines mentions⁸³⁵, les mentions obligatoires du contrat⁸³⁶, et le cas échéant, l'obligation du professionnel d'informer l'acheteur lorsqu'avant le départ le respect d'un des éléments essentiels du contrat est rendu impossible et sa faculté de résiliation sans frais⁸³⁷.

253. Nous venons de constater que diverses obligations légales d'information françaises et luxembourgeoises étaient sans sanction expresse. Nous n'avons aucun moyen concret d'expliquer leur existence, mais nous pouvons formuler plusieurs hypothèses.

⁸³¹ C. consom. lux., art. L. 111-1, paragr. 1. L'ancien article L. 112-9 prévoyait une sanction répressive, c'est-à-dire la possibilité d'infliger au professionnel une amende pénale (paragr. (1)) ou un avertissement taxé (paragr. (2)). L'article L. 112-9 a été modifié par la loi du 2 avril 2014 afin d'exclure le manquement à l'article L. 111-1 de son champ d'application. Les documents parlementaires révèlent que l'article L. 111-1 avait été inclus « par inadvertance dans le champ d'application de l'article L. 112-9, celui-ci devant uniquement s'appliquer au manquement à l'obligation d'indication des prix : « [c]'est par inadvertance que ladite sanction, visant dans la loi du 17 mai 2004 l'indication des prix, fut étendue lors de l'introduction du Code à l'obligation générale d'information du professionnel. Cette erreur était due au fait que l'actuel article L. 112-9 sanctionne les infractions au Titre 1, alors que seules sont visées les infractions à l'actuel Chapitre 2 (lequel deviendra le nouveau Chapitre 3). Il y a donc lieu à remplacer au premier paragraphe, à la première ligne, les mots „au présent titre“ par „aux articles L. 113-1 à L. 113-8“. Suite à cette modification, les seules infractions sanctionnées au titre de l'article L. 113-9 sont celles en matière d'indication des prix » (doc. parl. n° 6478, projet de loi portant modification du code de la consommation, p. 34).

⁸³² Nous verrons que le Code de la consommation luxembourgeois prévoit depuis la loi du 2 avril 2014 la possibilité pour le consommateur de demander la nullité du contrat (pour vice du consentement) lorsque le professionnel ne respecte pas une ou plusieurs obligations d'informations essentiels dans les contrats conclus à distance ou hors établissement et dans les contrats autres que conclus à distance ou hors établissement (C. consom. lux., art. L. 222-11, paragr. (3) et L. 113-1, paragr. (6)). Cependant, certains types de contrats sont exclus de cette dernière catégorie, par exemple les contrats de voyage à forfait (paragr. (3), g)) ou les contrats portant sur des services financiers, par exemple le contrat de crédit à la consommation (paragr. (3), d)). Il aurait été préférable de mentionner cette possibilité de sanction en dessous de l'article L. 111-1. En effet, dans la pratique, le manquement à L. 111-1 peut donner lieu à annulation du contrat pour vice du consentement mais le Code de la consommation luxembourgeois n'en dispose pas expressément.

⁸³³ Les contrats d'assurance sont exclus de cette législation. Nous verrons qu'il existe une seule hypothèse très particulière voir marginale pour laquelle est sanctionnée le non-respect d'une obligation d'information.

⁸³⁴ C. consom. lux., art. L. 225-9.

⁸³⁵ C. consom. lux., art. R. 225-7.

⁸³⁶ C. consom. lux., art. R. 225-3.

⁸³⁷ C. consom. lux., art. L. 225-15, al. 1.

Tout d'abord, les législateurs français et luxembourgeois peuvent avoir estimé que les sanctions issues du droit commun des contrats ou du droit de la consommation étaient suffisantes. Ensuite, une explication se trouve peut-être dans l'ancienneté de certains textes, comme la loi relative au crédit immobilier⁸³⁸. En effet, les premiers textes consuméristes étaient moins informateurs et protecteurs du consommateur que ceux élaborés actuellement. Peut-être le législateur de l'époque n'avait alors pas pris toute la mesure du devenir du droit de la consommation et des nombreuses obligations légales d'information qui seraient créées. En l'absence de sanction expresse établie pour ces sanctions légales d'information, le droit commun avait alors naturellement vocation à s'appliquer⁸³⁹. Enfin, la formation des parlementaires pourrait expliquer l'absence ponctuelle de sanction expresse. En effet, ces derniers semblent légiférer sans forcément se référer aux textes existants. Une approche rationnelle des textes pourrait constituer une solution, autrement dit, les parlementaires devraient systématiquement consulter les praticiens du droit afin de recueillir leur opinion quant à l'aspect pratique de la loi en vigueur, afin de proposer des réformes législatives harmonieuses⁸⁴⁰.

254. Le recours à des sanctions applicables à d'autres mécanismes que l'obligation d'information est systématique lorsqu'une obligation légale d'information ne reçoit aucune sanction expresse. Cependant, il faudra également recourir à ces sanctions lorsque le législateur a édicté uniquement une sanction réparatrice ou répressive au manquement d'une obligation légale d'information. En effet, il arrive parfois, mais plus rarement, qu'une obligation légale d'information reçoivent à la fois une sanction réparatrice et une sanction répressive. C'est le cas par exemple du formalisme informatif de la garantie commerciale en droit de la consommation français. En effet, le Code de la consommation dispose que le manquement aux règles de forme prévues pour la garantie commerciale n'atteint pas sa

⁸³⁸ Par exemple, la loi n°79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, dite loi Scrivener II.

⁸³⁹ En l'absence de dispositions particulières, le juge applique celles de droit commun, sous peine de commettre un déni de justice : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* » (C. civ. fr., art. 4. ; C. civ. lux., art. 4).

⁸⁴⁰ Cette attitude pourrait être illustrée à travers la considération qu'il est fait du rapport annuel de la Cour de cassation française (voir not. C. org. jud. fr., art. R. 431-9 : « *Il est fait rapport annuellement au président de la République et au garde des sceaux, ministre de la justice, de la marche des procédures et de leurs délais d'exécution.* »). Celui-ci contient notamment des suggestions de réformes législatives de la Cour. Cependant, ces propositions n'ont jamais été prises en compte par le législateur. D'ailleurs, une année, à titre de protestation, la Cour a présenté un rapport identique à celui l'année précédente.

validité, le consommateur peut continuer à l'invoquer⁸⁴¹, et que le professionnel encourt une amende administrative⁸⁴². Dans la majorité des cas, le manquement à une obligation légale d'information ne reçoit qu'une sanction expresse, réparatrice ou répressive.

Ainsi dans certains cas, le législateur a uniquement prévu une sanction répressive au manquement d'une obligation légale d'information. La violation par le professionnel à l'obligation d'indiquer les prix lui fait encourir une amende administrative en droit français⁸⁴³ et une contravention en droit luxembourgeois⁸⁴⁴. Le consommateur qui souhaite voir son préjudice réparé devra avoir recours aux sanctions civiles applicables à d'autres mécanisme que l'obligation d'information. Il s'agit de la situation la plus fréquente.

À l'inverse, une obligation légale d'information peut recevoir uniquement une sanction expresse réparatrice. Il faudra alors avoir recours aux sanctions répressives applicables à d'autres mécanismes que l'obligation d'information. C'est le cas en droit luxembourgeois du manquement au formalisme de la garantie commerciale pour lequel le législateur prévoit qu'elle demeure valable⁸⁴⁵.

255. L'absence de sanction expresse d'une obligation légale d'information entraîne le recours à des sanctions civiles (Section 1) et pénales (Section 2) applicables à d'autres mécanismes que l'obligation d'information. La sanction réparatrice sera efficace lorsque ses effets réparent intégralement le préjudice subi par le consommateur, et la sanction répressive sera efficace si elle est adaptée au comportement prohibé et proportionnelle à la faute commise. Ces sanctions peuvent être des sanctions efficaces selon les circonstances du litige, autrement dit selon les conséquences de la violation de l'obligation légale d'information sur la situation du consommateur (contrat inutile à cause d'un consentement vicié, produit non-conforme, etc.) et la faute commise (simple violation de l'obligation légale d'information, tromperie, répétition de l'infraction, intention frauduleuse, etc.). Cependant, l'efficacité réparatrice et répressive de ces sanctions peut être perturbée par leur effectivité lorsque celle-ci est compromise par des difficultés probatoires.

⁸⁴¹ C. consom. fr., art. L. 217-15, der. al.

⁸⁴² C. consom. fr., art. L. 246-1

⁸⁴³ C. consom. fr., L. 131-5, al. 1.

⁸⁴⁴ C. consom. lux., art. L. 112-9, paragr. (1).

⁸⁴⁵ C. consom. lux., art. L. 212-11, paragr. (3).

SECTION 1 – LE RECOURS À DES SANCTIONS CIVILES APPLICABLES À D'AUTRES MÉCANISMES QUE L'OBLIGATION D'INFORMATION

256. Le manquement par le professionnel à une obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois ne recevant aucune sanction expresse peut engendrer le recours à diverses sanctions civiles afin de réparer le préjudice subi par le consommateur. Ces sanctions peuvent relever du droit commun des contrats, comme la nullité du contrat pour vice du consentement ou l'allocation de dommages-intérêts si la responsabilité civile du professionnel est engagée. Elles peuvent également être issues du droit de la consommation, à l'image de la nullité des clauses abusives ou la résolution par la mise en œuvre de la garantie légale de conformité.

Nous pouvons rappeler que les sanctions civiles sont des sanctions réparatrices efficaces lorsqu'elle réparent intégralement le préjudice subi par le consommateur. Les effets produits par la sanction doivent replacer le consommateur dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de la violation de l'obligation légale d'information et du préjudice qu'elle a engendré.

257. Parmi toutes les sanctions civiles applicables à d'autres mécanismes que l'obligation légale d'information auxquelles il peut être recouru pour sanctionner le manquement à une obligation légale d'information sans sanction expresse, peuvent être distinguées celles relevant de la responsabilité *lato sensu* du professionnel (§1) et les sanctions qui n'en relèvent pas (§2).

§1 – Première matérialisation de ce recours : les sanctions relevant de la responsabilité *lato sensu* du professionnel

258. Le professionnel qui n'exécute pas l'obligation légale d'information dont il est débiteur commet une faute⁸⁴⁶. Le consommateur peut donc rechercher sa responsabilité civile afin d'obtenir réparation du préjudice causé par l'inexécution totale ou partielle de l'obligation d'information⁸⁴⁷. La question reste cependant de savoir si la responsabilité du professionnel

⁸⁴⁶ RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, n° 399.

⁸⁴⁷ Rappel : certaines obligations légales d'information, telle que celle prescrite par l'art. L. 111-1 des C. consom. français et luxembourgeois, sont désormais spécifiquement sanctionnées par une sanction expresse (en 198

est délictuelle ou contractuelle. M. Guy Raymond rappelle les termes du débat : « [p]arce qu'il y a un doute sur l'existence même de la responsabilité contractuelle [...], mais aussi parce que l'information participe de la formation du contrat plus que de son exécution, on aurait tendance à considérer que la responsabilité est délictuelle. Mais le débat reste ouvert, surtout lorsque le manque d'information porte sur les risques encourus dans l'utilisation du produit »⁸⁴⁸.

259. Le manquement à une obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois peut engager la responsabilité civile du professionnel dans le cadre d'une action en responsabilité délictuelle ou contractuelle (A). Ainsi, les juges français et luxembourgeois ont reconnues la responsabilité délictuelle du professionnel dans certains cas (B), et sa responsabilité contractuelle dans d'autres (C).

A. Le recours alternatif à la responsabilité délictuelle ou contractuelle

260. Il convient de rappeler quelle est la nature du préjudice lié à la méconnaissance d'une obligation d'information (1), les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile (2), les possibilités d'actions en justice qui y sont relatives (3) ainsi que la nature de la réparation qu'elle peut engendrer (4).

1. Le préjudice causé par la méconnaissance d'une obligation d'information

261. Les sanctions résultant de la responsabilité civile du professionnel⁸⁴⁹ sont des sanction réparatrices efficaces lorsqu'elle réparent intégralement le préjudice du consommateur. Les effets produits par la sanction doivent replacer le consommateur dans la situation qui aurait été la sienne sans l'obligation légale d'information et du préjudice qu'elle a engendré.

l'espèce, par une amende administrative en droit français et par la nullité pour vice de consentement en droit luxembourgeois). Cependant, nos propos, notamment ici relatif à la responsabilité civile, restent valables puisque l'application du droit commun sera toujours possible, notamment lorsqu'aucune sanction réparatrice expresse n'est édictée.

⁸⁴⁸ RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, n° 399.

⁸⁴⁹ V. VINEY Geneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, thèse, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1965 ; VINEY Geneviève, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *Revue de Droit d'Assas*, 2010, n° 1, spéc. p. 34.

262. Il est complexe de déterminer le préjudice résultant de la violation d'une obligation légale d'information. Ainsi certains affirment que « [l]a détermination du préjudice réparable à la suite du défaut de transmission de l'information est une question irritante. Il est particulièrement ardu en effet de déterminer les conséquences qu'auraient eues la transmission de l'information sur le cocontractant : le contrat aurait-il été ou non conclu ? La conclusion du contrat peut-elle du reste constituer un préjudice réparable ? »⁸⁵⁰. La Cour de cassation française a même admis en matière médicale que le préjudice consistait dans le seul fait de ne pas avoir été informé, et en l'espèce l'information était imposée par la loi⁸⁵¹

263. L'inexécution d'une obligation d'information peut générer plusieurs types de préjudices, mais deux types sont classiquement identifiés, l'exposition à un risque et la perte d'une chance⁸⁵². L'indemnisation de l'exposition à un risque est totale mais ne peut être prononcée que lorsque le risque s'est effectivement réalisé⁸⁵³. C'est le cas par exemple de l'utilisateur blessé par un produit dangereux car il n'avait pas été informé des précautions à prendre. En revanche, l'indemnisation de la perte d'une chance n'est que partielle en raison de l'aléa de réalisation de la chance perdue. Le dommage n'est réparé que partiellement, c'est-à-dire proportionnellement à la chance perdue⁸⁵⁴. Les exemples sont nombreux en matière médicale⁸⁵⁵. Ainsi, en pratique, « [l]orsqu'une [...] obligation [d'information] a été violée, les juges doivent apprécier si, du fait de l'ignorance de l'information, le créancier a perdu une possibilité de réaliser un gain, ou au contraire d'éviter un préjudice »⁸⁵⁶. Cependant, d'autres types de préjudices sont possibles. Par exemple, une mauvaise information, par

⁸⁵⁰ « Préjudice réparé », Lamy Droit du contrat, n° 132-111.

⁸⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010, n° 09-13591, D. 2010, p. 1522, note Sargos P.

⁸⁵² FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 1992, n° 620 et s. (v. n° 687 pour un résumé).

⁸⁵³ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 687.

⁸⁵⁴ VINEY Geneviève, *Les obligations. La responsabilité : conditions*, coll. GUESTIN Jacques (dir.), *Traité de Droit civil*, LGDJ, 1982, n° 200, p. 236. Selon Mme Muriel Fabre-Magnan, « la notion de perte d'une chance nous semble complètement dénaturée lorsqu'elle sert en fait à masquer une incertitude sur l'existence du lien de causalité, c'est-à-dire sur le point de savoir si le créancier aurait agi différemment s'il avait connu l'information » (V. FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 687).

⁸⁵⁵ Les droits français et en droit luxembourgeois contiennent de nombreux exemples en matière de responsabilité du médecin en vertu de l'obligation d'information qui pèse sur lui. Un arrêt de la Cour d'appel luxembourgeoise a rappelé que la perte d'une chance permet une indemnisation partielle du préjudice pouvant résulter de l'inexécution de l'obligation d'information qui pèse sur le chirurgien. Cependant, en l'espèce, le patient a développé une infection nosocomiale et la Cour estime que le principe de la réparation intégrale doit être mis en œuvre en application de l'ancien article 1382 (actuel 1240) du Code civil. Le juge rappelle alors que le patient ne peut pas prétendre à une indemnisation supplémentaire au titre de la perte d'une chance (CA, 5 juill. 2006, n° de rôle 30298, n° JUDOC 99862655).

⁸⁵⁶ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 628.

exemple fausse ou partielle, peut compliquer la vie du consommateur, par exemple allonger le temps de réaction d'opération, par exemple si le consommateur achète un logiciel qui n'est pas compatible avec son ordinateur. Le préjudice subi par le consommateur et découlant de l'inexécution de l'obligation d'information est la perte de temps répétitive. La réparation du préjudice subi par le consommateur par la mise en œuvre de la responsabilité civile du professionnel nécessite la réunion de plusieurs conditions.

2. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile

264. Afin d'engager la responsabilité civile du professionnel, le consommateur devra rapporter la preuve d'une faute⁸⁵⁷, d'un dommage et d'un lien de causalité⁸⁵⁸.

Une faute civile est systématiquement constituée par l'inexécution de l'obligation légale d'information et peut consister en un défaut total ou partiel d'information, que l'information ait été omise, insuffisante, fausse ou trompeuse. Une faute du professionnel doit être rapportée en matière de responsabilité délictuelle. En ce qui concerne la responsabilité contractuelle, la preuve de l'inexécution de l'obligation varie selon qu'est en cause une obligation de moyen, nécessitant la preuve d'une faute, ou une obligation de résultat, auquel cas la preuve de l'inopéfaction du résultat est suffisante⁸⁵⁹. C'est à cette seconde catégorie qu'appartient l'obligation légale d'information. En effet, Mme Geneviève Viney explique que « *dans certains contrats, le législateur est d'ores et déjà intervenu pour imposer certaines mentions informatives, notamment au stade précontractuel créant ainsi de véritables obligations de résultat* »⁸⁶⁰. En pratique, le consommateur qui souhaite obtenir la réparation du préjudice découlant de la violation par le professionnel d'une obligation légale d'information devra apporter la preuve qu'il pesait sur le professionnel une obligation légale d'information, à charge ensuite pour le professionnel de prouver qu'il a bien exécuté cette dernière.

⁸⁵⁷ Sur la définition de la faute civile v. VINEY Geneviève, *Les obligations. La responsabilité : conditions*, op. cit. n° 439 et s.

⁸⁵⁸ La Cour de cassation casse et annule le jugement du tribunal d'instance de Neuilly-sur-Seine du 20 août 2003, au motif que le juge « *n'a pas caractérisé le lien causal entre le manquement à l'obligation d'information reproché à AOL et le préjudice allégué par M. X...* » (Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 2005, n° 03-19603).

⁸⁵⁹ Mme Geneviève Viney rappelle que la majorité de la doctrine s'est ralliée à Demogue qui distinguait dans son *Traité des obligations* les « obligations de moyens » relevant de l'ancien article 1137 du Code civil et les « obligations de résultats » issues de l'ancien article 1147 du Code civil (VINEY Geneviève, *Les obligations. La responsabilité : conditions*, op. cit. n° 521). Cependant, si cette distinction est consacrée en droit positif, elle n'est pas sans poser des difficultés (VINEY Geneviève, op. cit., n° 524 et s.).

⁸⁶⁰ VINEY Geneviève, *Les obligations. La responsabilité : conditions*, op. cit. n° 549, p. 656 ; v. VINEY Geneviève, JOURDAIN Patrice et CARVAL Suzanne, *Les conditions de la responsabilité*, coll. *Traité de droit civil*, GHESTIN Jacques (dir.), 4^{ème} éd., 2013.

265. La responsabilité délictuelle ou contractuelle du professionnel peut donc être engagée dès lors que l'inexécution de l'obligation légale d'information a généré un dommage pour le cocontractant⁸⁶¹ dont a découlé un préjudice d'exposition à un risque ou de perte d'une chance. En effet, même si le consommateur est créancier d'une information imposée par la loi, et aurait donc dû être informé conformément à celle-ci, la responsabilité civile du professionnel ne peut pas être engagée pour la simple non-information du consommateur. La mise en œuvre de la responsabilité civile du professionnel nécessite la preuve d'un préjudice découlant de la violation de l'obligation légale d'information, l'exposition à un risque qui sera réparé intégralement, ou la perte d'une chance, qui sera indemnisée partiellement. La perte d'une chance peut être difficile à prouver par le consommateur puisqu'il doit rapporter la preuve d'un élément hypothétique, dont l'éventuelle réalisation est jugée sur l'existence d'indices passés, contrairement à l'exposition à un risque dont les conséquences sont concrètes. Le consommateur peut choisir d'exercer d'autres actions en plus de celle en responsabilité civile.

3. Les actions en justice possibles

266. La responsabilité civile du professionnel peut être recherchée de manière autonome ou de manière cumulative à une autre action, par exemple avec l'annulation du contrat pour dol⁸⁶². En effet, le consommateur peut souhaiter ou non anéantir le contrat en plus de la sanction résultant de la responsabilité civile, par exemple l'allocation de dommages-intérêts⁸⁶³. En effet, l'anéantissement du contrat peut ne pas être suffisant à réparer le

⁸⁶¹ Sur la nécessité d'un préjudice, v. les arrêts suivants cités dans le Lamy Droit du contrat, étude 132, n° 132-105 : Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 2002, n° 99-15.915, Bull. civ. I, n° 177 (vendeur) ; Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2002, n° 01-00.377, Bull. civ. I, n° 265, D. 2002, p. 3188 (médecin).

⁸⁶² La Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de rappeler que la nullité n'est pas la seule sanction possible du manquement à une obligation d'information : « *[m]ais considérant qu'il ne résulte pas de cette disposition [L. 111-1 C. consom.] que tout manquement par un professionnel à son obligation d'information soit sanctionné par la nullité du contrat qui suppose la démonstration d'un dol* » (arrêt précité : CA Paris, 13 avr. 2012, *Thierry L. et autre c/ SARL Pascha Concept* : JurisData n° 2012-007693).

⁸⁶³ Dans cette hypothèse, le consommateur renonce à demander l'annulation du contrat et préfère solliciter l'allocation d'une indemnité. Cependant, certains auteurs relèvent que même si le consommateur peut réclamer uniquement des dommages et intérêts à l'auteur du dol, au lieu ou en sus de l'annulation du contrat, cette faculté n'est pas connue des consommateurs et donc peu mise en œuvre (CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2010, n° 223). À l'inverse, indépendamment de la volonté du consommateur, le juge peut ne prononcer qu'une indemnité, car « *la cause de nullité n'[est] pas suffisamment caractérisée* » (CABRILLAC Rémy, *Droit des obligations*, 8^{ème} édition, Dalloz, 2008, n° 101).

dommage subi⁸⁶⁴. Le juge peut condamner le professionnel à des réparations de natures différentes.

4. La nature de la réparation du préjudice

267. La responsabilité civile est un mécanisme dont il résulte des sanctions de nature différente. En effet, lorsque la responsabilité civile du professionnel est reconnue, le juge peut prononcer des condamnations non pécuniaire ou en nature, ou l'allocation de dommages-intérêts⁸⁶⁵. L'efficacité réparatrice de la sanction est assurée, quelle que soit sa nature, dès lors qu'elle répare intégralement le préjudice subi.

Mme Geneviève Viney énonce que « *la place essentielle de l'idée de réparation ou de compensation s'accompagne d'ailleurs d'une prééminence de fait, sinon de droit, de l'indemnisation pécuniaire* »⁸⁶⁶. Ainsi, il est établi qu' « *[e]n principe, le manquement à l'obligation d'information entraîne l'allocation de dommages-intérêts* »⁸⁶⁷.

Mme M. Fabre-Magnan estime que « *l'allocation de dommages-intérêts délictuels peut également se révéler insuffisante et surtout incertaine, car les décisions des juges du fond ne sont pas toujours cohérentes ni généreuses à cet égard* »⁸⁶⁸. L'auteur explique que le juge est souverain pour déterminer le montant des dommages et intérêts délictuels et qu'« *[u]ne telle*

⁸⁶⁴ Le prononcé de la nullité entraîne l'annulation rétroactive du contrat et donc des restitutions réciproques. Par principe, la restitution se fait en nature : le consommateur rend le bien au professionnel, et le professionnel reverse le prix au consommateur. Si elle est impossible, la restitution sera faite par équivalence, autrement dit en valeur (ce n'est pas le prix de vente qui est pris en compte mais la valeur du bien au jour de la vente). De même, le vendeur reçoit compensation pour l'usure ou la dégradation du bien mais pas pour la vétusté. Lorsque le contrat est annulé pour vice du consentement, le consommateur victime peut engager la responsabilité délictuelle (C. civ. fr., art. 1240 [anc. art. 1382] et C. civ. lux., art. 1382) du professionnel et demander l'allocation de dommages-intérêts s'il rapporte la preuve d'une faute, d'un préjudice et du lien de causalité entre les deux. La Cour de cassation a précisé que « *la partie de bonne foi au contrat de vente annulé peut seule demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la conclusion du contrat annulé* » (Cass. ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302).

⁸⁶⁵ Les parties peuvent parvenir à un accord sur les modalités de la réparation en dehors d'une action judiciaire. Cependant, la question se pose de savoir si le juge est libre de choisir entre les condamnations non pécuniaire et les dommages et intérêts (VINEY Geneviève, *Les obligations. La responsabilité : effets*, coll. GUESTIN Jacques (dir.), *Traité de Droit civil*, LGDJ, 1988 n° 42 et s.). V. GRARE Clothilde, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2005.

⁸⁶⁶ VINEY Geneviève, *Les obligations. La responsabilité : effets*, coll. GUESTIN Jacques (dir.), *Traité de Droit civil*, LGDJ, 1988, n° 2.

⁸⁶⁷ Lamy Droit du contrat, étude 132, n° 132-105.

⁸⁶⁸ FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 1992, n° 687.

sanction est alors relativement aléatoire pour le demandeur, sans compter que les juges accordent toujours avec parcimonie des dommages-intérêts »⁸⁶⁹.

268. Cependant, la question s'est posée de savoir « *si une réparation en nature ne pouvait pas être accordée dans certains cas à la victime. Cette réparation pourrait consister en une mise à l'écart de la clause n'ayant pas fait l'objet d'une information* »⁸⁷⁰ ou d'une information suffisamment précise, ne permettant pas au consommateur de donner un consentement éclairé.

269. Après avoir brièvement rappelé les modalités d'application de la responsabilité civile du professionnel lorsque celui-ci a manqué à une obligation légale d'information ne recevant pas de sanction expresse, peuvent être citées quelques applications jurisprudentielles.

B. L'application jurisprudentielle de la responsabilité délictuelle à l'obligation légale d'information

270. La responsabilité civile du professionnel français et luxembourgeois peut sanctionner le manquement par celui-ci à une obligation légale d'information qui ne reçoit pas de sanction expresse. Peut être concernée une obligation d'information générale ou une obligation d'information spécifique à un certain type de contrat. La majorité des informations concernées sont précontractuelles et doivent être communiquées au consommateur avant la conclusion du contrat en question. C'est le cas de l'obligation générale et précontractuelle

⁸⁶⁹ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 681.

⁸⁷⁰ Est cité l'arrêt suivant : CA Aix-en-Provence, 21 oct. 1988, Bull. Aix 1988, n° 106 (Lamy Droit du contrat, étude 132, n° 132-105). À propos de cet arrêt, M. J. Mestre expose que « [l]e crédit-bailleur d'un matériel de chantier avait assigné l'utilisateur en paiement sur la base d'un article du contrat d'après lequel « en cas de sinistre total, le contrat de crédit-bail sera résilié et le locataire devra verser au bailleur une indemnité de résiliation égale à la valeur de l'option d'achat qui sera alors applicable ». Or, bien qu'il ait logiquement déduit de cette dernière somme l'indemnité d'assurance qu'il avait perçue, son action a été rejetée par les juges aixois en ces termes : « attendu que dans tout contrat, l'un des contractants a l'obligation de renseigner exactement l'autre sur les données essentielles du contrat et plus généralement sur celles que ce dernier a intérêt à connaître ; qu'en l'espèce, la Compagnie de Crédit, importante société de crédit sur le plan national, possédant des services de contentieux spécialisés, avait d'autant plus l'obligation de renseigner qu'elle s'adressait à un non-professionnel du crédit auquel les termes généraux et ambigus pouvaient échapper ; qu'en outre, cette obligation s'imposait particulièrement à la « valeur de l'option d'achat » puisqu'au cas de sinistre, c'était la valeur qui était réclamée au locataire, étant inutile d'insister sur son ordre de grandeur difficilement envisageable pour un particulier... ; que ne figure pas le moindre élément sur le mode de calcul, l'importance, la variabilité de la valeur de cette option, la Compagnie de Crédit conservant seule la maîtrise de l'évaluation ; qu'il est ainsi établi que la valeur d'option de rachat ne résulte pas d'un accord contractuel ». » (MESTRE Jacques, « De quelques nouvelles avancées de l'obligation de renseignement », RTD civ. 1990, p. 465).

d'information prescrite par les articles L. 111-1 des codes de la consommation français et luxembourgeois⁸⁷¹ ou de l'obligation précontractuelle d'information relative au contrat de crédit immobilier français qui consiste en la remise d'une notice explicative lorsque le professionnel propose l'adhésion à un contrat de groupe.

271. La doctrine classique française, dont s'inspirent les décisions luxembourgeoises, détermine la nature de la responsabilité civile, en cas de manquement à une obligation d'information, selon un critère chronologique. En application de ce dernier, le manquement à une information précontractuelle engagera la responsabilité délictuelle du professionnel⁸⁷², tandis que le manquement à une information contractuelle, c'est-à-dire due pendant l'exécution du contrat (par exemple l'information du banquier relative au montant du crédit restant à rembourser ou l'information relative aux modifications contractuelles) engendrera sa responsabilité contractuelle. Ainsi le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a rappelé dans une décision en date du 11 mai 2012 que « [l]'obligation précontractuelle de renseignement assure l'intégrité du consentement et [qu'] elle est sanctionnée par la nullité du contrat pour réticence dolosive et/ou la responsabilité délictuelle, voir quasi-délictuelle du trompeur »⁸⁷³.

272. Un arrêt français du 1^{er} mars 2005⁸⁷⁴ peut illustrer le cas dans lequel le professionnel ne respecte pas l'article L. 111-1 du Code de la consommation français et pourrait engager sa responsabilité civile. Dans cette affaire, un non-professionnel avait commandé du béton à une société entrepreneur du bâtiment et se blessa en transportant le produit. La Cour d'appel de Douai avait dénié à l'acheteur le droit de rechercher la responsabilité du vendeur sur le fondement du manquement à l'article L. 111-1 du Code de la consommation au motif que la société était une entreprise de bâtiment et non un vendeur professionnel de béton. Les Hauts magistrats cassèrent cet arrêt au visa de l'article L. 111-1 du Code de la consommation au

⁸⁷¹ Cet arrêt relatif à un contrat de vente d'un appartement ne mentionne pas expressément l'article L. 111-1 mais l'information en question y fait écho car elle concerne une caractéristique essentielle du contrat, en l'espèce la détermination du prix.

⁸⁷² La distinction entre la responsabilité délictuelle et contractuelle est remise en cause par certains auteurs. D'autres auteurs, sans remettre en cause leur distinction, proposent des critères alternatifs de distinction. Selon Muriel Fabre-Magnan, la responsabilité du fait du manquement à une obligation d'information repose sur un critère fonctionnel de l'obligation d'information. Ainsi, l'auteur propose de distinguer l'information qui influence le consentement, aboutissant à une responsabilité délictuelle, de l'information qui a des conséquences sur l'exécution du contrat qui entraîne une responsabilité contractuelle (FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Thèse, L.G.D.J., 1992, n° n° 276 et s., spéc. n° 281).

⁸⁷³ Trib. Luxembourg, 11 mai 2012, n° 105/2012, n° rôle 132709, Judoc n° 100000139.

⁸⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 2005, n° 04-10063.

motif qu'il incombait à la société « *en sa qualité de professionnel vendeur de ce matériau à un non professionnel, de mettre ce dernier en mesure d'en connaître les caractéristiques essentielles avant la conclusion du contrat de vente* ». La Première chambre civile attribua la qualité de professionnel à la société, ce qui permis à l'acheteur non-professionnel, assimilé à un consommateur, de rechercher la responsabilité de la société pour manquement à l'obligation d'information édictée par le texte consommériste. Le manquement du professionnel à cette obligation légale d'information constitue la faute nécessaire à engager sa responsabilité. En effet, la société a commis une faute en ne mettant pas l'acheteur non-professionnel en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du béton, afin de prendre des mesures de sécurité suffisantes pour d'éviter de se blesser⁸⁷⁵.

273. L'application du critère chronologique devrait conduire à rechercher la responsabilité délictuelle du professionnel lorsqu'il ne respecte pas une obligation précontractuelle d'information. Or, d'une manière générale, les juges français comme luxembourgeois admettent paradoxalement sa responsabilité contractuelle.

C. L'application jurisprudentielle de la responsabilité contractuelle

274. Le manquement à une obligation légale d'information (1), parfois spécifique car relative aux produits dangereux (2), ne recevant pas de sanction expresse en droits français et luxembourgeois de la consommation a pu engager la responsabilité contractuelle du professionnel.

⁸⁷⁵ Le demandeur devra ensuite prouver l'existence d'un préjudice, en l'espèce les blessures subies aux jambes. Enfin, il devra apporter la preuve du lien de causalité entre la faute du vendeur et le dommage corporel qu'il a subi, autrement dit que le manque d'information l'a empêché de prendre des précautions pour éviter de se blesser.

En outre, l'arrêt précise que l'acheteur n'aurait pas dû transporter le béton. En effet, la société n'avait pas livré le matériau à l'endroit prévu, obligeant l'acheteur à l'acheminer par ses propres moyens. Ce dernier aurait donc pu rechercher la responsabilité du vendeur pour inexécution de son obligation de livraison. Par interprétation *a contrario* de l'article 1609 du Code civil, les parties au contrat peuvent convenir du lieu de livraison. Ainsi, si le béton avait été livré à l'endroit convenu, l'acheteur n'aurait pas eu à le transporter et ne se serait donc pas blessé. En sus de l'application du principe *specialia generalibus derogant*, le demandeur a peut être jugé plus pertinent de mettre en avant sa qualité de non-professionnel, assimilée à celle de consommateur, pour bénéficier de la protection particulière qui y est attachée, le juge étant plus sévère envers un vendeur professionnel contractant avec un profane.

1. L'application à l'obligation légale d'information

275. La responsabilité contractuelle du professionnel français et luxembourgeois a pu être engagée lorsqu'il a manqué à une obligation d'information due pendant le contrat (b), et plus paradoxalement lorsqu'il n'a pas exécuté une obligation d'information précontractuelle (a).

a. Une obligation d'information précontractuelle

276. En pratique, le manquement à une obligation précontractuelle d'information est parfois sanctionné par la responsabilité contractuelle du professionnel. En effet, les juges français et luxembourgeois ont fréquemment assimilé l'obligation précontractuelle d'information à une obligation contractuelle ou à une obligation de conseil⁸⁷⁶, entraînant l'application de la responsabilité contractuelle du professionnel⁸⁷⁷. Preuve en est des nombreux arrêts rendus au visa de l'ancien article 1147 (actuel 1231-1) du Code civil⁸⁷⁸.

277. Ceci peut être illustré par un arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 décembre 2012⁸⁷⁹. Dans cette espèce, un couple de consommateurs avait engagé une société pour installer un système d'arrosage automatique. Cependant, l'eau provenant du puits

⁸⁷⁶ « Deux raisons, au moins, expliquent cette assimilation. La première est que les tribunaux se fondent quelquefois sur l'existence d'un contrat de conseil préparatoire à la conclusion du contrat envisagé. La seconde, plus pragmatique, réside dans le fait que le défaut de renseignement se manifeste le plus souvent au stade de l'exécution du contrat définitif. Dans ce cas, sa sanction pourra alors se rattacher à la violation d'une autre obligation (obligation de sécurité, obligation de délivrance, obligation de garantie, etc.), voire à un manquement à l'obligation de bonne foi (C. civ., art. 1134, al. 3), ou aux suites que l'équité, l'usage ou la loi ajoutent au contenu du contrat (C. civ., art. 1135).

Cette attraction de l'obligation précontractuelle d'information vers le contrat n'est pas indifférente (prescription, résolution du contrat pour inexécution, etc.).

Par ailleurs, elle connaît des limites, et en matière d'assurance, par exemple, la Cour de cassation a considéré que « l'action engagée contre l'assureur en raison d'un manquement à cette obligation précontractuelle ne dérive pas du contrat d'assurance » ; d'où l'inapplication de la prescription biennale de l'article L. 114-1, alinéa 1er, du Code des assurances (Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 2001, no 98-18.145, Bull. civ. I, no 14, RGDA 2001, p. 951, note Chardin F.). » (Lamy Droit du contrat, étude 132, n° 132-108). L'ancien art. 1134, al. 3 du Code civil est l'actuel article 1104 et l'ancien article 1135 est l'actuel article 1194.

⁸⁷⁷ Une jurisprudence française constante considère que l'obligation de conseil entraîne la responsabilité contractuelle du professionnel. Il existe une exception : le manquement de l'obligation de conseil du notaire ou d'autre officier ministériel peut engager sa responsabilité délictuelle, ce qui serait dû à leur mission de service public et leur statut légal d'ordre public selon Patrice Jourdain (JOURDAIN Patrice, « La distinction des responsabilités délictuelles et contractuelle : état du droit français », point 13).

⁸⁷⁸ Pour d'autres exemples v. les arrêts suivants cités dans le Lamy Droit du contrat, étude 132, n° 132-108 : Cass. com., 25 juin 1980, n° 78-15.121, Bull. civ. IV, n° 276, RTD civ. 1981, p. 157, obs. Durry G. ; Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 2002, n° 99-14.765, Bull. civ. I, n° 178 ; Cass. 3^{ème} civ., 6 mars 2002, n° 99-20.637, RGDA 2002, p. 386, note Mayaux L.

⁸⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2012, n° 11-27129.

antérieurement foré était ferrugineuse et colora les murs de leur maison, obstrua le système d'arrosage et détériora leur pelouse ainsi que le matériel d'arrosage. Les consommateurs se fondèrent sur le manquement par la société à son obligation d'information et de conseil afin d'obtenir la réparation de leur préjudice autrement dit le remboursement de la « *prestation inutile* » comprenant le prix du matériel⁸⁸⁰ et l'allocation de dommages-intérêts⁸⁸¹. La Cour d'appel de Bordeaux⁸⁸² rejeta leur demande et estima qu'il appartenait aux consommateurs d'informer la société de la qualité ferrugineuse de l'eau. La Haute juridiction cassa la décision des juges du second degré au visa des anciens articles 1147 (actuel 1231-1) du Code civil, ensemble les anciens articles L. 111-1 (actuel L. 111-1) et L. 211-5⁸⁸³ (actuel L. 217-5) du code de la consommation au motif que l'obligation de conseil du professionnel lui imposait de se renseigner sur les « *conditions environnementales d'implantation du matériel proposé afin d'être en mesure d'informer, de façon claire et précise, les acquéreurs sur les risques [...] tenant à la nature de l'eau utilisée* ».

Un second exemple peut être cité en droit français. En effet, le Tribunal d'instance de Tours a condamné⁸⁸⁴ un vendeur professionnel à rembourser à l'acheteur consommateur le prix d'un pantalon⁸⁸⁵ ayant anormalement rétréci après son passage au sèche-linge, alors qu'aucun symbole indiquant l'interdiction du séchage en machine ne figurait sur l'étiquette de lavage du vêtement. En l'espèce, les juges estiment que la responsabilité contractuelle du vendeur découle du manquement à son obligation de conseil⁸⁸⁶.

Le raisonnement des juges est contestable puisque ces informations pourraient relever d'une mise en garde mais pas d'un devoir de conseil.

278. De la même manière, le juge luxembourgeois a considéré que commet une faute l'agent immobilier qui fournit une « *réponse inexacte* » à une demande de renseignement relative à la

⁸⁸⁰ Il est estimé à 5. 293,97 €.

⁸⁸¹ Elle s'élève à 2. 000 €.

⁸⁸² CA Bordeaux, 13 septembre 2011.

⁸⁸³ Cet article décrit les critères de conformité d'un bien au contrat.

⁸⁸⁴ TI Tours, 9 oct. 1992, *Lelut c/ Magasin Cache-cache*, n° 375/92 du rôle, JurisData n° 1992-052336, CCC 1994, n° 35 note Raymond G.

⁸⁸⁵ Soit 289 Francs.

⁸⁸⁶ Le jugement ne précise pas la base légale sur le fondement de laquelle il condamne le professionnel à rembourser le prix du pantalon. Cependant, nous pouvons en déduire que sa responsabilité contractuelle est engagée puisque le contrat est toujours valablement formé (le jugement ne mentionne pas de résolution du contrat et le juge ne prononce pas de restitutions réciproques). Nous pouvons logiquement penser que l'obligation de conseil du professionnel est considérée, en vertu duquel le vendeur aurait dû avertir le consommateur de l'interdiction du séchage du pantalon au sèche-linge. Or, nous avons déjà mentionné que l'obligation de conseil du professionnel peut entraîner, de jurisprudence constante, sa responsabilité contractuelle.

réglementation existant en matière de TVA, information qui était « *déterminante pour la fixation du prix de vente de l'appartement* »⁸⁸⁷. L'arrêt ne mentionne pas expressément l'article L. 111-1 mais en l'espèce, l'information objet de l'obligation, nécessaire à la fixation du prix, fait écho à l'obligation d'information relative aux caractéristiques essentielles du contrat édictée par cet article. En l'espèce, l'obligation d'information précontractuelle est rattachée à l'obligation de conseil du professionnel et engage sa responsabilité contractuelle.

279. Le choix des juges français et luxembourgeois de sanctionner la méconnaissance d'une obligation précontractuelle d'information par la responsabilité contractuelle du professionnel est contestable. À ce titre, M. Éric Bazin estime que « *s'agissant d'une obligation se situant au stade de l'avant-contrat, un tel raisonnement n'est pas possible, sans dénaturer la distinction entre les obligations précontractuelles d'information et les obligations de renseignement et de conseil* »⁸⁸⁸. Le même auteur conclut en affirmant que « *[c]ette incertitude quant à la sanction de l'inexécution de l'obligation consumériste d'information qui peut avoir pour source tantôt la responsabilité délictuelle, tantôt la responsabilité contractuelle, mériterait une réponse solennelle de la Cour de cassation* »⁸⁸⁹.

280. La responsabilité contractuelle du professionnel a pu être recherchée dans le cadre d'un contrat de crédit immobilier en droit français⁸⁹⁰ pour non-respect de l'obligation précontractuelle d'information. Une obligation d'information spécifique existe lorsque le prêteur propose à l'emprunteur l'adhésion à un contrat d'assurance de groupe. Dans ce cas, une notice doit être annexée au contrat de prêt, son objectif étant d'expliquer les risques garantis et les modalités de mise en œuvre de l'assurance⁸⁹¹. Ici encore, aucune sanction expresse n'a été édictée pour sanctionner le non-respect de cette obligation légale d'information. Plusieurs arrêts illustrent la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle du professionnel lorsqu'il n'exécute pas cette obligation légale d'information ainsi que son obligation de conseil.

Dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 24 janvier 2008⁸⁹², une personne âgée

⁸⁸⁷ Justice de Paix, Lux., 5 déc. 2002, n° de rôle 5403/02, n° JUDOC 99834615.

⁸⁸⁸ BAZIN Éric, « Il appartient au vendeur professionnel de matériau acquis par un acheteur profane de respecter son obligation précontractuelle d'information », SJEG n° 48, 30 nov. 2005, II 10164.

⁸⁸⁹ *Ibid.*

⁸⁹⁰ Nous n'avons trouvé aucune disposition particulière aux contrats de crédit immobilier en droit luxembourgeois.

⁸⁹¹ C. consom. fr., art. L. 312-9, al. 1, 1°.

⁸⁹² CA d'Aix-en-Provence, com., 24 janv. 2008, n° RG 06/08974.

de 62 ans avait acquis un bien immobilier qu'elle finança par la souscription d'un prêt immobilier. Elle assura ce prêt en adhérant à une assurance de groupe « décès, incapacité, invalidité ». Un peu plus d'une année après l'acquisition du bien, l'emprunteur tomba malade et fût placé en incapacité permanente. La compagnie d'assurance pris en charge le remboursement du prêt jusqu'au 65^{ème} anniversaire de l'emprunteur mais refusa de rembourser les échéances ultérieures en raison d'une clause contractuelle limitant la garantie d'incapacité aux 65 ans de l'assuré-emprunteur. L'emprunteur assigna l'assurance en manquement à son obligation d'information et de conseil pour lui avoir proposé une assurance non adaptée. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence statua le 24 janvier 2008 sur renvoi de la Cour de cassation⁸⁹³. La Cour d'appel précisa alors qu'en plus de la remise de la notice, le prêteur doit éclairer l'emprunteur quant à l'adéquation des risques couverts à sa situation et qu'à ce titre la simple remise de la notice est insuffisance. En l'espèce les juges constatèrent qu'aucune notice n'avait été remise à l'emprunteur et qu'aucune « information précise » ou « conseil » ne lui avaient été fournis. De plus, la proposition d'assurance était manifestement inappropriée à la situation de l'emprunteur puisqu'elle était d'une durée de trois ans tandis que le remboursement du prêt s'étalait sur dix ans. Sur ces motifs, les juges du second degré conclurent à une faute contractuelle du professionnel en application de l'ancien article 1147 du Code civil (nouvel art. 1231-1). En effet, ils ont considéré que « *le préjudice subi par Mr X... s'analyse en une perte de chance d'avoir pu renoncer à l'opération ou de l'avoir acceptée à des conditions plus onéreuses* ». Les juges du second degré se sont montrés très favorables au consommateur puisqu'en évaluant le montant du préjudice à 100 000 euros, soit presque l'équivalent des échéances restant dues (environ 126 500 euros⁸⁹⁴), ils semblent aller à l'encontre du principe d'indemnisation partiel de la perte d'une chance⁸⁹⁵. En conclusion dans cette affaire, le professionnel voit sa responsabilité contractuelle engagée d'une part car il n'a pas fourni la notice exigée en cas de souscription par l'emprunteur à un contrat d'assurance collective, et d'autre part pour avoir manqué à son obligation d'information et de conseil en proposant une assurance non adaptée à la situation de l'assuré. Le préjudice résultant de la faute contractuelle du professionnel est le fait pour l'emprunteur,

⁸⁹³ Dans un premier temps le Tribunal de Grande Instance de Grasse débouta l'emprunteur de sa demande par une décision du 3 avril 2000. Par une décision du 19 octobre 2004, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence confirma la décision des juges du premier degré, puis fût frappé d'un pourvoi. La Cour de cassation se prononça le 3 mai 2006, cassa l'arrêt et renvoya les parties devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence.

⁸⁹⁴ Le prêt immobilier s'élevait à 700 000 francs (soit environ 106 000 euros, sans prise en compte du taux d'inflation).

⁸⁹⁵ Les juges précisent qu'en l'espèce « *la perte de chance est sérieuse* ».

déclaré en incapacité, de ne pas voir pu faire assurer les remboursement du prêt immobilier pour la durée totale du prêt ou de ne pas avoir eu la chance de le faire à un prix inférieur pour une durée de trois ans.

281. La nature contractuelle de la responsabilité peut être discutée en l'espèce. En effet, l'obligation de remettre la notice est précontractuelle puisqu'elle est annexée au contrat et le consommateur doit consentir à son contenu. Cependant, la jurisprudence française révèle que l'inexécution de l'obligation de remise de la notice est fréquemment doublée de l'inexécution de l'obligation de conseil, éludant ainsi la question de la nature de la responsabilité du manquement à l'obligation d'information précontractuelle alors assimilée à une obligation contractuelle.

282. Une solution identique a été adoptée par Cour d'appel de Dijon dans un arrêt du 23 octobre 2007⁸⁹⁶. Dans cette affaire, le prêteur professionnel voit sa responsabilité contractuelle engagée, d'une part pour ne pas avoir annexé la notice d'assurance au contrat de réaménagement de prêt immobilier, et d'autre part, pour manquement à son obligation de conseil pour ne pas avoir attiré l'attention de l'emprunteur des nouvelles conditions générales d'assurance comprenant une clause de restriction de garantie⁸⁹⁷.

283. Puis, nous pouvons citer quatre obligations légales d'information relatives à un contrat de crédit ne recevant pas de sanction expresse et qui pourraient engager la responsabilité civile du prêteur professionnel. Trois sont issues du droit français, la première obligation étant commune aux contrats de crédit à la consommation et aux contrats de crédit immobilier, la seconde étant spécifique aux contrats de crédit immobilier à taux variable et la troisième aux

⁸⁹⁶ CA Dijon, 23 oct. 2007, n° RG 07/126.

⁸⁹⁷ « Attendu qu'il n'est pas contesté qu'en cette circonstance la Banque populaire, ainsi d'ailleurs que l'examen de l'acte le révèle, n'a pas annexé à la convention passée le 25 mai 1998 avec M. et Mme X...pour le réaménagement de leur prêt souscrit le 2 septembre 1994, la notice de l'assurance à laquelle a adhéré Mme X...; qu'il en résulte que cette dernière invoque dès lors à juste titre le manquement de la banque à son devoir d'information [...] Qu'il s'ensuit qu'il appartenait à la banque, ainsi avisée de la volonté clairement manifestée par l'emprunteuse, et en présence de nouvelles conditions générales d'assurance comportant une restriction de garantie que la police antérieurement souscrite ne prévoyait pas, d'attirer l'attention de Mme X...sur cette diminution de garantie contraire à l'objectif qu'elle poursuivait et de lui conseiller une solution d'assurance de nature à y remédier [...] Condamne la Banque populaire de Bourgogne Franche-Comté en raison de ses manquements à son obligation d'information et de conseil à payer à M. et Mme X...:

-la somme de 10 546,34 € en réparation du préjudice né de l'absence de prise en charge par l'assureur des mensualités impayées de l'emprunt souscrit par M. et Mme X...,

-ainsi que celle de 5 000 € en réparation de leurs préjudices complémentaires ».

contrats de crédit à la consommation. L'obligation légale d'information prise en exemple en droit luxembourgeois est relative aux contrats de consommation.

284. Tout d'abord, la responsabilité du prêteur professionnel français pourrait être recherchée lorsqu'il n'a pas communiqué au consommateur le seuil d'usure⁸⁹⁸ correspondant aux crédits à la consommation ou aux crédits immobiliers⁸⁹⁹ qu'il propose. Ensuite, la responsabilité du prêteur français pourrait être recherchée dans le cadre d'un crédit immobilier à taux variable lorsqu'il n'a pas exécuté son obligation annuelle d'information relative au capital restant à rembourser par l'emprunteur⁹⁰⁰ (seule la violation de l'obligation de remettre gratuitement cette information au consommateur est sanctionnée expressément par une amende de 30 000 euros)⁹⁰¹.

Puis quant aux contrats de crédit à la consommation⁹⁰², deux obligations d'information n'ont pas de sanction expresse⁹⁰³. En droit français, il s'agit de l'obligation pour le prêteur

⁸⁹⁸ C. consom. fr., art. D. 314-17 [anc. art. D. 313-8].

⁸⁹⁹ AVANT la transposition de la dir. n° 2014/17/UE sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel. Le Code de la consommation français envisage des obligations d'information communes aux crédits à la consommation et aux crédits immobiliers, en plus des obligations d'informations spécifiques à chacun de ces contrats (v. PIEDELIÈVRE Stéphane, *Droit de la consommation*, MOLFESSIS Nicolas (dir.), Corpus Droit Privé, Économica, 2008, n° 308 et s. et n° 249 et s.). À l'inverse le Code de la consommation luxembourgeois contient uniquement des dispositions relatives au crédit à la consommation, le crédit immobilier destinés à un consommateur semblant répondre aux règles du droit commun (voir transposition directive 2014/17/UE).

⁹⁰⁰ C. consom. fr., art. L. 313-46, al. 1 [anc. art. L. 312-14-2]. Un seul arrêt a été trouvé mais il n'applique pas cet article, il en rappelle simplement une règle d'application : « [e]n ce qui concerne l'information en cours de contrat, l'article L 312-14-2 du code de la consommation résulte d'une loi du 3 janvier 2008 entrée en vigueur le 1er octobre 2008 et applicable qu'aux seuls contrats en cours à cette date » (CA Limoges, ch. civ., 27 févr. 2014, n° RG 13/00175).

⁹⁰¹ C. consom. fr., art. R. 341-23 (créé par le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du Code de la consommation).

⁹⁰² Le législateur européen a réglementé les contrats de crédit à la consommation par la directive n° 2008/48/CE du 23 avril 2008. La directive s'applique aux opérations de crédit à la consommation (l'art. 2, paragr. 2, point b) et exclu le crédit immobilier de son champ d'application, autrement dit au crédit « destinés à permettre l'acquisition ou le maintien de droits de propriété d'un terrain ou d'un immeuble existant ou à construire » (C. consom. fr., art. L. 312-4, 1° [anc. art. L. 311-3, 1°] ; C. consom. lux., art. L. 224-3, paragr. (1), point b). Le législateur européen précise que « [t]outefois, les contrats de crédit ne devraient pas être exclus du champ d'application de la présente directive du simple fait qu'ils visent à rénover un immeuble existant ou à en augmenter la valeur » (Propos préliminaires au texte de la directive, paragr. 14). Le montant des opérations de crédit est compris entre 200 euros et 75 000 euros (Dir., art. 2, paragr. 2, point c ; C. consom. fr., art. L. 312-1 [anc. art. L. 311-3, 2°] ; C. consom. lux., art. L. 224-3, paragr. (1), c)) et celles-ci sont conclues entre un prêteur professionnel et un emprunteur consommateur (C. consom. fr., art. L. 311-1, 1° et 2° [anc. art. L. 311-1, 1° et 2°] ; C. consom. lux., art. L. 224-2, a) et b). Encore une fois, le législateur laisse le choix aux États membres d'adopter des sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives » (Dir., art. 23). La directive a été transposée en droit français par une loi du 1^{er} juillet 2010 (L. n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010 portant réforme du crédit à la consommation), un décret du 30 novembre 2010 (D. n° 2010-1462 du 30 nov. 2010 fixant les seuils nécessaires à l'application des articles 6 et 11 de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation) et deux décrets du 1^{er} février 2011 (D. n° 2011-135 du 1^{er} févr. 2011 relatif aux modalités de calcul du taux effectif global ; D. n° 2011-136 du 1^{er} févr. 2011 relatif à l'information précontractuelle et aux conditions contractuelles en matière de crédit à la consommation) pour ensuite être intégrée aux articles L. 311-1

d'informer l'emprunteur des risques qu'il encourt lorsqu'il manque pour la première fois à son obligation de remboursement⁹⁰⁴. Or cette information est cruciale au vu de l'importance des sommes pouvant être demandées au consommateur. En effet, en cas de défaillance de l'emprunteur, le prêteur pourra réclamer le remboursement immédiat du capital restant, majoré des intérêts échus non payés, ainsi qu'une indemnité⁹⁰⁵ dont le montant dépend de la durée restante du contrat en cours⁹⁰⁶. Il est également précisé que si l'emprunteur a souscrit un contrat de location assorti d'une promesse de vente ou un contrat de location vente, le prêteur pourra exiger la restitution du bien, le paiement des loyers échus non réglés et une indemnité⁹⁰⁷ dépendant de la durée restante du contrat⁹⁰⁸. L'indemnité est variable puisqu'elle dépend de la vétusté du bien et donc de sa valeur vénale (le taux de réévaluation étant plus ou moins important) et du nombre de loyers dus. Plus le bien est neuf plus il restera à rembourser de loyers et plus l'indemnité sera importante. Il faudra avoir atteint au moins la moitié des remboursements pour que le remboursement ne soit par trop important pour le consommateur. Or, il n'existe aucune sanction expresse si le professionnel manque à cette obligation d'information. Cette obligation d'information doit être procurée lors de l'exécution du contrat

et suivants du Code de la consommation. En droit luxembourgeois, la directive a été transposée par la loi du 8 avril 2011 portant introduction d'un Code de la consommation (Mém. A – N° 69 du 12 avr. 2011, p. 1120) et par le règlement grand-ducal du 19 mai 2011 portant introduction d'une partie réglementaire au Code de la consommation (Mém. A – N° 105 du 24 mai 2011, p. 1666) aux art. L. 224-1 et s. ainsi que R. 224-1 et s. du même Code.

La directive 2008/48/CE relative au crédit à la consommation est modifiée par la directive 2014/17/UE sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel. L'article 46 de cette dernière vient préciser le champ d'application de la première en créant un article 2 bis dont la teneur est la suivante : « [n]onobstant le paragraphe 2, point c), la présente directive s'applique aux contrats de crédit non garantis destinés à permettre la rénovation d'un bien immobilier à usage résidentiel lorsque le montant total du crédit est supérieur à 75 000 EUR ».

⁹⁰³ Ne seront pas envisagées ci-après les obligations d'information concernant les crédits à la consommation particuliers tels les crédits gratuits, les crédits affectés ou encore les opérations de découvert en compte.

⁹⁰⁴ C. consom. fr., art. L. 312-36, al. 1 [anc. L. 311-22-2, al. 1]. Cette obligation légale d'information est également prévue en droit luxembourgeois (C. consom. lux., art. L. 224-19, paragr. (2) : le droit luxembourgeois n'emploie pas le terme d'information relative au « risque » mais « de toutes pénalités et de tout frais ou intérêts sur arriérés »). À l'inverse du législateur français, le législateur luxembourgeois a prévu une sanction expresse. Le professionnel qui n'exécute pas cette obligation d'information encourt une amende pénale de 251 à 10 000 euros (C. consom. lux., art. L. 224-25, paragr. (5), point b). Le consommateur luxembourgeois peut également chercher à mettre en œuvre la responsabilité contractuelle ou délictuelle d'une banque sur le fondement de son obligation de mise en garde relative aux crédits à la consommation (CA, (com.), 1^{er} juill. 2009, R. – FORTIS BANQUE Luxembourg S. A., rôle n° 32960).

⁹⁰⁵ Selon l'article D. 312-16 [anc. D. 311-6], l'« indemnité [est] égale à 8 % du capital restant dû à la date de la défaillance ».

⁹⁰⁶ L'article L. 312-36, al. 1 [anc. art. L. 311-22-2, al. 1] renvoie à l'article L. 312-39 [anc. art. L. 311-24] du même code.

⁹⁰⁷ Selon l'article D. 312-18, al. 1 [anc. art. D. 311-8, al. 1], l'indemnité est égale « à la différence entre, d'une part, la valeur résiduelle hors taxes du bien stipulée au contrat augmentée de la valeur actualisée, à la date de la résiliation du contrat, de la somme hors taxes des loyers non encore échus et, d'autre part, la valeur vénale hors taxes du bien restitué ».

⁹⁰⁸ L'article L. 312-36, al. 1 [anc. art. L. 311-22-2, al. 1] renvoie à l'article L. 312-40 [anc. art. L. 311-25] du même code.

et concerne la bonne exécution du contrat⁹⁰⁹. La responsabilité contractuelle du professionnel pourrait donc être recherchée selon le droit commun sur la base de l'article 1231-1 [anc. art. 1147] du Code civil français.

285. Enfin, en droit luxembourgeois, deux obligations légales d'information relatives au crédit à la consommation⁹¹⁰ ne reçoivent aucune sanction expresse. Il s'agit d'une part des explications que doit procurer le prêteur afin que l'emprunteur puisse comparer les crédits qui lui sont proposés, et d'autre part de l'obligation qu'a le prêteur d'attirer l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles et les conséquences du crédit⁹¹¹, qui relève plutôt d'une obligation de mise en garde mais peut tout de même être mentionnée. En l'espèce, ces obligations d'information sont dues avant la conclusion du contrat et ont une influence sur le consentement du consommateur, leur inexécution devrait donc permettre à l'emprunteur de rechercher la responsabilité délictuelle du professionnel⁹¹². Cependant, à l'image du droit français, ces obligations peuvent être rattachées par les juges au devoir de conseil du professionnel et entraîner sa responsabilité contractuelle.

Les juges français et luxembourgeois ont également reconnue la responsabilité contractuelle du professionnel ayant manqué à une obligation légale d'information due pendant l'exécution du contrat.

⁹⁰⁹ Nous avons vu précédemment qu'une information due lors de l'exécution du contrat (ex. : l'obligation d'information relative aux modifications contractuelles) peut concerner le consentement du consommateur et devrait selon Mme M. Fabre-Magnan alors entraîner la responsabilité délictuelle et non contractuelle du professionnel. La question ne se pose pas en l'espèce puisque le critère chronologique comme le critère fonctionnel renvoient à la responsabilité contractuelle.

⁹¹⁰ Sur le droit bancaire en droit luxembourgeois v. BRUCHER Jean, *La protection juridique du consommateur dans le domaine bancaire et financier : morceaux choisis quant à son évolution récente au Luxembourg*, Bull. Dr. et Banque, 2012, n° 49, p. 22-30 ; ELVINGER André, *Historique du droit bancaire et financier luxembourgeois*, In « Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg », 10^e anniversaire de l'Association Luxembourgeoise des Juristes de Banque, V. 1, Larcier Bruxelles, 1994, p. 3 et s. ; WAERSEGGER Pierre-Michaël, *Le banquier dispensateur de crédit à la consommation*, In « Droit bancaire et financier au Luxembourg », V. 2, éd. Larcier – ALJB, 2014, p. 951 et s. ; MOREL Anne et OMES Elisabeth, *L'obligation d'information et de conseil du banquier*, In « Droit bancaire et financier au Luxembourg », Recueil de doctrine, V. 2, éd. Larcier – ALJB (2004), p. 481 et s.

⁹¹¹ C. consom. lux., art. L. 224-7. L'article L. 224-25 du même code prévoit les sanctions de diverses obligations d'information relatives aux contrats de crédit à la consommation mais ne cite pas l'art. L. 224-7.

Ces obligations légales d'information existent également en droit français (C. consom. fr., art. L. 312-14 [anc. art. L. 311-8, al. 1 et 2]). Le Code de la consommation français prévoit quant à lui la déchéance totale ou partielle du droit aux intérêts du prêteur (C. consom. fr., art. L. 341-7 [anc. art. L. 311-48, al. 2]) et constitue une sanction civile répressive (ex. : CA Nîmes, ch. civ., 29 janv. 2015, n° RG 14/01292, avis CCA n° 13-01 du 6 juin 2013 : RTD com. 2013. p. 789, obs. LEGAIS Dominique).

⁹¹² Là encore le critère chronologique (doctrine classique) et le critère fonctionnel (Mme M. Fabre-Magnan) aboutissent au même résultat.

b. Une information due pendant l'exécution du contrat

286. La responsabilité contractuelle du professionnel a pu être engagée pour manquement à une obligation légale d'information ne recevant pas de sanction expresse, non car l'obligation d'information était assimilée à un devoir de conseil ou une autre obligation contractuelle, mais parce qu'était en cause une obligation d'information dite contractuelle, autrement dit une information devant être fournie lors de l'exécution du contrat. La nature contractuelle de la responsabilité du professionnel peut être discutée puisque le consommateur doit donner un nouveau consentement⁹¹³. En effet, le consommateur doit approuver les modifications contractuelles, à défaut de quoi il bénéficie d'un droit de résiliation sans frais.

287. Sont concernées des obligations légales d'information françaises et luxembourgeoises portant sur les modifications apportées au contrat. Le consommateur doit en être informé puisque les conditions initiales auxquelles il a consenties sont changées. Ainsi le professionnel français a l'obligation d'informer le consommateur des modifications des conditions contractuelles du contrat de service de communications électronique, et le professionnel luxembourgeois doit informer le consommateur quant à la modification d'un élément essentiel du contrat de voyage à forfait. Dans ces deux hypothèses, le consommateur doit être informé des modifications du contrat dans un délai précis ainsi que de sa faculté de résiliation. En droit français comme en droit luxembourgeois, cette obligation au contenu double ne reçoit pas de sanction légale expresse. Nous allons envisager successivement ces deux contrats.

288. Tout d'abord, la responsabilité du professionnel français a été engagée dans le cadre d'un contrat de service de communications électroniques pour sanctionner le non-respect de l'information relative aux modifications contractuelles, obligation légale d'information qui ne reçoit aucune sanction expresse. L'article L. 224-33, alinéa 1 [anc. art. L. 121-84, alinéa 1] du Code de la consommation français dispose que tout projet de modification des conditions

⁹¹³ D'après le critère fonctionnel de l'obligation d'information utilisée par Mme M. Fabre-Magnan, lorsque les parties au contrat entendent renouveler leur contrat en y apportant certaines modifications, elles concluent un nouveau contrat (FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 1992, n° 328). L'auteur poursuit et explique que « dès lors, au regard de ce nouveau contrat qui est le contrat source de l'obligation d'information, une telle obligation peut être précontractuelle, alors pourtant qu'elle se situe pendant l'exécution du premier contrat conclu » (*ibid*). Cette obligation d'information a une incidence sur le consentement du contractant et la responsabilité de son créancier devrait donc être précontractuelle, délictuelle.

contractuelles du contrat de service de communications électroniques doit être communiqué ou mis à disposition du consommateur par écrit ou sur un support durable au moins un mois avant son entrée en vigueur, ainsi que l'information selon laquelle le consommateur peut résilier le contrat sans frais jusqu'à quatre mois après l'entrée en vigueur de la modification. Selon le critère chronologique classique en doctrine, l'information relative à la modification des conditions contractuelles est de nature contractuelle puisqu'elle a lieu lors de l'exécution du contrat⁹¹⁴. Afin d'engager la responsabilité contractuelle du professionnel, le consommateur doit démontrer une faute de celui-ci⁹¹⁵, autrement dit qu'il n'a pas respecté les prescriptions légales d'information, l'inexécution pouvant être totale ou partielle (information partielle, modalités d'information non respectée, par exemple l'information par écrit ou sur support durable).

289. Il a été jugé que l'opérateur professionnel ne satisfait pas à l'exigence d'une information explicite prescrite par l'article L. 224-33 [anc. art. 121-84] lorsqu'il se contente, par SMS, d'inviter le consommateur à se rendre sur son site Internet pour connaître des nouvelles conditions contractuelles⁹¹⁶. Ensuite, la Cour de cassation a condamné un professionnel ne respectant pas les délais d'information prescrits par l'article précité. Dans cette affaire⁹¹⁷, un consommateur avait souscrit un contrat d'abonnement téléphonique le 21 octobre 2005. Son

⁹¹⁴ Le raisonnement de Mme M. Fabre-Magnan précité pourrait être appliqué à l'obligation d'information relative aux modifications contractuelles prescrite par l'art. L. 121-84 du C. consom. fr.

⁹¹⁵ CA Versailles, 9 sept. 2009, RG n° 07/05200 : « [q]ue la modification des conditions contractuelles de l'offre dite 100 % illimité a été régulièrement mise en œuvre et dès lors Madame X... doit être déboutée de ses demandes tendant au maintien du contrat à ses conditions initiales et, à défaut de démonstration d'une faute imputable à la société France TELECOM, de celles tendant à la réparation des préjudices invoqués ».

⁹¹⁶ J. proximité Antony, 12 mars 2007, JZ c/ NRJ Mobile (BIOLAY Jean-Jacques, Fasc. 994, *op. cit.*, n° 27 ; CAPRIOLI Éric, « Le SMS, un moyen d'information contractuelle peu fiable pour les prestataires de l'internet », RD banc. n° 1, Janv. 2008, comm. 23) : l'envoi « d'un texto invitant le consommateur à se rendre sur le site de l'opérateur pour prendre connaissance de nouvelles conditions contractuelles n'est pas apparu suffisant [...] » ; « [...] l'article L. 121-84 du code de la consommation exige une information explicite au préalable de tout projet de modification, que l'information donnée par SMS en l'espèce ne répond nullement à cette condition, et ce, dans la continuité du droit commun des contrats qui exige que le consentement du cocontractant doit être éclairé quant au contenu du contrat et donc quant à la modification de ce contenu » [souligné par nous]. Le juge estime que la modification du contrat ne satisfait pas aux dispositions légales et donc que NRJ Mobile a commis une faute contractuelle. Le juge accorde au consommateur la somme de 400 euros pour le préjudice moral qu'il a subi d'avoir quitté son « opérateur habituel », et la somme de 357 euros pour le préjudice financier qui s'élève à la somme versée à NRJ Mobile.

Nous pouvons préciser que le jugement de la juridiction de proximité d'Antony en date du 12 mars 2007 est antérieure à l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011, dont l'article 35 complète l'alinéa 1 de l'ancien article L. 121-84 en précisant que l'information d'un projet de modification des conditions contractuelles d'un service de communication électronique est fourni au consommateur « par écrit ou sur autre support durable à la disposition de ce dernier ».

⁹¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 20 mai 2010, n° 09-10913, v. SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Le consommateur peut s'opposer à la modification des conditions contractuelles de fourniture d'un service de communication électronique », LEDC Juillet 2002, p. 2.

contrat fût modifié le 1^{er} février 2006, les modifications prenant effet le 30 mai 2006, soit 4 mois après. Cependant, l’abonné avait reçu le document d’information relatif à ces modifications le 7 juillet, soit un mois et une semaine après leur entrée en vigueur. Dans un premier temps, la juridiction de proximité d’Alençon avait prononcé une injonction de payer envers l’abonné le 30 avril 2008 au motif qu’il pouvait encore résilier son contrat mais n’avait pas utilisé cette faculté⁹¹⁸. Cependant, la Cour de cassation annula ce jugement au visa de l’ancien article L. 121-84 (actuel act. L. 224-33) du Code de la consommation en estimant que l’abonnée « *avait été privée de la possibilité de [s’] opposer [aux modifications contractuelles] avant leur entrée en vigueur* » et que la juridiction de proximité aurait dû rechercher « *si les conditions originelles permettaient à Mme X... d’exiger leur application jusqu’au terme du contrat* ». En l’espèce, le consommateur avait demandé aux juges du fond des dommages et intérêts et le « *rétablissement du contrat dans son état initial* ». Selon nous la Cour fait une application littérale et donc stricte, mais juste, de l’article L. 224-33 [anc. art. L. 121-84]. Cet article exige que le consommateur soit informé des modifications contractuelles, mais aussi de sa possibilité de résiliation au moins un mois avant leur entrée en vigueur. Même si l’abonné pouvait encore résilier son contrat, l’opérateur a manqué à son obligation contractuelle d’information, privant ainsi le consommateur d’une réflexion nécessaire à un (dés)engagement contractuel éclairé. La Cour tente de protéger le consentement du consommateur à l’exercice d’un droit de rupture lorsque les conditions du contrat initial sont modifiées par le professionnel. À l’inverse, le professionnel qui respecte les modalités de cet article ne peut pas voir sa responsabilité engagée lorsque le consommateur ne fait pas usage de sa faculté de résiliation⁹¹⁹.

290. De la même manière, la responsabilité contractuelle du professionnel luxembourgeois peut être engagée lorsqu’il a manqué d’informer le consommateur quant à la modification

⁹¹⁸ Selon l’art. L. 224-33 [anc. art. L. 121-84], l’abonnée avait jusqu’à 4 mois après l’entrée en vigueur des modifications c’est-à-dire jusqu’au 30 septembre (30 mai plus 4 mois).

⁹¹⁹ Les faits d’un arrêt de la première chambre civile du 27 novembre 2013 (Cass. 1^{ère} civ., 27 nov. 2013, n° 12-22024) sont les suivants. La modification d’un contrat d’accès à Internet, au téléphone et à la télévision, rendait le service audiovisuel optionnel et payant, alors que précédemment à ces modifications, ce service était inclus dans la prestation globale. La juridiction de proximité de Montpellier, par un jugement du 15 mai 2012, a condamné l’opérateur à verser des dommages-intérêts à l’abonné pour modification unilatérale du contrat. Cependant, la Première chambre civile de la Cour de cassation casse et annule ce jugement, au visa de l’ancien article L. 121-84 (actuel art. L. 224-33) du Code de la consommation. En effet, l’opérateur s’était conformé à cet article qui exige d’informer au moins un mois à l’avance l’abonné des modifications contractuelles et de sa faculté de résiliation, dont le consommateur n’a pas fait usage en l’espèce.

d'un élément essentiel d'un contrat de voyage à forfait. Cette situation peut être illustrée par un jugement⁹²⁰ du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 11 novembre 2008⁹²¹.

291. La société Thomas Cook avait organisé une croisière en Égypte, croisière vendue par la société Nouvelles Frontières à un couple souhaitant partir avec leurs trois enfants et leur grand-père. Le jour de l'embarquement, les consommateurs embarquent sur le bateau « *CHEOPS III* » au lieu du navire « *M/S MAHROUSA* » mentionné dans la brochure. Le contrat mentionnait quant à lui « *M/S MAHROUSA (ou équivalent)* ». Les époux ont alors introduit une action en justice contre les deux sociétés (la société organisatrice de la croisière et la société ayant vendu la croisière) afin d'obtenir le remboursement du prix du voyage et l'allocation de dommages-intérêts pour préjudice moral.

Dans un jugement du 9 mai 2005, le juge de paix a dit bienfondée la demande des époux en allocation de dommages-intérêts pour inexécution partielle du contrat et rejete ses autres demandes. Pour statuer ainsi, le juge retient que « *les parties défenderesses ont manqué partiellement à leurs obligations contractuelles, en omettant d'informer les demandeurs en temps utile de la substitution du bateau et en les embarquant sur un bateau dont l'état d'entretien ne correspondait pas aux attentes d'un voyageur faisant une croisière sur un bateau cinq étoiles et en ce que le personnel de bord a manqué de courtoisie* ». Les époux ont interjeté appel contre le jugement du juge de paix et demandent au tribunal du Luxembourg qu'il soit fait droit aux montants réclamés. Les sociétés ont interjeté un appel incident afin que les demandes des appelants principaux soient jugées irrecevables.

292. Tout d'abord, les appelants cherchent la responsabilité des sociétés sur le fondement du manquement par les sociétés de leur obligation d'information d'une part de la possibilité de substitution du bateau ainsi que sur la substitution effective du bateau. Ils se fondent ainsi notamment sur l'obligation d'information édictée à l'article 15 de la loi du 14 juin 1994, actuel article L. 225-15 du Code de la consommation luxembourgeois dont l'alinéa 1^{er} dispose que « *[l]orsque, avant le départ, le respect d'un des éléments essentiels du contrat est rendu impossible par suite d'un événement extérieur qui s'impose à l'agent de voyages, celui-ci doit dans les trois jours en avertir l'acheteur et informer ce dernier de la faculté dont il dispose de*

⁹²⁰ Le Credoc a relevé uniquement six arrêts relatifs aux contrats de voyage à forfait dont un seul concerne le manquement à une obligation légale d'information.

⁹²¹ Trib. Luxembourg, 11 janv. 2008, n° 4/2008, rôle n° 103911, Judoc n° 99863271.

résilier le contrat endéans les sept jours, à moins qu'il n'accepte la modification au contrat proposée par l'agent de voyages ».

Le juge conclut que l'épouse qui a signé le contrat avait été informée de la possibilité de substitution des navires et qu'il n'y a pas, sur ce point, manquement par les sociétés à leur obligation d'information. Il constate cependant que le couple n'a été informé de la substitution du bateau qu'à leur arrivée au port de Louxor, alors que la substitution était connue des sociétés « *bien avant le début de la croisière litigieuse* », de sorte que celles-ci auraient dû les informer endéans trois jours de la modification de cet élément essentiel⁹²². Le tribunal en déduit que les sociétés « *THOMAS COOK et NOUVELLES FRONTIERES ont manqué à l'obligation d'information de l'article 15 [de la loi du 14 juin 1994]* ».

293. Ensuite, les appelants reprochent aux deux sociétés d'avoir manqué à leurs obligations contractuelles relatives aux conditions de déroulement du voyage « *en embarquant les appelants sur un navire ne présentant aucunement les mêmes conditions de confort et de standing que le bateau initialement prévu* ». Ils fondent cet argument sur l'article 19 de la loi de 1994, actuel article L. 225-19 du Code de la consommation, dont l'alinéa 1 précise que « *[l]’agent de voyage est responsable de plein droit à l’égard de l’acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat* » sauf s'ils rapportent une cause exonératoire.

Le juge estime que « *[l]’état défectueux de l’équipement sportif [et] l’état d’entretien général du bateau* », prouvés par les consommateurs, engagent de plein droit la responsabilité des deux sociétés.

294. Le tribunal de Luxembourg conclu à la responsabilité des deux sociétés de voyage, engagée à la fois sur l'ancien article 15 et sur l'article 19 de la loi de 1994. Les consommateurs voient leur préjudice matériel et moral indemnisé. Le juge confirme la solution du juge de paix qui avait fixé à 600 euros l'indemnisation du préjudice matériel, indemnisation limitée par les conditions générales de vente du contrat de voyage à forfait à la différence entre les services prévus et ceux prestés. Ensuite, les deux agences de voyage sont condamnées *in solidum* à payer à chacun des consommateurs la somme de 150 euros de

⁹²² Le juge précise également que « *le choix d'un bateau déterminé constitue un élément essentiel d'un contrat de voyages ayant pour objet une croisière, sans qu'il ne soit nécessaire pour le client d'attirer spécialement l'attention de l'agent de voyages sur ce point et indépendamment de la question de l'existence d'une possibilité de substitution par un autre bateau* ».

dommages-intérêts pour préjudice moral résultant du fait que « *le bateau de substitution ne répondait pas aux attentes légitimes des appelants* ».

295. Le juge constate le manquement par les sociétés à leur obligation légale d'information du changement d'un élément essentiel du contrat, mais il n'y est pas fait référence dans la description des condamnations aux divers dédommagements. Les dommages-intérêts réparent uniquement la conséquence du changement de navire, autrement dit le fait que « *le bateau ne répondait pas aux attentes légitimes des appelants* » car les prestations réalisées étaient de qualité inférieure à celles qui pouvaient être exigées d'un bateau cinq étoiles en tenant compte du prix du voyage.

Or, ceci n'est pas une sanction réparatrice efficace de l'omission de l'obligation légale d'information. En effet, les appelants n'ont pas été informés de la substitution du bateau ni de leur possibilité de résilier le contrat et d'être remboursés sans frais ni pénalités des frais versés. Il s'agit en fait de la possibilité pour le consommateur de résoudre unilatéralement le contrat s'il n'accepte pas les modifications contractuelles portant sur un élément essentiel du contrat de voyage à forfait puisque la résolution du contrat entraîne les restitutions réciproques. Les appelants n'ont donc pas eu l'occasion d'exercer leur faculté de résiliation puisqu'ils n'en ont pas été informés conformément au texte de loi. Une sanction réparatrice efficace de la violation de cette obligation, si les appelants n'avaient pas participé au voyage, aurait été l'allocation de dommages-intérêt équivalents aux frais versés, afin d'égaliser les effets de la résolution qu'ils auraient pu exercer. Cependant, les appelants ont tout de même embarqué sur le navire et participé à la croisière malgré la substitution du bateau, ce qui équivalait à une acceptation de la modification de l'élément essentiel du contrat de voyage à forfait. Le tribunal aurait cependant pu, par exemple, allouer une certaine somme aux appelants au titre de la perte d'une chance d'avoir pu exercer leur faculté de résiliation.

296. La responsabilité contractuelle du professionnel français et luxembourgeois peut être engagée lorsque celui-ci n'exécute pas une obligation légale d'information précontractuelle, car elle est rattachée à une obligation de conseil ou à une obligation contractuelle, ou une obligation légale d'information due au consommateur pendant l'exécution du notamment, notamment relative aux modifications contractuelles. La responsabilité contractuelle du professionnel peut également être reconnue en cas d'inexécution d'une obligation légale d'information particulière puisque relative aux produits dangereux.

2. Le cas spécifique de l'obligation légale d'information relative aux produits dangereux et l'obligation de sécurité générale des produits

297. La responsabilité contactuelle du professionnel français et luxembourgeois peut être engagée lorsqu'il manque à l'obligation légale d'information relative aux produits dangereux. En effet, les juges reconnaissent la responsabilité du professionnel dans le cadre de l'obligation de sécurité générale des produits lorsque le préjudice subi par le consommateur résulte de l'insuffisance ou de l'absence d'information quant à la dangerosité d'un produit ou des risques qu'il peut générer. Il convient d'apporter quelques précisions sur l'origine de cette obligation avant d'en fournir des illustrations.

298. La directive du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits a créé une obligation d'information relative à la prévention des risques lors de l'utilisation de produits. Nous pouvons préciser qu'avant même de s'intéresser à la dangerosité des produits mis sur le marché, le législateur européen s'était préoccupé de la défectuosité des produits, autrement dit leur dangerosité anormale. En effet, les notions de danger et de défaut de sécurité sont autonomes⁹²³. M. Patrice Jourdain rappelle que « *le caractère dangereux d'un produit ne le rend pas nécessairement défectueux au sens d'un défaut de sécurité* »⁹²⁴. Ainsi, MM. Jean Calais-Auloy et Henri Temple énoncent qu'« *il arrive qu'un dommage soit causé par une chose en l'absence de tout défaut* »⁹²⁵, mais simplement en raison de sa nature dangereuse. Un médicament peut donc être un produit dangereux sans pour autant être défectueux. Nous pouvons préciser que la responsabilité du fait des produits défectueux ne sera pas traitée dans nos développements car elle ne crée pas de responsabilité spécifique à l'égard du consommateur et n'a pas été expressément appliquée à une obligation légale d'information sans sanction expresse⁹²⁶.

⁹²³ Ces notions peuvent parfois se cumuler, un produit pouvant à la fois être dangereux et défectueux.

⁹²⁴ JOURDAIN Patrice, « Produits défectueux : ne pas confondre danger et défectuosité », RDT Civ. 2005, p. 607 (comm. de : Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2005, *Glaxomithkline c/ Caro et autre et Laboratoires Aventis c. Glaxomithkline*, n° 02-11947 et n° 02-12065). Dans cet arrêt de 2005 commenté par l'auteur, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel notamment car la dangerosité de certains principes actifs du médicament en cause « *ne suffisait pas à caractériser le défaut de sécurité* » et donc de qualifier le produit de défectueux (v. également : LAUDE Anne, RDSS 2005, p. 498). Le produit était donc dangereux sans être défectueux.

⁹²⁵ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^{ème} édition, Dalloz, 2010, n° 283.

⁹²⁶ Le rôle particulier de l'information dans ce contexte peut malgré tout être mentionné. La directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux établit le principe d'une responsabilité sans faute des producteurs européens (directive n° 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux). Elle peut être recherchée par le consommateur lorsqu'un produit qui présente un défaut

299. La directive 92/59/CEE du 29 juin 1992 relative à la sécurité générale des produits⁹²⁷, remplacée par la directive 2001/95/CE du 3 décembre 2001⁹²⁸, a instauré une obligation générale de sécurité des consommateurs⁹²⁹ dont l'objectif est de préserver la santé et la sécurité des consommateurs en s'assurant que les produits mis sur le marché sont sûrs⁹³⁰. En effet, MM. Jean Calais-Auloy et Henry Temple citent quelques exemples de « *choses qui sont dangereuses par nature : médicaments, tabac, alcool, produits chimiques, appareils électriques, etc.* »⁹³¹. La directive est d'application générale et a vocation à s'appliquer à tous les produits, sauf à ceux faisant déjà l'objet d'une réglementation communautaire spécifique poursuivant le même objectif de sécurité⁹³². Dans ce cadre, le législateur européen a prévu deux obligations d'information à la charge du professionnel, dont une est sanctionnée

cause un dommage corporel, la mort ou des lésions corporelles, ou un dommage matériel, à une chose d'usage privé autre que le bien défectueux lui-même. Le consommateur victime devra rapporter la preuve du défaut du produit, de l'existence d'un dommage et de leur lien de causalité. Un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Or, le texte européen prévoit expressément que la défektivité d'un produit peut découler de sa présentation et ainsi engager la responsabilité du producteur. Le défaut de sécurité peut donc être constitué par une insuffisance ou une absence d'informations (pour le droit français : CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^{ème} édition, Dalloz, 2010, n° 289 ; BORGHETTI Jean-Sébastien, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, thèse, LGDJ, 2004, n° 464 ; pour le droit luxembourgeois : RAVARANI Georges, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasirisie luxembourgeoise, 3^{ème} édition, 2014, n° 837). En effet, les juges français ont estimé que l'insuffisance d'information quant à la composition, à la mise en garde quant aux risques d'utilisation ou aux précautions d'emploi d'un produit pouvait rendre celui-ci défectueux et ainsi engager la responsabilité du producteur lorsque le dommage subi par le consommateur a été provoqué par ce défaut. La responsabilité du fait des produits défectueux pourrait ainsi, en droits français et luxembourgeois, sanctionner le manquement par un professionnel à une obligation légale d'information qui n'est pas expressément sanctionnée (aucun arrêt luxembourgeois illustrant cette situation n'a été trouvé mais il semble raisonnable de penser que la solution issue de la jurisprudence française peut être transposée en droit luxembourgeois. Il existe peu de décisions luxembourgeoises mettant en œuvre la responsabilité des produits défectueux mais elles font systématiquement référence à la jurisprudence française de laquelle elle s'inspire : v. HAMMELMAN Paul et RAVARANI Georges, « La responsabilité civile du fait des produits défectueux », in *Mélanges dédiés à Michel DELVAUX*, Cercle Michel DELVAUX, 1990, p. 51 et s.). A ainsi été sanctionnée l'insuffisance d'information du consommateur quant à la composition d'un produit pharmaceutique ou aux précautions d'utilisation d'un béton, disposition faisant écho à l'information relative aux caractéristiques essentielles du bien édictée par les articles L. 111-1 des Codes de la consommation français et luxembourgeois.

⁹²⁷ V. DAVIS Alan, « La directive du Conseil des Communautés relative à la sécurité générale des produits », RED consom. 1992, p. 132.

⁹²⁸ Le texte a été transposé en droit français par les ordonnances n° 2004-670 du 9 juillet 2004 et n° 2008-810 du 22 août 2008 (leurs dispositions ont été intégrées aux anc. articles L. 221-1 et s. du C. consom., actuels art. L. 421-3) et en droit luxembourgeois par la loi modifiée du 31 juillet 2006 relative à la sécurité générale des produits (Mém. n° 162 du 8 sept. 2006, p. 2978) ; cette loi a été modifiée par la loi du 20 mai 2008 (Mém. A – N° 74 du 28 mai 2008, p. 1066) et par la loi du 4 juill. 2014 (Mém. n° 135 du 28 juill. 2014, p. 2144)).

V. RAYMOND Guy, « Une nouvelle directive européenne modifie celle de 1992 », Contrats-conc.-consom. n° 3, mars 2002, comm. 54.

⁹²⁹ Dir. 2011/95/CE, art. 3.

⁹³⁰ RAYMOND Guy, « Sécurité des produits », Contrats-conc.-consom. n° 2, févr. 2005, étude 2.

⁹³¹ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^{ème} édition, Dalloz, 2010, n° 283.

⁹³² Dir. 2011/95/CE, art. 1^{er}, parag. 2.

spécifiquement par la directive⁹³³, et l'autre voit uniquement ses caractéristiques imposées⁹³⁴, le législateur européen laissant le choix de la sanction aux États membres. C'est évidemment cette dernière qui fera l'objet de nos propos. Cette obligation d'information pèse sur les producteurs qui doivent « *fourni[r] au consommateur les informations utiles qui lui permettent d'évaluer les risques inhérents à un produit pendant sa durée d'utilisation normale ou raisonnablement prévisible, lorsque ceux-ci ne sont pas immédiatement perceptibles sans un avertissement adéquat, et de s'en prémunir* »⁹³⁵. Le champ d'application de cette obligation d'information peut être précisé brièvement avant d'en envisager la sanction.

300. Ainsi, le professionnel qui met un produit dangereux sur le marché voit peser sur lui cette obligation d'information lorsqu'il connaît le risque en question et que ce dernier n'est pas immédiatement perceptible par les consommateurs. Quant à la connaissance du risque, ceci semble être une condition essentielle de la mise en œuvre de la responsabilité du professionnel puisqu'il ne saurait informer le consommateur d'un risque qu'il ignore. Cependant afin d'éviter la négligence ou la mauvaise foi de certains professionnels, la directive impose aux producteurs une obligation de s'informer particulière puisqu'ils doivent prendre les mesures nécessaires leur permettant d'« *être informé[s] des risques que ces produits pourraient présenter* ». Ensuite, le producteur ne doit informer le consommateur que du risque qui n'est pas immédiatement perceptible. Afin d'illustrer ce propos nous pouvons citer un arrêt du 20 novembre 2003 dans lequel la Cour de cassation a affirmé que la Société d'Exploitation Industrielle des Tabacs et des Allumettes (SEITA) n'était pas tenue d'informer le consommateur de cigarettes des méfaits du tabac⁹³⁶. En effet, la haute juridiction a estimé que le consommateur « *ne pouvait pas ignorer les méfaits de l'usage abusif du tabac* » de par

⁹³³ La directive prévoit que ses dispositions ne s'appliquent pas « *aux produits d'occasion qui sont fournis en tant qu'antiquités ou en tant que produits devant être réparés ou reconditionnés préalablement à leur utilisation, pour autant que le fournisseur en informe clairement la personne à laquelle il fournit le produit* » (Dir. 2011/95/CE, art. 2, sous a)).

⁹³⁴ Dir. 2011/95/CE, art. 7 : « *[e]fficaces, proportionnées et dissuasives* ». On peut remarquer qu'on retrouve plus souvent le terme « *effectives* » à la place du terme « *efficaces* » employé ici.

⁹³⁵ Dir., art. 5, paragr. 1, al. 1 [anc. art. 3, paragr. 2 de la dir. de 1992] ; C. consom. fr., art. L. 423-1, al. 1 [anc. art. L. 221-1-2, paragr. I, al. 1] ; loi lux. modifiée de 2006, art. 4, paragr. (1), point 1.

⁹³⁶ Cass. 2^{ème} civ., 20 nov. 2003, n° 01-17977 ; BUGADA Alexis, « Nul n'est censé ignorer les méfaits du tabac », D. 2004, p. 653. L'ancien art. L. 221-1-2. (actuel art. L. 423-1) n'est pas invoqué dans cet arrêt mais ce dernier constitue une illustration pertinente de ce que peut être considéré comme un risque immédiatement perceptible ou non.

l'existence de l'information légale portée sur les paquets de cigarettes ainsi que des informations largement diffusées au public par les médias⁹³⁷.

301. La question de sa sanction se pose différemment en droits français et luxembourgeois. En effet, aucune sanction expresse n'est prévue par le législateur français en cas de méconnaissance de cette obligation, déléguant de ce fait cette préoccupation aux tribunaux (a). La situation est autre en droit luxembourgeois qui punissait expressément le producteur qui ne respectait pas cette obligation par une sanction pénale. Cependant, une loi du 4 juillet 2014 modifiant le texte incriminateur a rendu la sanction incertaine et sujette à interprétation (b). Malgré les difficultés présentes dans ces deux droits, la sanction de l'obligation d'information relative aux produits dangereux imposée par la directive est assurée par la reconnaissance constante en jurisprudence d'une obligation générale de sécurité des professionnels qui peut engager la responsabilité contractuelle de celui-ci.

a. L'application en droit français

302. Nous pouvons constater qu'il n'existe aucune sanction expresse et générale en droit français en cas de manquement par le producteur à cette obligation légale d'information, reproduite à l'article L. 423-1, alinéa 1, du Code de la consommation [anc. art. L. 221-1-2, paragraphe 1, alinéa 1]. En effet, le législateur a uniquement établi que des décrets en Conseil d'État peuvent être pris après consultation de la Commission de la sécurité des consommateurs notamment pour fixer les conditions d'étiquetage de produits ou de catégories de produits⁹³⁸. Des amendes pénales peuvent alors être prononcées à l'encontre des

⁹³⁷ À noter qu'en l'espèce la cour considère que la SEITA n'était pas tenu d'informer le consommateur des risques de l'usage abusif du tabac pour la période précédant l'entrée en vigueur de la loi du 9 juill. 1976 dite Veil qui réglemente la promotion des produits du tabac en France en la limitant à la presse écrite et impose l'avertissement sanitaire sur les produits du tabac « abus dangereux » (L. n° 76-616 relative à la lutte contre le tabagisme, art. 2, art. 8 der. al. et art. 9 der. al.).

⁹³⁸ C. consom. art. L. 422-2 [anc. art. L. 221-3, 1°] – contenu du texte inchangé sauf ajout de l'avis obligatoire de la commission de la sécurité des consommateurs avant la prise des décrets en Conseil d'État (un parallèle peut être fait avec l'article L. 412-1, 3° [anc. art. L. 214-1, 2°] relatif à la conformité des produits qui vise également à protéger les consommateurs et permet de prendre des décrets en Conseil d'État pour déterminer les modes de présentation ou les inscriptions sur les marchandises, les emballages, les factures, les documents commerciaux en ce qui concerne le mode de production, les qualités substantielles, la composition, les modes d'emploi, etc.). Par exemple, le fabricant ou l'importateur doit entre autre apposer la mention « *Conforme aux exigences de sécurité* » sur les produits de puériculture ou leur emballage « *de façon visible, lisible et indélébile* » (décret n°91-1292 du 20 décembre 1991 relatif à la prévention des risques résultant de l'usage des articles de puériculture, art. 3 et art. 5) et remettre une notice d'utilisation (*op. cit.*, art. 7). À défaut, le professionnel encourt une amende prévue pour les contraventions de quatrième classe (*op. cit.*, art. 7, 1°). Pour citer un autre exemple,

professionnels ne respectant pas les obligations d'étiquetage, sauf si l'administration française préfère transiger⁹³⁹. Ainsi les obligations particulières d'information par voie d'étiquetage sont sanctionnées expressément mais l'obligation générale d'information édictée par l'article L. 423-1, alinéa 1, du Code de la consommation français [anc. art. L. 221-1-2, paragraphe 1, alinéa 1] reprenant l'obligation d'information européenne ne reçoit aucune sanction expresse. Or, on peut penser que la majorité des consommateurs n'a pas connaissance de ces décrets en question. Il serait donc pertinent d'attribuer une sanction expresse au manquement par le professionnel à son obligation légale d'information relative aux risques inhérents aux produits dangereux, par exemple une amende pénale ou administrative.

303. Dans le silence des textes français quant à l'existence d'une sanction expresse de l'obligation générale d'information relative à l'évaluation et à la prévention des risques pouvant survenir lors de l'utilisation d'un produit dangereux, le droit commun de la responsabilité a vocation à s'appliquer⁹⁴⁰. En l'absence de jurisprudence relative à l'obligation d'information légale prévue par l'article L. 423-1, alinéa 1, du Code de la consommation français [anc. art. 221-1-2, paragraphe 1, alinéa 1]⁹⁴¹, nous allons nous référer à une jurisprudence antérieure à cet article. En effet, l'insuffisance ou l'absence d'information quant à la dangerosité d'un produit et des risques qui lui sont inhérents étaient déjà prises en compte par la jurisprudence française antérieure à la directive.

les barbecues et leur emballage doivent porter certaines mentions et être accompagnés d'une notice d'utilisation (décret n°2006-18 du 4 janvier 2006 relatif à la sécurité des barbecues utilisant des combustibles solides, art. 3, 2° et 3°) sous peine d'encourir une amende prévue pour les contraventions de cinquième classe (*op. cit.*, art. 6, 1°).

⁹³⁹ En vertu de l'article L. 523-1, 1° [anc. art. L. 216-11, al. 1] du C. consom.

⁹⁴⁰ La responsabilité civile du professionnel peut également être recherchée lorsqu'il ne respecte pas les obligations légales d'information édictées par les décrets précités.

⁹⁴¹ Seuls deux arrêts en date du 30 novembre 2011 citent l'article L. 221-1-2 C. consom. fr. (Soc., 30 nov. 2011, n° 11-10527 et 11-10528). Pour chaque arrêt, l'article en question est cité dans les moyens du demandeur au pourvoi mais n'est pas appliqué par la Cour, pour des raisons de procédure. En effet, la Cour juge à deux reprises que ce moyen est irrecevable puisqu'il est nouveau et mélangé de fait et de droit. Il aurait pourtant été intéressant qu'elle se prononce. Dans les deux affaires, une personne ayant été engagée en qualité de chauffeur livreur par la société Cevens'œuf avait saisi la juridiction prud'homale en vue d'obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail pour harcèlement moral. En effet, ces salariés prétendent avoir reçu des sanctions disciplinaires, et plus précisément des avertissements, injustifiées. La Cour d'appel de Nîmes a, pour ces deux affaires, annulé les avertissements délivrés au salarié par la société et prononcé la résiliation du contrat de travail pour harcèlement moral. La société demanderesse au pourvoi conteste notamment l'annulation des avertissements. Elle argue du fait qu'elle était débitrice de l'obligation d'information prévue par l'art. L. 221-1-2 C. consom. relative aux risques des produits dangereux, de par son statut de fournisseur de produits alimentaires, obligation d'information qui est l'accessoire de son obligation de délivrance. La société explique qu'elle a fondé ses avertissements sur le fait qu'en livrant des œufs périmés à divers magasins, les salariés l'auraient empêché d'exécuter l'obligation d'information imposée par l'art. L. 221-1-2.

304. Depuis longtemps cette jurisprudence admettait que le fabricant ou le producteur d'un produit dangereux devait mettre en garde l'utilisateur des dangers inhérents au produit. Il existait donc une obligation d'information prétorienne relative à la dangerosité des produits, bienvenue pour l'indemnisation des préjudices subis par les consommateurs. Pour engager la responsabilité du professionnel, les juges ont caractérisé la faute du producteur résultant du fait de ne pas avoir informé le consommateur quant à la dangerosité d'un produit et des mesures de précaution à prendre. Nous pouvons penser que la sanction adoptée par cette jurisprudence pourrait être transposée à l'article L. 423-1 [anc. art. L. 221-1-2] du Code de la consommation.

La première raison tient au fait que l'obligation d'information créée par la jurisprudence française avait un contenu similaire puisque relative à la dangerosité d'un produit et des risques qui lui sont inhérents. Deuxièmement, malgré la transposition par à-coup de la directive en 2004 et 2008, le juge français avait l'obligation d'interpréter les textes nationaux à la lumière de la directive en cours de transposition. De plus, l'obligation d'information relative aux risques inhérents aux produits dangereux semble dépasser la jurisprudence antérieure à la directive de 2001 ainsi que l'obligation d'information édictée par cette même directive puisqu'elle apparaît au sein d'autres obligations légales d'information. Ainsi dans l'arrêt précité du 1^{er} mars 2005⁹⁴² concernant l'utilisation de béton, M. Éric Bazin explique que « *le vendeur professionnel de matériaux est tenu, en application des dispositions de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, d'informer le consommateur des caractéristiques essentielles du produit vendu, donc en l'occurrence des risques encourus par sa manipulation* »⁹⁴³. L'auteur poursuit en affirmant que la Cour fait de cette obligation légale « *une obligation précontractuelle d'information avec un contenu variable qui inclut l'obligation de mise en garde* » et conclut que « *le fournisseur de matériaux est désormais tenu, en vertu de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, de renseigner le consommateur sur les risques d'utilisation de tout produit* ». Le contenu de cette obligation du vendeur professionnel se rapproche donc de l'obligation d'information d'origine européenne pesant sur le producteur (qui peut être un vendeur) relative aux précautions d'utilisation à prendre lors de l'utilisation de produits dangereux.

⁹⁴² Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 2005, n° 04-10063.

⁹⁴³ BAZIN Éric, « Il appartient au vendeur professionnel de matériau acquis par un acheteur profane de respecter son obligation précontractuelle d'information », SJEJG n° 48, 30 nov. 2005, II 10164.

305. Deux arrêts de la Cour de cassation peuvent illustrer la sanction de l'obligation d'information relative aux produits dangereux créée par la jurisprudence française avant l'entrée en vigueur de la directive de 2001. En l'espèce, le fabricant d'un adhésif et le fabricant d'un produit antiparasitaire voient leur responsabilité contractuelle engagée au motif que constitue une faute contractuelle le fait de ne pas mettre suffisamment en garde l'utilisateur sur les précautions à prendre lors de l'utilisation de ces produits dangereux.

306. Dans le premier arrêt rendu par la Cour de cassation le 31 janvier 1973, un père et son fils furent victimes d'une « violente déflagration » alors qu'ils procédaient à la pose d'un revêtement de sol à l'aide d'une colle. L'allumette allumée par le fils dans la pièce voisine avait provoqué l'inflammation des vapeurs dégagées par le produit adhésif⁹⁴⁴. Le père succomba à ses blessures avant l'introduction du pourvoi en cassation. La Cour d'appel de Toulouse déclara responsables le fabricant de la colle, sur le fondement de la responsabilité contractuelle pour manquement à « l'obligation pour tout fabricant ou tout vendeur d'un produit dangereux de renseigner les acheteurs éventuels », ainsi que le fils mineur, chacun pour moitié⁹⁴⁵. Ainsi la haute juridiction estima que la cour d'appel a justifié sa décision en déduisant que « pour n'avoir pas signalé « de façon très apparente » ces risques, la société [fabricante] avait commis une faute qui était « manifestement » la cause de l'accident ». En effet, la mention « produit inflammable » avait été jugée « insuffisant[e] pour des profanes qui ont pu supposer qu'il fallait éviter de mettre ce produit en contact avec du feu ou des étincelles ou à proximité de flammes sans penser que le solvant très volatil que contenait ce produit pouvait dans certaines circonstances entraîner des explosions ». La Cour de cassation rappela également que, selon les juges du second degré, le professionnel aurait du mentionner « la nécessité de ventiler les locaux où ce produit doit être utilisé ». Les juges estiment que l'information doit être détaillée. Il n'est pas suffisant d'informer l'acheteur quant aux risques d'inflammabilité, le fabricant devant également expliquer les mesures de précautions à prendre pour éviter ces risques. En l'espèce, la faute contractuelle de la société résulte dans l'insuffisance d'information sur le mode d'emploi et les risques d'utilisation du produit, ce manquement étant la cause de l'accident ayant causé le dommage.

⁹⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 1973, n° 71-13449, HÉMARDE Joseph, RTD com. 1974, obs. p. 146.

⁹⁴⁵ Le revendeur de la colle est exonéré de toute responsabilité au motif qu'il « n'était pas forcément au courant des dangers que pouvait présenter, en dehors de ceux qui étaient portés sur l'étiquette ».

307. De la même manière, dans un arrêt rendu le 14 décembre 1982, la Cour de cassation a reconnu la responsabilité contractuelle du fabricant d'un produit antiparasitaire pour insuffisance d'information de l'utilisateur quant aux risques d'utilisation du produit et aux précautions à prendre⁹⁴⁶. Au visa de l'ancien article 1135 (actuel 1194) du Code civil, les juges déclarèrent que le fabricant d'un produit a l'obligation de « *fournir tous les renseignements indispensables à son usage et notamment avertir l'utilisateur de toutes les précautions à prendre lorsque le produit est dangereux* ». En l'espèce l'utilisateur d'un antiparasitaire sur un champ de betteraves avait reçu une micro-granule dans l'œil à cause du vent, occasionnant une incapacité permanente. Le mode d'emploi et la notice fournis avec le produit ont été jugés insuffisants en ce qu'ils ne signalaient pas « *le grave danger que présentait [ce] produit pour les yeux* » et n'« *incitait [pas] à prendre des précautions spéciales pour la protection des yeux* ». M. Georges Durry note que si la solution adoptée par les juges n'est pas novatrice, elle peut faire l'objet de deux remarques⁹⁴⁷. Tout d'abord, l'auteur explique que la Cour de cassation a vu un problème de droit relatif à la violation de l'obligation de renseignement du fabricant alors qu'on aurait pu penser que son appréciation était de fait et relevait donc de la souveraineté des juges du fond. Ainsi la Cour « *n'a pas hésité à poser en règle, non pas seulement l'existence d'une obligation de renseignement à la charge du fabricant, mais encore le contenu précis de celle-ci* ». L'auteur insiste en précisant qu'« *[o]n ne saurait marquer plus nettement une volonté de contrôler étroitement les applications que feront les juges du fond de la notion d'obligation de renseignement* ». Ensuite, le même auteur fait remarquer que l'ancien article 1135 (actuel art. 1194) du Code civil utilisé dans le visa « *est le fondement qui justifie la création prétorienne de l'obligation de renseignement* », référence qui selon lui appuie d'autant plus la volonté de la Cour de cassation de contrôler son contenu et son application.

308. Nous pouvons conclure que les juges français reconnaissent depuis longtemps l'existence d'une obligation d'information pesant sur les fabricants ou les vendeurs de produits dangereux. Ceux-ci font preuve d'une certaine sévérité en exigeant une obligation d'information qu'on pourrait qualifier de renforcée. En effet, de nombreux professionnels ont vu leur responsabilité engagée non pas pour l'absence mais pour l'insuffisance d'information du consommateur utilisateur. Ainsi, le niveau d'information attendu est élevé, la mise en

⁹⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 1982, n° 81-16122.

⁹⁴⁷ DURRY Georges, obs. Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 1982, RTD Civ. 1983, p. 544.

garde contre la dangerosité du produit et les précautions d'utilisation devant être explicites, détaillées et complètes. La rigueur saluée des juges français s'explique dans ces litiges par les dommages corporels souvent irréversibles voir fatals.

b. L'application en droit luxembourgeois

309. En droit luxembourgeois, un doute persiste quant au fait de savoir si le manquement à l'obligation d'information relative à la sécurité générale des produits est toujours sanctionné directement par les textes, tout en sachant qu'à l'image des juges français, les juges luxembourgeois reconnaissent la responsabilité civile du producteur sur qui il pèse une obligation d'information des risques inhérents au produit dangereux voir parfois une obligation de mise en garde.

310. La directive européenne du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits a été transposée par la loi modifiée du 31 juillet 2006⁹⁴⁸. L'article 4, paragraphe (1), point 1, reprend l'obligation d'information européenne pesant sur le producteur de fournir au consommateur les informations utiles lui permettant d'évaluer les risques inhérents à un produit et de s'en prémunir. L'article 8 de la loi modifiée du 31 juillet 2006 disposait alors clairement que les producteurs et distributeurs qui enfreignaient les dispositions de l'article 4 seraient punis d'une amende pénale de 251 à 25 000 euros. L'article 24, point 7, de la loi modifiée ILNAS du 4 juillet 2014 relative à la sécurité et qualité des produits et services⁹⁴⁹ a modifié et remplacé les dispositions de l'article 8 de la loi modifiée de 2006 par un nouveau texte ambiguë. Le texte désormais applicable a cette teneur : « [l]es dispositions pénales sont celles prévues à l'article 19 de la loi précitée du 4 juillet 2014 »⁹⁵⁰. Une première interprétation serait de dire qu'il suffit d'appliquer les sanctions pénales édictées par l'article 19 de la loi ILNAS. L'énoncé de l'article 24 étant général, il permet le prononcé des sanctions pénales de l'article 19 auquel il se réfère pour tout manquement aux obligations édictées par la loi modifiée du 31 juillet 2006, incluant donc le manquement à l'obligation d'information

⁹⁴⁸ Loi modifiée du 31 juill. 2006 relative à la sécurité générale des produits (Mém. n° 162, du 8 sept. 2006, p. 2978).

⁹⁴⁹ Loi modifiée du 4 juill. 2014 portant (notamment) réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité (ILNAS) et qualité des produits et services et portant organisation du cadre général pour la surveillance du marché dans le contexte de la commercialisation des produits (Mém. A – N° 135 du 28 juill. 2014, p. 2144).

⁹⁵⁰ *Ibid.*

prévue par l'article 4, paragraphe (1), point 1 de cette même loi. Autrement dit, les sanctions pénales prévues à l'article 19 de la loi ILNAS sanctionnent le manquement à l'obligation d'information édictée par l'article 4 de la loi de 2006. Cette interprétation semble peu probable au vu du principe d'incrimination claire et précise du droit pénal.

311. Une seconde interprétation consiste à se référer aux conditions d'applications citées par l'article 19 de la loi ILNAS qui édictent les sanctions pénales. Le premier alinéa de l'article 19 dispose qu' « [e]st punie d'une amende de 251 euros à 500.000 euros et d'une peine d'emprisonnement de 8 jours à trois ans ou d'une de ces peines seulement, toute personne qui a mis sur le marché ou qui a mis à disposition sur le marché un produit, dont le contenu ou les caractéristiques ne sont pas conformes aux dispositions légales visées à l'article 13, paragraphe 1 »⁹⁵¹. L'article 13, paragraphe (1), dispose à son tour que les autorités compétentes sont « chargé[e]s des contrôles de conformité des produits prévus par les législations visées à l'article 8, paragraphe 4 », le point 25° de cet article évoquant « la sécurité générale des produits ». Le double renvoi opéré par les textes rend la sanction illisible et incertaine. En effet, s'il pourrait sembler logique que la nouvelle sanction pénale remplace la précédente, il n'y a aucun renvoi explicite à la loi modifiée de 2006, ni à l'obligation d'information qu'elle prévoit. De plus, la nouvelle sanction est considérablement plus sévère que la précédente puisque d'une part, le montant maximal de l'amende a été multiplié par vingt, et d'autre part le professionnel peut désormais être privé de liberté.

312. Enfin une dernière interprétation serait que le manquement à l'obligation d'information édictée par l'article 4 de la loi modifiée du 31 juillet 2006 n'est plus réprimé spécifiquement par cette loi, le texte de l'article 8 tel que modifié par la loi du 4 juillet 2014 étant trop flou pour appliquer les sanctions pénales auxquelles il se réfère au non-respect de l'obligation d'information de l'article 4.

313. La question reste de savoir si la nouvelle incrimination pénale de l'article 8 de la loi de 2006 concerne toujours ou pas l'obligation d'information relative à la sécurité des produits édictée par l'article 4 de la même loi. Si les sanctions pénales s'appliquent au manquement de

⁹⁵¹ Loi mod. du 4 juill. 2014, art. 19, paragr. (2) et (3) : « (2) Est punie des mêmes peines, le maximum de l'amende prévue étant porté à 1.000.000 euros, toute personne qui ne s'est pas conformée aux décisions prises en application de l'article 13, paragraphe 2.

(3) Les tribunaux peuvent prononcer la confiscation et la destruction des biens ayant servi à l'infraction ainsi que la confiscation des bénéfices illicites ».

l'obligation d'information relative à la sécurité du consommateur, le souci de clarté aurait du dicter au législateur de conserver la formulation de l'ancien article 8 de la loi de 2006, qui citait expressément qu'était sanctionné le manquement à l'obligation d'information relative à l'obligation de sécurité générale, et de simplement substituer les peines pénales en question⁹⁵².

314. Si le doute persiste quant à l'interprétation des nouveaux textes luxembourgeois qui semblent aller dans le sens d'une absence d'application des sanctions pénales au simple manquement à l'obligation d'information relative à la sécurité générale des produits édictée par la loi de 2006, celui-ci reste sanctionné civilement par les juges luxembourgeois qui reconnaissent la responsabilité du professionnel. En effet, la jurisprudence luxembourgeoise suit la jurisprudence française et estime que « *le fabricant doit aller au-delà du simple renseignement pour véritablement attirer l'attention de l'utilisateur sur les dangers que le produit peut lui faire courir* »⁹⁵³. En définitive, M. Georges Ravarani explique qu'« *il faut qu'il y ait de sa part une véritable mise en garde* »⁹⁵⁴. Ceci peut être illustré par un arrêt du 26 novembre 1982⁹⁵⁵ concernant un produit détergent ayant dégagé des gaz dont l'inhalation avait provoqué une intoxication de l'utilisateur.

L'auteur précise ensuite qu'en matière de produits dangereux l'« *obligation d'information est particulièrement lourde* » envers les producteurs de médicaments et de produits pharmaceutiques en général. La notice doit fournir au consommateur une information « *clairement formulée* » et « *suffisamment précise* » quant aux caractéristiques des produits

⁹⁵² Deux précisions peuvent être apportées. Tout d'abord, nous pouvons préciser que l'article 17, paragraphe (1), point 1, de la loi modifiée du 4 juillet 2014 édicte des amendes administratives de 250 à 10 000 euros lorsque les marquages ou les étiquettes de produits ne sont pas conformes à l'article 30 et à l'annexe II du règlement CE n° 765/2008, relatifs au marquage CE. Ce texte a donc potentiellement vocation à s'appliquer. L'ILNAS se dit incompétent pour interpréter ces textes (e-mail).

Ensuite, l'article 7 de la loi du 31 juillet 2006 (qui n'a pas été substantiellement modifié par la loi ILNAS de 2014) comporte une disposition originale relative à la réclamation des consommateurs. En effet, il prévoit que « *les consommateurs et les autres parties intéressées peuvent présenter leur réclamation au directeur [de l'institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité et qualité des produits et services (ILNAS) ; avant loi 2014 : ministre] pour ce qui concerne la sécurité des produits et les activités de surveillance et de contrôle* ». Les missions du Département de la surveillance du marché de l'ILNAS ne prévoient pas de mesures d'indemnisation des consommateurs (réponse du Département de la surveillance des marchés de l'ILNAS lorsqu'interrogé sur les conséquences d'éventuelles réclamations de la part de consommateurs). En cas de réclamation d'un consommateur, le rôle du département se limite au contrôle de la conformité et de la sécurité des produits, contrôle qui pourra, le cas échéant, aboutir à l'application des articles 17 et 19 précités de la loi ILNAS, qui édictent respectivement des sanctions administratives et pénales.

⁹⁵³ RAVARANI Georges, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasicrisie luxembourgeoise, 3^{ème} édition, 2014, n° 513.

⁹⁵⁴ RAVARANI Georges, *op. cit.* ; HAMMELMAN Paul et RAVARANI Georges, « La responsabilité civile du fait des produits défectueux », in *Mélanges dédiés à Michel DELVAUX*, Cercle Michel DELVAUX, 1990, p. 90.

⁹⁵⁵ Trib. Luxembourg, 26 nov. 1982, *Mme Casella c/ SARL Roboto*, n° 963/82.

ainsi que les mettre en garde « *contre l'existence d'effets secondaires indésirables, même exceptionnels* »⁹⁵⁶. Là encore la jurisprudence luxembourgeoise rejoint la jurisprudence française.

315. La sanction réparatrice issue de la responsabilité civile du professionnel applicable à une obligation légale d'information ne recevant pas de sanction expresse est efficace lorsqu'elle répare intégralement le préjudice subi par le consommateur. Cette sanction peut donc être efficacement réparatrice par l'adéquation de ses effets au préjudice. Cependant, l'engagement de la responsabilité civile du professionnel nécessite la preuve d'un préjudice découlant de la violation de l'obligation légale d'information, qu'il s'agisse de l'exposition à un risque ou la perte d'une chance. Si le consommateur éprouve des difficultés à apporter la preuve d'un préjudice découlant de la violation de l'obligation légale d'information, la sanction ne sera pas prononcée et ne produira pas d'effets réparateurs. L'effectivité de la sanction empêchera alors son efficacité réparatrice. M. Christophe Lachièze expose ainsi l'inadaptation du droit commun, et notamment de la responsabilité civile, à sanctionner le manquement par le professionnel prestataire de voyage à forfait en droit français de son obligation de reproduire certaines mentions dans les brochures qu'il met à disposition des consommateurs⁹⁵⁷. En effet, l'auteur insiste sur la difficulté de rechercher la responsabilité du professionnel dans ce contexte car « *[l]a responsabilité de l'agent de voyage ne peut être engagée que si le défaut de publication des dispositions réglementaires a causé un préjudice à l'acheteur, ce qui paraît tout aussi probable. Au final, il semble que la seule sanction possible est l'action en cessation des agissements illicites ouverte aux associations de consommateurs sur le fondement de l'[ancien] article L. 421-6 [actuel 621-7] du Code de la consommation* »⁹⁵⁸.

316. Le manquement à une obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois qui n'est pas expressément sanctionnée nécessite le recours à des sanctions civiles qui peuvent avoir pour fondement la responsabilité civile du professionnel ou d'autres fondements divers, tels la nullité du contrat pour vice de consentement ou la nullité de la clause jugée abusive.

⁹⁵⁶ RAVARANI Georges, *op. cit.*

⁹⁵⁷ Cette obligation d'information ne recevait pas de sanction expresse avant la loi du 20 juillet 2014 et une sanction expresse répressive lui est désormais attribuée. L'auteur exposait également la difficulté dans cette situation de prouver un vice du consentement et d'obtenir la nullité du contrat.

⁹⁵⁸ LACHIÈZE Christophe, « fasc. 996 : Contrat de voyages. Contrats et responsabilité », J.-Cl. Conc.-consom., 2 juill. 2010, n° 27.

§2 – La seconde matérialisation de ce recours : les sanctions ne relevant pas de la responsabilité du professionnel *lato sensu*

317. Certaines sanctions civiles applicables à d'autres mécanismes que l'obligation d'information peuvent être prononcées sur le fondement du seul manquement de l'obligation légale d'information (A) tandis que d'autres exigent des preuves supplémentaires (D). Les premières présentent l'avantage de pouvoir être prononcées facilement. Leur effectivité participent alors à leur efficacité réparatrice et dissuasive. Deux mécanismes méritent cependant d'être présentés séparément car ils révèlent des particularités. Tout d'abord, l'action par le consommateur en garantie légale de conformité est facilitée par un mécanisme de présomption limité dans le temps, ce qui lui alloue une effectivité temporaire (B). Enfin, l'exécution forcée du contrat sera rendue possible par un mécanisme original intégrant les informations favorables au consommateur dans le champ contractuel (C).

A. Sur le fondement du seul manquement de l'obligation légale d'information

318. Deux mécanismes civils permettent de rééquilibrer le contrat et de sanctionner efficacement le manquement à une obligation légale d'information sans sanction expresse. La nullité des clauses illicites (1) et l'inopposabilité de certaines clauses (2) ont des effets adéquats au préjudice subi par le consommateur car ils lui permettent de se défaire de certaines clauses créant un déséquilibre informationnel⁹⁵⁹. De plus, le seul manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation suffit à entraîner le prononcé de la sanction. L'effectivité de ces sanctions leur permet de déployer pleinement leurs effets.

1. La sanction de la nullité de la clause : les clauses illicites

319. Un contrat peut être déséquilibré car le professionnel y a inséré une clause illicite. Cette dernière est une clause contraire à la loi qui est sanctionnée par la nullité en droit français

⁹⁵⁹ Sur l'équilibre contractuel v. LE GAC-PECH Sophie « Écueils et limites de la législation sur les clauses abusives », SJE A n° 43-44, 22 oct. 2015, 1509, LE GAC-PECH Sophie, « Le contrôle de l'équilibre contractuel : législation schizophrène ou dispositif équilibré ? », LPA 24 sept. 2015, p. 4.

comme en droit luxembourgeois⁹⁶⁰. Ainsi le manquement à une obligation légale d'information peut constituer une clause illicite. C'est le cas lorsque la clause est contraire à une obligation d'information imposée par la loi. En effet, l'illicéité de la clause crée une asymétrie de l'information entre le professionnel, qui connaît la loi et le caractère erroné de l'information contenue par la clause, et le consommateur qui peut penser être tenu par cette clause. C'est le cas par exemple du professionnel qui indique dans un contrat que le consommateur peut uniquement invoquer la garantie commerciale alors que l'article L. 211-2 [anc. art. L. 133-3] du Code de la consommation français lui impose de mentionner la faculté pour le consommateur d'invoquer la garantie légale de conformité, la garantie contre les vices cachés ainsi que la garantie commerciale. Cette clause est illicite puisque contraire à la loi et crée un déséquilibre de l'information puisque le consommateur n'a pas connaissance de l'ensemble des actions dont il dispose.

320. Il convient de préciser qu'une clause illicite n'est pas une clause abusive. À l'inverse des clauses abusives pour lesquelles la preuve d'un déséquilibre significatif doit être rapporté, il suffit que la clause soit contraire à la loi pour être qualifiée d'illicite. La clause abusive et la clause illicite possèdent des éléments constitutifs différents et entraînent la mise en œuvre de sanctions distinctes. En effet, nous avons observé précédemment que la loi française répute les clauses abusives non écrites tandis que la loi luxembourgeoise les répute nulles et non écrites, tandis que ces deux droits sanctionnent les clauses illicites par la nullité. Nous étudierons ultérieurement les différences entre le réputé non écrit et la nullité⁹⁶¹. En plus, il existe une différence procédurale entre la réglementation des clauses abusives et des clauses illicites puisque le juge a l'obligation de relever d'office l'existence d'une clause abusive⁹⁶².

⁹⁶⁰ Un jugement du TGI de Nanterre du 2 juin 2004 précise que les clauses sont « *illicites et donc nulles* » (RG n° 02/03156). La Cour d'appel de Luxembourg rappelle qu'« *une clause illicite n'entraîne la nullité de la convention dont elle fait partie que si, dans l'intention des parties contractantes, elle fait avec le contrat un tout indivisible* », ce qui sous-entend que la sanction de la clause illicite est la nullité (CA, 2 déc. 1910, n° Judoc 91003204, Pas. L. 8. 407).

⁹⁶¹ Notamment, Xavier Delpech a exposé que « *seule l'illicéité peut fonder la nullité* » et qu'à ce titre il ne faut pas confondre clause abusive et clause illicite (DELPECH Xavier, « Clause abusive : le contrat ne peut être annulé en son entier », Dalloz actualité 26 mars 2012, à propos de l'arrêt CJUE du 15 mars 2012, *Jana Perenicova et Vladislav Perenic*, aff. C-453/10).

⁹⁶² L'obligation pour le juge de relever d'office les clauses abusives ressort de la jurisprudence de la CJUE. Cette obligation est appliquée par les juges luxembourgeois (V. jurisprudence citée par M. G. Ravarani : RAVARANI Georges, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasicrisie luxembourgeoise 2014, 3^{ème} éd., 2014, n° 770) mais le législateur français est allé plus loin en l'insérant dans le Code de la consommation (art. R. 632-1, al. 2 [anc. art. L. 141-1, al. 2]). Le Code de la consommation français précise par ailleurs que le juge a la faculté de relever un manquement aux dispositions de ce même code (C. consom. fr., art. R. 632-1, al. 1 [anc. art. L. 141-4, al. 1]). Cependant, Béatrice Gorchs rappelle que « *le juge qui relève d'office les dispositions du*

Cette distinction s'estompe selon un auteur puisque « *le juge, sans avoir à relever d'office, doit écarter l'application au litige d'une clause abusive ou illicite* »⁹⁶³.

321. Si ces deux types de clauses ne doivent pas être confondues, elles peuvent parfois se recouper. En effet, une clause illicite peut également être abusive⁹⁶⁴. Ainsi la Commission des clauses abusive, organisme français, a pu déclarer à propos des clauses d'attribution de compétences, interdites entre professionnels et consommateurs, qu'elles constituaient une clause illicite et, maintenue dans le contrat, abusive. En effet, ces clauses trompent le consommateur sur ses droits puisqu'elles lui font croire à tort qu'il est lié. Cette solution pourrait être généralisée, serait considérée comme abusive toute clause illicite maintenue dans le contrat.

Ainsi, une clause illicite n'est pas forcément abusive mais si une clause illicite est également abusive, le juge a l'obligation d'appliquer les règles des clauses abusives et donc les relever d'office. Le juge doit donc relever d'office une clause qui est illicite et abusive⁹⁶⁵.

322. Nous avons observé précédemment que le manquement par le professionnel à une obligation d'information imposée par la réglementation française des contrats de service de communications électroniques a pu être qualifié de clause abusive car il créait un déséquilibre

code ne peut pas prononcer d'office les sanctions qui y sont attachées » (GORCHS Béatrice, « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », D. 2010, p. 1300).

⁹⁶³ « *En clair, le juge qui, saisi de l'application d'une clause du contrat, constate que celle-ci présente un caractère abusif (ou illicite) et refuse de l'appliquer, est dans son activité de jurisdictio* » (GORCHS Béatrice, « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », D. 2010, p. 1300).

⁹⁶⁴ Plusieurs éléments démontrent que la distinction entre clause abusive et clause illicite est parfois floue. Tout d'abord, en droit français, les « clauses noires » sont interdites et donc illicites puisqu'elles sont présumées être abusives de manière irréfutable et donc considérées automatiquement comme contraires à la loi (C. consom. fr., art. L. 212-1, al. 5 [anc. art. L. 132-1, al. 3] et art. R. 212-1 [anc. art. R. 132-1]). De la même manière, les « clauses grises » sont présumées illicites, le professionnel devant apporter la preuve de leur licéité, autrement dit que ces clauses n'ont pas pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif (C. consom. fr., 212-2 [anc. art. R. 132-2]). Ces « clauses grises » existent également en droit luxembourgeois (C. consom. lux., art. L. 211-3). V. SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Clauses abusives », Rép. civ., juin 2014, n° 53 et s. ; ASTAIX Anthony, « Clauses abusives : publication des listes « noire » et « grise » », D. 2009, p. 797.

De plus, une action commune à ces deux types de clause est possible en droit français. En effet, l'article L. 621-8 [anc. art. L. 421-6, al. 2 et 3] du Code de la consommation français dispose que les associations de consommateurs agréés peuvent agir en suppression de clause abusive ou illicite dans les contrats proposés aux consommateurs, aux contrats en cours et aux contrats identiques conclus par le même professionnel (voir : Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2014, n° 13-13779 ; « Clause abusive ou illicite : champ d'application de l'action en suppression », D. 2014, p. 1268). En droit luxembourgeois, seules les clauses abusives sont expressément visées par l'action en suppression de divers entités compétentes (C. consom. lux., art. L. 320-3, al. 1 et 2). L'action en suppression d'une clause abusive en droit luxembourgeois concerne uniquement les clauses abusives (C. consom. lux., art. L. 320-3, al. 2).

⁹⁶⁵ CJUE, 11 juin 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, aff. C- 602/13, n° 52 à 54.

significatif. Nous allons maintenant évoquer un arrêt dans lequel le manquement par le professionnel à une obligation d'information imposée par la réglementation française des contrats de service de communications électroniques a constitué une clause illicite.

323. Une association de consommateurs⁹⁶⁶ avait assigné un professionnel prestant des services de communications électroniques afin de voir déclarer certaines clauses abusives ou illicites en vertu de divers articles du Code de la consommation français⁹⁶⁷.

L'ancien article R. 132-2 (actuel art. R. 212-2) du Code de la consommation français interdisait dans les contrats de consommation la clause qui avait pour objet ou pour effet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien ou service objet du contrat. L'alinéa deux apportait un tempérament puisque le professionnel était autorisé à stipuler qu'il pouvait apporter des modifications liées à l'évolution technique (si le prix n'augmentait pas et que la qualité de la prestation n'était pas altérée) et que la clause réservait au consommateur « *la possibilité de mentionner les caractéristiques essentielles auxquelles il subordonne son engagement* »⁹⁶⁸.

En l'espèce, deux des clauses en question permettaient une modification unilatérale du contrat de communications électroniques mais sans remplir les conditions de l'article précité. En effet, la clause en vigueur dans une version du contrat datant de 2000 ne faisait référence à aucune évolution technologique pour justifier les modifications du service. Ensuite, la clause en vigueur dans une version du contrat de 2003 faisait référence à une évolution technologique mais ne précisait pas que ces modifications n'affecteraient pas les caractéristiques que le consommateur doit définir comme essentielles à son engagement.

Le Tribunal de grande instance de Nanterre a jugé que « [...] *les deux clauses sont muettes sur le fait que les modifications ne toucheront pas les aspects substantiels du contrat et sur les caractéristiques que l'abonné doit définir comme essentielles à son engagement, pour remplir une des conditions contenues à l'article R. 132-2 du Code de la consommation dernier alinéa.*

⁹⁶⁶ Sur le mouvement associatif v. NOBLOT Cyril, *Droit de la consommation*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 32 et s.

⁹⁶⁷ TGI Nanterre, 2 juin 2004, RG n° 02/03156, cité par : BIOLAY Jean-Jacques, Fasc. 994, « *Contrats de services de communications électroniques* », J.-Cl. Conc.-Consom., 18 avr. 2008, n° 27.

⁹⁶⁸ Cet article a été créé par le décret n° 97-298 du 27 mars 1997 et a été en vigueur dans cette version jusqu'au 21 mars 2009. Entre temps la loi n° 2004-669 du 9 juill. 2004 a inséré dans le Code de la consommation les dispositions relatives aux contrats de service de communications électroniques, dont de nombreuses obligations légales d'informations (C. consom. fr., art. L. 224-27 et s. [anc. art. L. 121-83 et s.]). Les clauses déclarées illicites par ce jugement en application de l'ancien art. R. 132-2 (actuel art. R. 212-2) pourraient l'être actuellement en application de l'article L. 224-33, al. 1 [anc. art. L. 121-84, al. 1] qui encadre l'information relative à la modification des conditions contractuelles des contrats de services de communications électroniques qui est sans sanction expresse.

Ces clauses sont donc illicites [...] et seront supprimées du contrat ». Ces clauses permettant la modification du contrat par le professionnel doivent être suffisamment précises afin d'éclairer le consentement du consommateur. En effet, cela revient pour celui-ci à conclure un contrat sous de nouvelles conditions. La suppression de cette clause du contrat ne permet pas au professionnel de modifier unilatéralement le contrat (puisqu'il ne donnait pas les informations nécessaires selon la loi afin d'éclairer le consommateur), et le contrat est de ce fait rééquilibré⁹⁶⁹. Une autre sanction permet de rétablir l'équilibre contractuel.

2. La sanction de l'inopposabilité de la clause

324. L'inopposabilité a pour conséquence d'inhiber les effets juridiques de la clause à laquelle elle s'applique⁹⁷⁰. Ainsi, une clause inopposable ne sera source ni de droit ni

⁹⁶⁹ Cet article a été créé par le décret n° 97-298 du 27 mars 1997 et a été en vigueur dans cette version jusqu'au 21 mars 2009. Entre temps la loi n° 2004-669 du 9 juill. 2004 a inséré dans le Code de la consommation les dispositions relatives aux contrats de service de communications électroniques, dont de nombreuses obligations légales d'informations (C. consom. fr., art. L. 121-83 et s.). Les clauses déclarées illicites par ce jugement en application de l'ancien art. R. 132-2 pourraient l'être actuellement en application de l'art. L. 121-84 qui encadre la modification des contrats de services de communications électroniques qui est sans sanction spécifique.

⁹⁶⁹ Autres ex. de clauses illicites dans les contrats de services de communications électroniques en droit français : TGI Paris, 21 févr. 2006, RG n° 04/02910, p. 6 : « [...] que le § 8 de ce même article mentionne par ailleurs que « la date d'ouverture du service de téléphonie et la grille tarifaire applicable sont consultables sur le site Internet <http://> . Ils peuvent faire l'objet de modification à tout moment. L'utilisation de ce service sous-entend l'acceptation par l'Usager de la grille tarifaire qu'il devra consulter » ». Le juge ajoute : « que d'ailleurs il doit être relevé que l'article L. 121-83 du Code de la consommation issu de la loi du 9 juillet 2004 impose désormais aux prestataires de service de faire apparaître le détail des tarifs pratiqués dans les contrats souscrits » ; « La clause d'un contrat d'abonnement d'accès à Internet qui stipule que les appels téléphoniques seront facturés conformément aux tarifs consultables sur le site internet du professionnel, que ces tarifs peuvent faire l'objet de modification à tout moment, l'utilisation du service sous-entendant l'acceptation par le consommateur de la grille tarifaire qu'il devra consulter, est illicite au regard de l'article L. 121-83 du Code de la consommation qui impose aux prestataires de service de faire apparaître le détail des tarifs pratiqués dans les contrats souscrits, et abusives en ce qu'elle a pour effet de rendre opposables au consommateur des conditions de vente qui ne figurent pas dans son contrat et qu'il doit aller consulter ailleurs » ; TGI Nanterre, 9 févr. 2006, RG n° 04/02838, p. 14 : « L'article 13 § 1 déclare que les tarifs en vigueur sont disponibles sur le site et sur demande chez Wanadoo. [...] La clause pourrait se comprendre comme étant la seule indication que le client peut consulter les tarifs applicables en se rendant sur le site internet du fournisseur d'accès. Cependant, il convient de relever que dans la version du contrat datée du 21 octobre 2003, telle que produite par la défenderesse, cette clause constitue quasiment à elle seule le chapitre « tarifs et conditions de paiement » et n'est complétée que par une autre disposition précisant que « pour les autres stipulations, il convient de se reporter aux conditions particulières et spécifiques des offres ». Dès lors dans un tel contexte, il doit en effet se déduire que l'information du client sur les tarifs se réalise par la consultation du site internet. Or une telle modalité de communication n'est pas satisfaisante car elle ne garantit pas que le client a nécessairement eu connaissance des tarifs applicables lors de son engagement. Par ailleurs, il se déduit également de cette clause que le client se voit appliquer le tarif qui figure sur le site sans avoir été avisé et sans avoir accepté les modifications éventuellement survenues depuis la conclusion de son contrat. Enfin, l'article L. 121-83 du Code de la consommation tel qu'il résulte de la loi du 9 juillet 2004 impose que le détail des tarifs pratiqués soit inclus dans le contrat ». Cette clause est donc jugée illicite.

⁹⁷⁰ V. CHOLEY-COMBE Jean-Yves, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion : étude de droit français et de droit comparé*, thèse Aix-Marseille, 1974.

d'obligation pour les parties aux contrats. L'inopposabilité se distingue du réputé non écrit et de la nullité. Tout d'abord, la clause inopposable peut avoir été valablement conclue et continue donc d'exister mais ne produira pas d'effet juridique, elle est en quelque sorte paralysée. À l'inverse, une clause peut être inopposable quand aucun contrat n'a été conclu. C'est le cas des conditions générales de vente envoyées au consommateur après la conclusion du contrat sont inopposables car celui-ci n'a pas pu en prendre connaissance, et le contrat n'est pas non plus formé. À l'inverse, une clause réputée non écrite (telle une clause abusive en droit français), est considérée comme inexistante, tandis qu'une clause nulle (telle une clause illicite en droit français et luxembourgeois, ou une clause abusive en droit luxembourgeois), disparaît rétroactivement.

Le manquement à une obligation légale d'information par le professionnel peut conduire le juge à prononcer l'inopposabilité d'une clause ou plusieurs clauses du contrat⁹⁷¹. L'inopposabilité d'une ou plusieurs clauses d'un contrat permet de restaurer l'équilibre du contrat de consommation en application du principe du consensualisme puisque le consommateur ne sera pas obligé par une information dont il n'avait pas connaissance et pour laquelle il n'avait pas donné son consentement.

325. Plusieurs hypothèses peuvent être citées en droit français. Tout d'abord, le juge a pu sanctionner le manquement par le professionnel à l'obligation précontractuelle d'information par l'inopposabilité d'une clause. Dans une affaire, il a été jugé en application de l'article L. 111-1 du Code de la consommation français qu'un professionnel qui conclut un contrat de location de véhicule automobile avec un consommateur doit l'informer des caractéristiques essentielles du service et donc attirer son attention sur les récentes modifications contractuelles⁹⁷². En l'espèce, une clause du contrat de location restreignait la circulation du véhicule à certains pays. Or, le consommateur était un client habitué de cette société, avait déjà effectué des voyages dans le pays en question et avait informé le professionnel de sa destination. De plus, le juge constate que le professionnel manque à son obligation d'information loyale puisque la clause figurait sur le verso du contrat « *dans une typographie minuscule, de couleur grise, très difficilement lisible* ». Le juge estime que le professionnel ne

⁹⁷¹ V. FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 1992, n° 592 et s.

⁹⁷² CA Paris, 24 sept. 1999, RG n° 1997/06108, JurisData n° 1999-024420.

peut pas reprocher au consommateur d'avoir utilisé la voiture dans ce pays étranger⁹⁷³, ce qui revient à déclarer la clause de restriction inopposable. Ainsi Mme Hélène Claret conclut que le manquement à l'article L. 111-1 du Code de la consommation peut se traduire par l'inopposabilité des clauses du contrat « *spécialement lorsque le consommateur a, du fait du caractère défectueux de l'information, méconnu ses propres obligations* »⁹⁷⁴. En l'espèce, l'inopposabilité de la clause rééquilibre le contrat en permettant que la responsabilité du consommateur ne puisse pas être engagée pour l'inexécution d'une obligation contractuelle dont il n'avait pas connaissance⁹⁷⁵.

326. Ensuite, le contrat de crédit immobilier⁹⁷⁶ français⁹⁷⁷ peut être cité⁹⁷⁸. L'article L. 313-29 [L. 312-9, alinéa 1, point 1°] du Code de la consommation, édicte une information spécifique

⁹⁷³ Le client était tombé en panne dans ce pays et avait envoyé la facture du véhicule de remplacement au professionnel qui l'avait prise en charge. La société appelante prétendait notamment que le locataire avait commis une faute en se rendant dans ce pays, ce qui aurait joué un rôle déterminant dans la panne du véhicule.

⁹⁷⁴ CLARET Hélène, « Fasc. 10 : Contrats et obligations », n° 70.

⁹⁷⁵ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 593 : « [l]es juges décident qu'une clause est inopposable à un contractant lorsqu'elle n'a pas été connue de lui ». L'auteur ajoute que cette situation se rencontre surtout en matière de contrats d'adhésion puisque « [l]a lecture du contrat devient en effet de moins en moins systématique lorsque l'on sait que l'on n'a pas le pouvoir d'en modifier les clauses ».

⁹⁷⁶ Ce prêt permet de financer l'acquisition ou la construction d'un immeuble d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, l'acquisition d'un terrain ou à financer des travaux de réparation, d'amélioration ou d'entretien lorsque le montant du crédit est égal ou supérieur à 75 000 euros (C. consom. fr., art. L. 313-1 [anc. art. L. 312-2]).

Il faudra attendre la transposition de la directive n° 2014/17/UE sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel doit être transposée (dir., art. 3, paragr. 1, point b : « *La présente directive s'applique [...] aux contrats de crédit destinés à permettre l'acquisition ou le maintien de droits de propriété sur un terrain ou un immeuble existant ou à construire* ». La directive s'applique également aux crédits garantis par une hypothèque (point a)). La directive 2014/17/UE du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel va harmoniser les droits français et luxembourgeois concernant la réglementation des contrats de crédits immobiliers. Elle s'applique aux crédits immobiliers et aux crédits garantis par une hypothèque (dir., art. 1). Elle est d'harmonisation minimale (dir., art. 2, paragr. 1) sauf en ce qui concerne les obligations d'information précontractuelles (paragr. 2). Là encore, le choix des sanctions est laissé aux États membres (dir., art. 38, paragr. 1). Les États membres ont jusqu'au 21 mars 2016 pour transposer la directive dans leur droit interne (dir., art. 42). Le Gouvernement luxembourgeois a précisé que « [l]a transposition de la directive, qui relève de la compétence du Ministère des Finances, se fera en étroite concertation avec le Ministère de l'Économie pour ce qui est des aspects qui touchent au droit de la consommation. Il est envisagé de transposer la directive dans une loi à part. Le dépôt du projet de loi est prévu pour mars 2015 » (Rapport sur la transposition des directives européennes et l'application du droit de l'UE, 16 mai 2014, Le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg, p.32).

⁹⁷⁷ À défaut d'avoir trouvé des dispositions spéciales relatives au contrat de crédit immobilier en droit luxembourgeois, le droit commun du contrat de prêt s'applique (C. civ. lux., art. 1892 à 1902 et art. 1905 à 1914).

⁹⁷⁸ L'ancien article L. 311-12 du Code de la consommation français prévoyait une obligation d'information similaire (jusqu'au 1er mai 2011, art. modifié par la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, art. 7). Le banquier qui proposait un contrat de prêt à la consommation assortie d'une assurance devait remettre une notice à l'emprunteur comportant un extrait des conditions générales d'assurances, les coordonnées de l'assureur ainsi que les risques couverts et exclus. Cet article ne recevait aucune sanction expresse. Le contenu de cet article a été repris par l'article L. 311-19 du même code. Il reçoit désormais une sanction expresse puisque l'article

à la charge du prêteur lorsque celui-ci propose à l'emprunteur l'adhésion à un contrat d'assurance de groupe. Une notice doit être annexée au contrat de prêt immobilier afin d'expliquer les risques garantis et la mise en œuvre de l'assurance. Ici encore, aucune sanction expresse n'a été édictée. Lorsque cette obligation d'information n'est pas respectée, la jurisprudence admet que les clauses de la notice ne sont pas opposables au consommateur puisqu'il n'en a pas été informé. Il est de jurisprudence constante que les conditions restrictives de garantie, telle une limitation de la durée d'une garantie, non mentionnées dans la notice ne sont pas opposables au consommateur⁹⁷⁹.

Ainsi dans un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 3 juillet 2008⁹⁸⁰, un consommateur avait conclu deux prêts immobiliers, respectivement en octobre 2000 et en mai 2003, ainsi qu'une assurance de groupe. Après la décision de reconnaissance de son invalidité en deuxième catégorie en décembre 2001, le consommateur a sollicité la garantie de l'assureur pour rembourser les deux prêts mais s'est heurté au refus de celui-ci, au motif que le consommateur était uniquement assuré contre le risque décès et invalidité en 3^{ème} catégorie pour le premier emprunt, et contre le risque décès pour le second. L'emprunteur a alors assigné l'assureur en justice afin qu'il soit condamné à exécuter ses obligations contractuelles et subsidiairement pour que sa responsabilité civile délictuelle soit engagée. Par un jugement du 12 octobre 2004, le consommateur est débouté de ses demandes car selon le Tribunal de grande instance de Strasbourg, M. X avait été informé par l'offre préalable que seule l'assurance décès (et non invalidité) pouvait lui être accordée. Il interjette appel de cette décision. Quant au premier prêt immobilier, d'environ 260 000 euros, les juges d'appel estiment que le consommateur avait été effectivement informé de la seule prise en charge du risque décès, par lettre de l'assureur. Cependant, quant au second prêt immobilier de 1 500 000 francs (environ 230 000 euros), les juges constatent qu'aucune notice d'information conforme n'a été remise à l'emprunteur, celui-ci n'était donc pas correctement informé de la nature et l'étendue du risque garantie en cas d'invalidité.

Le juge d'appel estime que la non-prise en charge du risque résultant de l'invalidité ne peut pas être opposée à l'emprunteur et condamne l'assureur à prendre en charge l'intégralité des échéances du prêt à compter du 1^{er} octobre 2001⁹⁸¹. Le contrat ayant été conclu le 5 octobre

R. 341-2 [anc. art. L. 311-49 al. 1] du Code de la consommation prévoit que le prêteur qui omet de respecter ces formalités est puni d'une peine d'amende prévue pour les contraventions de 5^{ème} classe.

⁹⁷⁹ COURTIEU Guy, « Fasc. 18 : Assurances de groupe », n° 83.

⁹⁸⁰ N° RG 07/00763.

⁹⁸¹ « [L]es ASSURANCES DU CRÉDIT MUTUEL ne peuvent opposer à Monsieur X... la non-prise en charge du risque résultant de son invalidité à dater du 1^{er} octobre 2001 en exécution du contrat d'assurance auquel il a été

2000 et le prêt étant remboursable en 180 mensualités c'est-à-dire quinze années, l'assureur est condamné à prendre en charge quatorze années de remboursement soit environ 214 700 euros sur 230 000, soit presque la totalité du prêt. La clause limitant la garantie par l'assureur du prêt immobilier à la 2^{ème} catégorie d'invalidité est donc inopposable à l'emprunteur, obligeant l'assureur à couvrir ce risque.

Cette solution est contestable puisque l'inopposabilité d'une clause ne devrait pas influencer la garantie elle-même mais la mise en œuvre de la garantie puisqu'on ne peut pas imposer à l'assureur de couvrir un risque qu'il n'a pas accepté d'assurer. En l'espèce, l'assureur avait accepté de couvrir une invalidité de 3^{ème} catégorie, autrement dit une invalidité plus grave que celle de 2^{ème} catégorie qui a été reconnue chez l'emprunteur. Le juge considère que l'emprunteur n'a pas été correctement informé du risque couvert et qu'il se croyait assuré.

327. De la même manière, la Cour de cassation française a jugé que la modification contractuelle d'un contrat de communications électroniques, et précisément d'accès à Internet, n'est pas opposable au consommateur lorsque le courriel qui lui a été envoyé ne lui permet pas de comprendre les conséquences de ces modifications, sauf à se livrer à des recherches sur son interface de gestion⁹⁸².

328. Dans les exemples cités, la déclaration d'inopposabilité de la clause semble une sanction satisfaisante au manquement d'une obligation légale d'information puisqu'elle ne requiert pas de condition supplémentaire à sa mise en œuvre autre que le manquement à l'obligation d'information lui-même. Le contrat ayant une utilité pour le consommateur continue d'exister mais sans qu'il soit tenu des obligations dont il n'a pas été pas loyalement informé. Quant à l'inopposabilité des clauses d'un contrat, Muriel Fabre-Magnan ajoute que « *cette annulation partielle du contrat est souvent une sanction bien plus efficace pour l'acceptant, et bien plus redoutable pour l'offrant. En effet, en cas d'annulation totale, l'offrant peut se retirer du contrat et aller le proposer à une autre personne sans en modifier les termes, alors que lorsque l'annulation n'est que partielle, il reste tenu dans le cadre plus désavantageux pour*

admis le 9 août 2000 au titre du prêt de 1. 500. 000 F ; que, par suite, le jugement entrepris sera partiellement infirmé, les A.C.M. étant condamnées à prendre en charge la totalité des échéances de ce prêt à compter du 1er octobre 2001 ».

⁹⁸² Cass. 1^{ère} civ., 2 juill. 2014, n° 13-18062. En l'espèce, le courrier qui renvoyait à l'interface de gestion ne permettait pas au consommateur de comprendre « *qu'à défaut de mettre fin à la relation contractuelle dans un délai de quatre mois, les frais d'activation prévues dans le contrat initial seraient remplacés par des frais de résiliation* ».

lui des lois supplétives »⁹⁸³. L'inopposabilité et le réputé non écrit semblent des mécanismes plus proches que celui de la nullité. En effet, ces deux sanctions font sortir la clause du contrat en laissant perdurer celui-ci.

329. L'action du consommateur pour voir prononcer la sanction d'une obligation légale d'information (sans sanction expresse) est parfois facilitée par le législateur. C'est le cas de l'action en garantie légale de conformité, d'origine européenne, qui comporte un mécanisme de présomption temporaire.

B. Le cas particulier de l'action en garantie légale de conformité

330. M. Wilfrid Jeandidier affirme que les dispositions du Code de la consommation, « *en organisant au premier chef l'information du consommateur, visent par voie de conséquence à sa satisfaction* », autrement dit en la délivrance du bien ou du service escompté⁹⁸⁴. Ainsi l'auteur estime que l'information et la satisfaction du consommateur sont « *deux objectifs complémentaires* »⁹⁸⁵.

331. La réparation ou le remplacement d'un bien, ou à défaut la résolution du contrat peuvent résulter d'un défaut de conformité engendré par un manquement à une obligation légale d'information. Le consommateur pourra alors agir sur le fondement de droit de la consommation qu'est la garantie légale de conformité.

332. D'origine européenne, la garantie légale de conformité est une garantie renforcée au bénéfice des consommateurs⁹⁸⁶ et possède des conditions de mise en œuvre identiques en

⁹⁸³ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 595.

⁹⁸⁴ JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal des affaires*, 5^e éd., Précis Dalloz, 2003, p. 565.

⁹⁸⁵ *Ibid.*

⁹⁸⁶ La garantie légale de conformité est prévue par la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. Cette garantie a vocation à s'appliquer au contrat de vente conclu entre un professionnel et un consommateur portant sur un bien de consommation, autrement dit un objet mobilier corporel (Dir. 1999/44/CE du 25 mai 1999, art. 1^{er}, paragr. 2, point b). L'article 2 de la directive dispose que « *[l]e vendeur est tenu de livrer au consommateur un bien conforme au contrat de vente* » (paragr. 1). La directive a été transposée en droit français et intégrée aux anciens articles L. 211-4 et s. (actuels L. 217-4 et s.) du Code de la consommation français par l'ord. n° 2005-136 du 17 février 2005. Ces articles sont abrogés par l'ord. 2016-301 du 14 mars 2016.

En droit luxembourgeois, les dispositions de la directive ont été transposées par la loi du 21 avril 2004 relative à la garantie de conformité (Mém. A – N° 60 du 29 avr. 2004, p. 938) – loi modifiée par la loi du 20 juill. 2010 (Mém. A – N° 115 du 22 juill. 2010, p. 1964) puis abrogée par la loi du 8 avr. 2011 portant introduction d'un

droits français et luxembourgeois⁹⁸⁷. Le consommateur peut invoquer cette garantie lorsque le défaut de conformité était caché au moment de la conclusion du contrat et existant lors de la délivrance⁹⁸⁸. Conformément au texte de la directive⁹⁸⁹, les législateurs français et luxembourgeois ont établi une présomption d'antériorité du défaut de conformité⁹⁹⁰. En droit français, les défauts qui apparaissent dans un délai de vingt-quatre mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance⁹⁹¹, ce qui est avantageux pour le consommateur puisque ce délai correspond au délai de deux ans imparti au consommateur pour agir⁹⁹². En revanche, en droit luxembourgeois, le délai de présomption de six mois est resté inchangé depuis son introduction par la transposition de la directive en droit luxembourgeois par la loi de 2004.

333. La notion européenne de conformité recouvre la notion de conformité « classique » et celle de vice caché⁹⁹³. En effet, le défaut de conformité peut résulter du fait que le bien ne présente pas les caractéristiques prévues ou que l'acquéreur ne peut pas en faire un usage

Code de la consommation (Mém. A – N° 69 du 12 avr. 2011, p. 1120) – puis intégrés aux articles L. 212-1 et s. du Code de la consommation luxembourgeois. (v. ELVINGER Marc, « La directive 99/44 du 25 mai 1999 et le droit luxembourgeois », *Revue européenne de droit privé*, éd. Kluwer Law International, n° 36 et s.).

⁹⁸⁷ C. consom. fr., L. 217-4 et s. [anc. art. L. 211-4 et s.] ; C. consom. lux., art. L. 212-1 et s.

Remarque : il est intéressant de relever que l'article L. 111-1, paragr. (2), premier alinéa du Code de la consommation luxembourgeois dispose que la description qui est faite du bien ou du service dans des documents et moyens de publicité ou toute déclaration de garantie commerciale y relative effectuée au moment de la publicité ou communiquée au consommateur sont réputées faire partie intégrante du contrat relatif à ce bien ou service. Ainsi le dernier alinéa du même article dispose que si le bien ou service n'est pas conforme à cette description ou déclaration, le consommateur peut demander la résolution du contrat.

⁹⁸⁸ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 235 ; RAVARANI Georges, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasirisie luxembourgeoise, 3^e éd., 2014, n° 714.

⁹⁸⁹ Art. 5, paragr. 3.

⁹⁹⁰ C. consom. fr., art. L. 217-7 [anc. art. L. 211-7] ; C. consom. lux., art. L. 212-6.

⁹⁹¹ C. consom. fr., art. L. 217-7, al. 1 [anc. art. L. 211-7, al. 1]. Le délai est de vingt-quatre mois depuis le 18 mars 2016. En effet, antérieurement à la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (JORF n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400, texte n° 1), ce délai était de « six mois » (modification par l'art. 15 de la loi). Cependant, la présomption d'antériorité pour la vente de biens d'occasion est maintenue à six mois (C. consom. fr., art. L. 211-7, al. 2 ; article abrogé par l'ord. 2016-301 du 14 mars 2016 : nouvel art. L. 217-7, al. 2 à partir du 1^{er} juill. 2016). De plus, il est à noter que la jurisprudence française admet de plus en plus facilement l'antériorité du défaut (CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *op. cit.*, n° 232).

⁹⁹² Dir., art. 5, paragr. 1 ; C. consom. fr., art. L. 217-12 [anc. art. L. 211-12].

⁹⁹³ L'article 8 de la directive précise dans son premier paragraphe que l'exercice de la garantie légale de conformité s'exerce sans préjudice des règles nationales relatives au droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle. Ainsi, elle se cumule avec le droit commun, notamment la garantie légale des vices cachés. Cependant, la présomption d'antériorité des défauts de conformité prévue en droit français (voir note *op. cit.*) peut rendre la garantie légale de conformité plus attractive que l'action des vices cachés (pour laquelle l'antériorité du vice est également une condition de mise en œuvre mais pour laquelle il n'existe pas de présomption). Concrètement le choix de l'action dépendra notamment du moment de l'apparition des vices, le délai pour agir de la garantie légale de conformité étant de deux ans à compter de la délivrance du bien (C. consom. fr., art. L. 217-12 [anc. art. L. 211-12]) et celui de l'action en garantie des vices cachés de deux ans à compter de la découverte du vice (C. civ. fr., art. 1648, al. 1).

habituellement attendu d'un bien semblable⁹⁹⁴. Ainsi, le défaut de conformité d'un bien peut résulter du manquement à une obligation d'information, par exemple d'une information inadéquate sur les caractéristiques d'un bien⁹⁹⁵. M. Thomas Wilhelmsson déduit de l'article 2 de la directive sur certains aspects de la vente et des garanties de consommation une obligation d'information⁹⁹⁶. En effet, cet article dispose que si les biens ne sont pas propres aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type et s'ils ne présentent pas la qualité d'un bien de même type à laquelle le consommateur peut raisonnablement s'attendre, le vendeur a l'obligation d'en informer le consommateur⁹⁹⁷. L'auteur en déduit que le vendeur a l'obligation de fournir au consommateur une information suffisamment spécifique concernant une caractéristique problématique des biens qui ne correspond pas à l'attente légitime du consommateur. À défaut, cette absence ou insuffisance d'information peut aboutir à une non-conformité⁹⁹⁸. Cette obligation d'information recoupe en partie le contenu de l'obligation d'information générale précontractuelle prescrite par les articles L. 111-1 des codes de la consommation français et luxembourgeois relative aux caractéristiques essentielles du bien.

334. Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence⁹⁹⁹ peut en constituer une illustration malgré la particularité de la motivation du juge. Dans cette affaire, un couple de consommateur avait commandé un canapé en cuir à « *assises mousses fermes* ». Or, moins de six mois après la livraison les acquéreurs avaient constaté l'affaissement de l'assise des coussins. Ils avaient alors assigné le vendeur en résolution du contrat, demande à laquelle fit droit le juge de première instance¹⁰⁰⁰. La société fit appel de cette décision. À cette occasion,

⁹⁹⁴ C. consom. fr., art. L. 217-5 [anc. art. L. 211-5] ; C. consom. lux., art. L. 212-4.

⁹⁹⁵ POILLOT Élise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, thèse, LGDJ, 2004, n° 200 ; WILHELMSSON Thomas, « Private Law Remedies against the Breach of Information Requirements of EC Law » in Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire, Tübingen : Mohr Siebeck, 2003, p. 245 – 265, spéc. p. 257.

⁹⁹⁶ Dir. 99/44/CE, art. 2, paragr. 2, a), art. 2, paragr. 2, d) et art. 2 paragr. 3.

⁹⁹⁷ Selon notre traduction. Passage original : « *This could also be formulated as a disclosure rule : if the goods do not fulfil the requirements of the « fit for normal purposes test » and the « normal quality and consumer expectations » test, the seller is obliged to inform the consumer thereof* » (WILHELMSSON Thomas, *op. cit.*, p. 256).

⁹⁹⁸ Selon notre traduction. Passage original : « *If the seller does not fulfil his obligation to give sufficiently specific information concerning a problematic characteristic of the goods which does not correspond to the consumer's legitimate expectations and the resulting non-conformity cannot be repaired and is not minor, the consumer can withdraw from the contractual relationship by claiming rescission* » (WILHELMSSON Thomas, *op. cit.*, p. 257).

⁹⁹⁹ CA Aix-en-Provence, 8 déc. 2011, JurisData n° 2011-032349.

¹⁰⁰⁰ TI Aix-en-Provence, 3 sept. 2010, n° 11-09-1873. Les acquéreurs doivent restituer le canapé et le vendeur le prix du bien.

les consommateurs demandèrent la confirmation du jugement de première instance au motif que le canapé n'était pas conforme aux caractéristiques prévues au contrat, qu'il présentait des vices cachés et que le professionnel était tenu d'une obligation précontractuelle d'information sur les caractéristiques essentielles du bien vendu. Le juge d'appel a fait application de l'article L. 111-1 du Code de la consommation et d'un raisonnement en plusieurs temps. Tout d'abord il a constaté qu'il ne pouvait pas se prononcer sur un éventuel défaut de conformité car « *l'absence de précision concernant les caractéristiques de la mousse employée ne permet pas d'apprécier la conformité du bien livré au bien commandé* ». Il précise ensuite qu'« *à supposer que ce phénomène d'affaissement, parfaitement visible sur les photographies produites aux débats, soit la conséquence normale des matériaux utilisés, il apparaît que l'absence de mention des caractéristiques des mousses du canapé sur le bon de commande et l'absence d'information sur l'évolution possible des assises a trompé les consommateurs qui souhaitaient des assises fermes et n'auraient pas acquis ce mobilier ou en auraient donné un prix moindre s'ils avaient eu connaissance de ces éléments* ». Le juge exclut alors la présence d'un vice caché et conclut au vice du consentement des acheteurs, *a priori* pour erreur (par déduction puisque aucune manœuvre n'est dénoncée ou constatée) et confirme ainsi la nullité du contrat. L'anéantissement rétroactif du contrat est une solution qui répond à la demande des consommateurs mais la motivation du juge n'est pas satisfaisante. En effet, aucun élément de preuve en faveur d'une erreur vice du consentement n'est apporté (pour la raison que ce fondement n'était pas un moyen des consommateurs). Le juge semble sanctionner la non-conformité du produit par le biais d'un vice du consentement. Nous pensons que le juge aurait pu résoudre la vente pour défaut de conformité puisque si le bon de commande mentionne une assise en mousse ferme, le consommateur peut légitimement s'attendre à ce que les coussins ne s'affaissent pas dans les six mois de l'acquisition du canapé. En effet, la conformité de la chose s'entend également des « *qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre eu égard aux déclarations publiques faites par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage* »¹⁰⁰¹. En l'espèce, le canapé livré est non conforme au contrat car la caractéristique promise était une assise ferme. Le professionnel n'a pas informé les consommateurs de la réelle qualité des coussins (mous), ce qui a engendré la non-conformité du canapé livré. On peut affirmer que le professionnel connaît les matériaux des biens qu'ils vendent et la qualité de ceux-ci. Le juge n'a pas l'obligation de requalifier la

¹⁰⁰¹ C. consom. fr., art. L. 217-5, 1° [anc. art. L. 211-5, 1°] ; C. consom. lux., art. L. 212-4, point e).

demande mais dans ce cas il aurait été pertinent selon nous de mettre en œuvre la garantie légale de conformité.

335. Il convient de préciser que la résolution du contrat constitue l'ultime remède de la garantie légale de conformité. Selon le texte de la directive, repris par le législateur français, la résolution¹⁰⁰² du contrat est possible si d'une part, les remèdes de mise en conformité du bien, autrement dit la réparation ou le remplacement du bien selon le choix du consommateur, étaient impossibles ou disproportionnés, et si d'autre part, le consommateur n'a pas opté pour une réfaction du prix et sous réserve que le défaut de conformité ne soit pas mineur¹⁰⁰³. Le droit européen, suivi par le droit français, impose donc une hiérarchie des remèdes¹⁰⁰⁴ lorsqu'un bien de consommation présente un défaut de conformité.

336. Étonnement, la position du législateur luxembourgeois n'apparaît pas aussi clairement¹⁰⁰⁵ puisque le Code de la consommation luxembourgeois utilise une « *formule ambiguë* »¹⁰⁰⁶. Tout d'abord, le paragraphe (1) de l'article L. 212-5 du Code de la consommation luxembourgeois dispose que le consommateur peut choisir entre la résolution du contrat ou la réduction du prix mais qu'« [i]l n'y a pas lieu à résolution de la vente ni à la réduction du prix si le professionnel procède au remplacement ou à la réparation du bien ». Ensuite, le paragraphe 2 précise qu'à la place de l'option offerte par le paragraphe 1, le consommateur peut opter entre la mise en conformité du bien, autrement dit la réparation, ou

¹⁰⁰² La nullité a des notions voisines dont la résolution (les autres étant l'inopposabilité et la caducité du contrat (TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit Civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} édition, 2013, n° 82 et s.). La nullité sanctionne l'inobservation d'une condition de formation du contrat et entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat et donc des restitutions réciproques. La résolution produit en principe les mêmes effets que la nullité (anéantissement rétroactif du contrat et restitutions) mais possède un fondement différent puisqu'elle sanctionne l'inexécution des obligations d'une partie à un contrat valablement formé. Ainsi la nullité comme la résolution doivent être prononcés par le juge et impliquent la restitution des obligations déjà exécutées (TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *op. cit.*, n° 654). V. GENICON Thomas, « « Résolution » et « résiliation » dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », SJEG n° 38, 14 sept. 2015, p. 960.

¹⁰⁰³ Dir.1999/44/CE du 29 mai 1999, art. 3 ; C. consom. fr., art. L. 217-9 et L. 217-10 [anc. art. L. 211-9 et L. 211-10].

¹⁰⁰⁴ Laurent Leveneur les décrit comme étant deux remèdes en nature puis deux remèdes en valeur (LEVENEUR Laurent, « Fasc. 1060 : Garantie de conformité des meubles vendus aux consommateurs. – Garantie légale de conformité. – Garantie commerciale », J.-Cl. Conc.-consom., 2015, n° 34 et s.).

¹⁰⁰⁵ C. consom. lux., art. L. 212-5. La loi du 2 avril 2014 portant introduction du Code de la consommation luxembourgeois abroge la loi modifiée du 21 avril 2004 relative à la garantie de conformité (C. consom. lux., art. 2).

¹⁰⁰⁶ RAVARANI Georges, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasicrisie luxembourgeoise, 3^e éd., 2014, n° 720. Selon cet auteur, le législateur luxembourgeois semble avoir souhaité aller au delà du texte européen en n'imposant aucune hiérarchie des remèdes au consommateur. Ceci constituerait un renforcement de ses droits puisqu'il pourrait choisir le remède le plus adapté à sa situation (*op. cit.*).

le remplacement du bien, sauf en cas d'impossibilité ou de disproportion. Georges Ravarani estime que « *la formule semble contradictoire en elle-même en ce sens que, d'une part, le vendeur peut forcer le consommateur à accepter la réparation ou le remplacement mais que, d'autre part, il ne peut le faire qu'à condition que le consommateur ait opté pour la « mise en conformité » et non pour la résolution ni pour la réduction du prix* »¹⁰⁰⁷. Le même auteur conclut qu'« *[o]n est partant très loin d'une véritable option du consommateur entre les différents remèdes légalement prévus en la matière* » puisque « *[...] c'est donc en réalité le professionnel qui dispose d'une première option* »¹⁰⁰⁸, option qui en France est à la disposition du consommateur¹⁰⁰⁹. Dans ce cas, le professionnel sera obligé de s'exécuter dans le mois qui suit la dénonciation du défaut de conformité. S'il ne s'exécute pas, le consommateur luxembourgeois pourra alors choisir entre la réduction du prix ou la résolution du contrat mais seulement si le défaut de conformité n'est pas mineur¹⁰¹⁰.

La rédaction de cet article n'est pas satisfaisante quant à l'objectif d'accessibilité de la loi. On peut en effet douter qu'un consommateur profane comprenne le sens de cet article et les droits qu'il lui attribue. De plus, le législateur et le juge luxembourgeois ont l'obligation de respecter le texte de la directive et ne peuvent s'en écarter. Enfin on peut noter que malgré la clarté du texte français, certains juges en font tout de même une interprétation erronée¹⁰¹¹.

337. En conclusion, l'action en garantie légale de conformité, d'origine européenne et spécifique aux contrats de consommation, peut sanctionner par divers remèdes le manquement à une obligation légale d'information sans sanction expresse. Cette action est parfois effective puisque dans certaines circonstances, aucune preuve supplémentaire n'est demandée. En effet, la non-conformité du produit peut résulter d'un défaut d'information, l'antériorité et le caractère caché du défaut étant présumé pendant six mois en droit luxembourgeois et vingt-quatre mois en droit français, ce qui facilite considérablement

¹⁰⁰⁷ *Op. cit.*, n° 720. L'auteur renvoie au projet de loi, également flou (doc. parl. n° 5193, p. 7 et 14), à la critique de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers dans un avis commun (doc. parl. n° 5193/03, p. 3) selon lequel le texte du Code de la consommation n'est « *absolument pas clair* » et propose que le texte de la directive soit repris, et enfin à l'avis contraire de la Commission de l'Économie, de l'Énergie, des Postes et des Transports qui félicite le Gouvernement d'avoir adopté un « *système plus souple* » que celui prévu par la directive (doc. parl. n° 5193/07, p. 3).

¹⁰⁰⁸ *Op. cit.*, n° 720.

¹⁰⁰⁹ Georges Ravarani précise que même dans le cas où le consommateur viendrait à prendre l'initiative et choisirait entre le remplacement ou la réparation du bien, le professionnel luxembourgeois pourra à l'image du professionnel français, refuser de s'exécuter en cas d'impossibilité ou de disproportion, ce dont il ne se privera pas selon l'auteur (art. L. 212-5, paragr. (2)), (*op. cit.*).

¹⁰¹⁰ Art. L. 212-5, paragr. (1).

¹⁰¹¹ AUBRY Hélène, POILLOT Élise et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Droit de la consommation », D. 2015, p. 588, voir II, A, 3), point a).

l'action du consommateur et permet au remède choisi de produire ses effets réparateurs. Un autre mécanisme original permet de sanctionner la violation d'une obligation légale d'information puisqu'il permet de donner force obligatoire à une information incomplète ou erronée en l'absorbant dans le champ contractuel.

C. *L'exécution forcée du contrat*

338. En application de l'article 1217 [anc. art. 1184, alinéa 2] du Code civil français et de l'article 1184, alinéa 2, du Code civil luxembourgeois, lorsqu'une des parties à un contrat synallagmatique n'a pas exécuté son obligation, son cocontractant peut choisir entre l'exécution forcée de la convention ou sa résolution avec dommages et intérêts. Le maintien du contrat est parfois plus avantageux pour le consommateur¹⁰¹². Se pose alors la question de savoir si la violation d'une obligation d'information peut être sanctionnée par l'exécution forcée. Par exemple, le consommateur qui ne reçoit pas une notice peut en demander l'exécution forcée, puisqu'en vertu des articles 1615 des codes civils français et luxembourgeois, « [I] obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires ». Ces articles permettent une obligation forcée en période contractuelle. Se pose la question de savoir si l'exécution forcée d'une obligation précontractuelle d'information peut être exigée.

Un auteur français, Muriel Fabre-Magnan, a proposé dans sa thèse une sanction originale qui, dans certaines circonstances, permet d'intégrer une obligation d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant (qui sont en majorité des obligations précontractuelles d'information) dans le champ contractuel et d'en obtenir l'exécution forcée.

339. La sanction dénommée « *effet direct de l'information* » est originale de par son champ d'application et les effets qu'elle produit. En effet, cette sanction concerne la violation d'obligations d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant mais entraîne, non pas la responsabilité délictuelle du débiteur de l'obligation, mais sa

¹⁰¹² L'auteur précise que la théorie de l'effet obligatoire présente un avantage lorsque le débiteur de l'obligation d'information souhaite maintenir le contrat. En effet, la question de l'exécution de celui-ci ne se pose plus si les deux parties veulent l'annuler (FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 1992, n° 657). Sur la question de la hiérarchie des sanctions de l'inexécution du contrat (exécution forcée en nature, exécution forcée en équivalent, résolution), v. LAITHIER Yves-Marie, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse, LGDJ, 2004, n° 33 et s. (M. Jean-Marie Laithier s'interroge notamment sur le fait de savoir si une hiérarchie des sanctions de l'inexécution du contrat ne pourrait pas être établie en fonction de leur efficacité économique).

responsabilité contractuelle. L'auteur explique que l'annulation du contrat et/ou l'allocation de dommages-intérêts ne sont pas toujours adéquats, notamment lorsqu'une information erronée ou incomplète est transmise au créancier de l'obligation d'information mais qu'elle est avantageuse. Dans ce cas, il est opportun de maintenir le contrat et d'obtenir son exécution forcée, autrement dit son exécution en nature. La sanction du manquement à une obligation d'information par l'exécution forcée de cette obligation est permise par l'intégration de l'information (erronée ou incomplète) au champ contractuel et se traduit par la mise en conformité du bien ou du service avec l'information (erronée ou incomplète) donnée par le professionnel. Cette sanction proposée dans la thèse de l'auteur en 1992 mérite d'être étudiée afin d'en déduire si elle permet en droit positif de sanctionner le manquement à une obligation légale d'information par son exécution forcée. Afin d'apporter des éléments de réponse il convient tout d'abord de détailler la théorie de « *l'effet obligatoire de l'information* ». Pour ce faire l'ordre de présentation de l'auteur peut être repris. Seront présentés les points suivants : le mécanisme de la sanction, son intérêt, la nature de la responsabilité qu'elle entraîne et l'étendue du préjudice réparable.

340. Dans un premier temps, nous pouvons présenter le mécanisme de cette sanction en précisant son champ d'application, son objectif et ses conditions d'application. Selon Fabre-Magnan, « *l'effet obligatoire de l'information* »¹⁰¹³ sanctionne la transmission d'une information inexacte ou incomplète¹⁰¹⁴. Il est nécessaire de rappeler une des particularités de l'auteur qui opère une distinction fonctionnelle des obligations d'information (contrairement à la doctrine classique française qui utilise un critère chronologique). L'auteur distingue les obligations d'informations dont les éléments ont une incidence sur le consentement de celles dont les éléments ont une incidence sur l'exécution du contrat¹⁰¹⁵. Seules les premières sont sanctionnées par « *l'effet obligatoire de l'information* »¹⁰¹⁶. Ensuite, « *[l]'effet obligatoire de l'information* » s'imposerait lorsque le législateur n'a prévu aucune sanction civile¹⁰¹⁷.

¹⁰¹³ FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Thèse, L.G.D.J, 1992, n° 637 et s.

¹⁰¹⁴ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 498.

¹⁰¹⁵ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 281 et s.

¹⁰¹⁶ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 637. En effet, selon l'auteur la violation d'obligations d'information ayant une incidence sur l'exécution du contrat entraîne « naturellement » la responsabilité contractuelle du débiteur de l'obligation (*op. cit.*, n° 282), il n'y a donc aucun intérêt à leur appliquer la sanction de « *l'effet obligatoire de l'information* ».

¹⁰¹⁷ Ainsi l'auteur cite l'action en cessation qui permet notamment aux associations de consommateurs de demander la suppression de clauses illicites voir abusives « *qui contiendraient de fausses informations destinées*

L'objectif de cette sanction est de « rendre obligatoire l'information erronée transmise par l'une des parties et à élargir ainsi le contenu du contrat »¹⁰¹⁸, l'information erronée est intégrée au champ contractuel et acquiert force obligatoire.

Ainsi les conditions nécessaires à l'élargissement du champ contractuel sont doubles. D'une part, l'attente du créancier de l'information doit être légitime, et d'autre part la réalisation de l'obligation par le débiteur doit être possible. Tout d'abord, le créancier a légitimement pu croire que l'information entrait dans le champ contractuel et qu'elle lui était acquise, ce qui est le cas lorsque l'information est avantageuse. Le créancier de l'obligation d'information doit donc être de bonne foi, ce qui est le cas « s'il pouvait légitimement croire en la force obligatoire de l'information »¹⁰¹⁹, autrement dit que l'information avait une valeur contractuelle. Cela revient, le cas échéant, à faire peser sur le débiteur une obligation de « détromper » le créancier¹⁰²⁰. L'auteur donne l'exemple du créancier de l'obligation d'information qui a pu croire légitimement en l'existence d'une garantie procurée par une assurance¹⁰²¹ ou encore en la véracité du prix très bas d'un voyage¹⁰²². Cependant, lorsque l'information est désavantageuse, cette sanction n'est pas appropriée et l'annulation partielle ou totale et/ou l'allocation de dommages-intérêts sont des sanctions plus efficaces. Ensuite, l'exécution du contrat est possible¹⁰²³ lorsque le débiteur a le pouvoir de l'exécuter, c'est-à-dire dit quand « le débiteur peut matériellement exécuter ses engagements »¹⁰²⁴. C'est le cas

aux consommateurs » (FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 639). Mais parfois le législateur ne prévoit aucune sanction civile.

¹⁰¹⁸ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 640. Selon l'auteur, l'élargissement du champ contractuel peut se faire également d'une manière plus indirecte par l'extension de la notion de document contractuel (n° 676 et s). Sont notamment concernés les documents publicitaires, catalogues et tarifs. En conclusion, « l'effet obligatoire de l'information » peut élargir le champ contractuel soit en modifiant le contenu du contrat (question du contenu du contrat) soit en attribuant la valeur contractuelle à certains documents (question de qualification du contrat).

¹⁰¹⁹ *Op. cit.*, n° 658.

¹⁰²⁰ *Op. cit.*, n° 669.

¹⁰²¹ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 658. V. Plus ci-après l'exemple de l'auteur basé sur un arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 9 juill. 1975.

¹⁰²² *Op. cit.*, n° 660.

¹⁰²³ Pour que l'effet obligatoire de l'information soit possible, autrement dit que l'information soit intégrée au champ contractuel, le contrat doit avoir été valablement formé. Ainsi, l'impossibilité d'exécution doit être relative (elle entraîne seulement la responsabilité du débiteur pour inexécution : « l'impossibilité relative n'est que l'impuissance personnelle d'un individu à remplir son engagement et ne remet pas en cause la validité de celui-ci », n° 667). À l'inverse, l'impossibilité absolue d'exécution aurait pour conséquence l'annulation du contrat pour erreur ou pour dol (« [...] par exemple si un vendeur déclare que le tableau présenté et vendu est d'un peintre célèbre, ou encore si le vendeur déclare que la maison vendue est très calme alors qu'il y a un projet de construction d'autoroute à cent mètres », n° 665). De plus, « l'impossibilité de l'exécution doit être antérieure ou, au plus tard, concomitante à l'échange des consentements » (l'auteur explique que si l'impossibilité de l'exécution était postérieur à l'échange des consentements il s'agirait alors d'une inexécution du contrat) – souligné par nous.

¹⁰²⁴ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 664. L'auteur cite l'exemple du vendeur qui déclare qu'un livre a appartenu à un personnage célèbre. Il lui est impossible pour le vendeur de réaliser cette information (n° 665). En l'espèce, « ce qui peut être reproché au débiteur, c'est [...] d'avoir, sciemment, transmis une information

selon l'auteur lorsque le vendeur promet des tuiles résistantes en montagne mais qu'elles se révèlent gélives¹⁰²⁵. La réunion de ces conditions indique qu'il s'agit bien de l'inexécution du contrat et le vendeur devra exécuter en nature la promesse qu'il a faite. Le créancier de l'obligation d'information peut alors demander l'exécution du contrat en nature ou en dommages-intérêts contractuels¹⁰²⁶.

341. Après avoir rappelé le mécanisme de « *l'effet obligatoire de l'information* », nous pouvons en présenter l'intérêt, la nature de la responsabilité qui en découle ainsi que l'étendue du préjudice réparable. « *L'effet obligatoire de l'information* » erronée ou incomplète est une sanction intéressante puisqu'adaptée au dommage. Muriel Fabre-Magnan explique qu'« [i]l nous paraît opportun de déterminer le régime juridique, la sanction de l'obligation d'information, en fonction des conséquences de la violation de cette obligation pour son créancier, c'est-à-dire pour le destinataire de l'information », afin que la « sanction [soit] adaptée au dommage réellement subi par ce créancier [...] »¹⁰²⁷. L'auteur continue d'expliquer que l'efficacité de « *l'effet obligatoire de l'information* » réside dans le fait que le débiteur est contraint d'exécuter le contrat dans les termes qu'il a énoncés et que le créancier peut ainsi en demander l'exécution¹⁰²⁸ : le mécanisme de « *l'effet obligatoire de l'information aboutit à faire peser sur le débiteur de l'obligation de mettre la réalité en conformité avec l'information transmise* »¹⁰²⁹ ; « [l]a réparation proposée consiste alors, plutôt que de sanctionner la transmission d'une information non conforme à la réalité, à faire en sorte que la réalité soit conforme à l'information transmise et qui était favorable à son destinataire »¹⁰³⁰. Muriel Fabre-Magnan conclut que « *cette sanction [...] en réalité, constitue une sorte de contrat imposé* »¹⁰³¹.

L'intégration de l'information au champ contractuel permet au créancier de l'obligation d'information d'en demander l'exécution. La nature de la responsabilité du débiteur de

qu'il s'avait être fausse ». En l'espèce, le vendeur a donc vicié le consentement de l'acheteur, créancier de l'information et ne peut pas être condamné pour inexécution d'une obligation contractuelle (n° 665).

¹⁰²⁵ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 665.

¹⁰²⁶ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 669.

¹⁰²⁷ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 281.

¹⁰²⁸ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 680. L'auteur fait un parallèle entre la théorie de « *l'effet obligatoire de l'information* » et la théorie de l'apparence. Les deux théories ont pour conséquence de faire produire des effets de droit à une situation de fait (lorsque le créancier ou bénéficiaire des obligations ou droits créés est de bonne foi). Cependant, la première est un mécanisme ayant vocation à protéger le cocontractant tandis que la deuxième est destinée à protéger les tiers (n° 683 et s. spécifiquement n° 685).

¹⁰²⁹ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 664 et s.

¹⁰³⁰ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 643.

¹⁰³¹ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 680.

l'obligation d'information est donc contractuelle : « [l]orsque l'information transmise a un effet obligatoire, elle se trouve incluse dans le champ contractuel, et son absence est donc logiquement sanctionnée sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Le créancier peut donc demander l'exécution en nature ou des dommages-intérêts contractuels »¹⁰³².

En découle la question du préjudice réparable¹⁰³³. L'auteur en déduit que la sanction « conduit à garantir au créancier la qualité faussement promise par le débiteur »¹⁰³⁴. Par exemple la Cour de cassation a pu confirmer que « la réparation du préjudice né du manquement d'une compagnie d'assurance à son devoir d'information et de conseil vis-à-vis de son client correspondant à l'absence de couverture du risque, pouvait être du montant de la couverture de ce risque »¹⁰³⁵. Ainsi « par l'effet obligatoire de l'information transmise, la simple obligation d'informer sur les limites de l'assurance souscrite doit s'analyser en une obligation de détromper l'adhérent sur les limites de celle-ci ; elle est donc également une obligation d'assurer l'adhérent dans la mesure de l'attente légitime de ce dernier »¹⁰³⁶.

Enfin Muriel Fabre-Magnan explique qu'en l'état du droit au moment de la publication de sa thèse en 1992, cette solution n'a jamais été consacrée en jurisprudence mais que certaines décisions s'en inspirent¹⁰³⁷. « L'effet obligatoire de l'information » constitue notamment un fondement plus adapté à ces décisions¹⁰³⁸, par exemple pour qualifier la responsabilité du débiteur de l'obligation d'information de contractuelle, par rapport à la justification de la Cour de cassation française qui, pour arriver à une solution identique, affirme systématiquement le caractère contractuel de l'obligation de conseil¹⁰³⁹ ou découvre l'existence d'un avant-contrat de conseil¹⁰⁴⁰.

¹⁰³² FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 669. L'auteur précise que « [m]ême si la condamnation du débiteur se traduit par l'allocation de dommages-intérêts, la sanction résultant de l'effet obligatoire de l'information est efficace » (*op. cit.*, n° 681). Muriel Fabre-Magnan explique que l'allocation des dommages-intérêts délictuels est une sanction aléatoire. En revanche, l'application de la théorie de « l'effet obligatoire de l'information », « le demandeur aurait davantage de chances d'obtenir un montant juste de dommages-intérêts, c'est-à-dire correspondant exactement au préjudice qu'il a effectivement subi ».

¹⁰³³ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 670 et s.

¹⁰³⁴ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 670.

¹⁰³⁵ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 671.

¹⁰³⁶ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 674. L'auteur explique ici les similitudes des sanctions encourues pour la violation de « l'obligation d'assurer correctement autrui et l'obligation de l'informer sur les limites de l'assurance souscrite ». L'auteur explique que si l'assureur n'a pas l'obligation légale d'assurer ses clients contre tous les risques, il est tenu de les informer de la limite de l'assurance qu'ils ont contractée. Par l'effet obligatoire de l'information, les sanctions encourues dans les deux cas sont similaires : l'obligation d'assurer.

¹⁰³⁷ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 644 et s., et n° 682.

¹⁰³⁸ *Op. cit.*, n° 644 et s. et n° 669.

¹⁰³⁹ *Op. cit.*, n° 644.

¹⁰⁴⁰ Les juges français motivaient leurs décisions sur divers fondements dont la force obligatoire du contrat (C. civ., art. 1103 [anc. art. 1134, al. 1]), la responsabilité contractuelle (C.civ., art. 1231-1 [anc. art. 1147]), l'existence d'une obligation de conseil ou la découverte d'un avant-contrat de conseil, etc. Cependant, l'auteur

342. Après avoir évoqué les éléments constitutifs de la théorie de « *l'effet obligatoire de l'information* », nous pouvons nous demander si elle trouve à s'appliquer dans l'hypothèse que nous envisageons. La question est de savoir si cette sanction originale trouve à s'appliquer en droit positif au manquement par un professionnel à une obligation légale d'information dans un contrat de consommation qui ne reçoit pas de sanction spécifique, et dans l'affirmative si elle présente un intérêt. Pour répondre à cette interrogation il convient d'analyser si le champ d'application et les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la théorie sont présents en l'espèce.

A priori notre hypothèse est concernée par la théorie de « *l'effet obligatoire de l'information* » proposée par Fabre-Magnan puisque leur champ d'application semble coïncider. En effet la théorie s'applique lorsque le législateur n'a pas prévu de sanction civile à la violation des obligations d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant¹⁰⁴¹. C'est le cas de notre hypothèse dans laquelle diverses obligations légales d'informations précontractuelles françaises et luxembourgeoises, ayant une incidence sur le consentement, ne reçoivent aucune sanction expresse, tel le manquement aux articles L. 111-1 des Codes de la consommation français¹⁰⁴² et luxembourgeois.

Ensuite, les conditions nécessaires à l'application de cette théorie sont la croyance légitime du créancier de l'obligation d'information en la valeur contractuelle de l'information et la possibilité pour le débiteur de l'obligation de réaliser l'information erronée ou incomplète transmise. En l'espèce, on pourrait penser que la croyance du consommateur en la valeur contractuelle de l'information découle de l'origine légale de l'obligation d'information et donc qu'elle est systématiquement légitime dans ces circonstances. En d'autres termes, il pèse sur le professionnel une obligation d'information mais le consommateur sachant que cette obligation est imposée par la loi va comprendre et considérer que le professionnel a l'obligation de réaliser cette obligation. Cependant, encore faut-il que le consommateur ait connaissance de l'origine légale de cette information, ce dont on peut douter. Le critère de l'information avantageuse de Mme M. Fabre-Magnan peut alors être appliqué. On peut donc raisonnablement penser que le consommateur croira légitimement qu'une information avantageuse possède une valeur contractuelle, une force obligatoire. Ensuite, nous avons vu

indique que parfois les arrêts ne précisent même pas le fondement de la responsabilité mise en œuvre (*op. cit.*, n° 659).

¹⁰⁴¹ *Op. cit.*, n° 637.

¹⁰⁴² Rappel : la loi Hamon du 17 mars 2014 a introduit la possibilité de prononcer une amende administrative.

que le pouvoir du débiteur de l'obligation d'information de réaliser l'information est une des conditions nécessaires à l'application de la théorie de « *l'effet obligatoire de l'information* ». Or l'auteur a pu expliquer que si l'impossibilité d'exécution du débiteur peut être relative, elle ne peut être absolue, situation qui selon les exemples cités par l'auteur correspond à la présence d'une erreur ou d'un dol (la seule sanction, et celle qui est la plus adaptée, est alors l'annulation du contrat puisque l'information n'est pas réalisable). La comparaison entre le champ d'application, les conditions de mise en œuvre de la théorie de « *l'effet obligatoire de l'information* » et l'hypothèse que nous étudions révèle cette sanction spéciale trouverait à s'appliquer. Il convient à présent d'étudier si cette théorie présente un avantage dans le cas que nous étudions.

343. L'intérêt de « *l'effet obligatoire de l'information* » réside dans l'intégration de l'information ayant une incidence sur le consentement (du créancier de l'obligation) au champ contractuel, afin de pouvoir en demander l'exécution forcée, autrement dit une mise en conformité avec l'information erronée ou incomplète transmise. La question de savoir si cette sanction est applicable au manquement d'une obligation légale d'information dans un contrat de consommation revient à se demander si une information légale ayant une incidence sur le consentement, donc principalement précontractuelle, que le professionnel doit transmettre au consommateur, est considérée ou non, de par sa nature, comme faisant partie du contrat. *A priori* nous devons répondre par l'affirmative. Diverses législations, notamment d'origine européenne, précisent que les informations précontractuelles transmises au consommateur font partie intégrante du contrat¹⁰⁴³. De plus, certains exemples évoqués par l'auteur¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴³ L'article L. 224-77 [anc. art. L. 121-67] du C. consom. français et l'article L. 223-5, paragr. (2) du C. consom. luxembourgeois disposent que les informations précontractuelles relatives aux contrats d'utilisation de biens à temps partagé, de produit de vacances à long terme, de revente et d'échange font partie intégrante du contrat. De la même manière, l'art. L. 111-1, paragr. (2), al. 1, du C. consom. luxembourgeois dispose que « *toutes descriptions des caractéristiques et qualités d'un bien ou service faite dans les documents et moyens de publicités, de même que toute déclaration de garantie commerciale y relative effectuée au moment de la publicité ou communiquée au consommateur, sont réputées faire partie intégrante du contrat relatif à ce bien ou à ce service [...]* » (l'article précise que ce principe s'applique que la publicité émane du fabricant, du détenteur, de l'exploitant de la marque ou de tout autre professionnel situé en amont du professionnel contractant). Toujours en droit luxembourgeois, les informations précontractuelles relatives au contrat à distance font partie intégrante du contrat (C. consom. lux., art. L. 222-3, paragr. (5)). Il en va de même pour les contrats conclus hors établissement (C. consom. lux., art. L. 222-6, paragr. (5)).

Ces dispositions sont souvent d'origine européenne (c'est le cas pour l'ex. cité en droit luxembourgeois relatif aux contrats à distance et hors établissement : dir. 2011/83/UE du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, no le cas concernant art. 6, paragr. 5). Peut également être citée la directive 90/134/CEE du Conseil du 13 juin 1990 relative aux voyages, vacances et circuits à forfait qui prévoit que l'information préalable faite à l'acheteur (brochure) engage l'organisateur ou le détaillant (dir., art. 3, paragr. 1, der. al.) – des modifications sont possibles selon les cas soit si le consommateur en a été informé ou s'il a donné son accord.

relatifs la garantie des vices cachés en 1992 correspondent en droit positif à des situations de non-conformité¹⁰⁴⁵ et peuvent être résolues par des actions qui aboutissent au même résultat que « *l'effet obligatoire de l'information* », c'est-à-dire la mise en conformité, puisque le produit fourni est mis en adéquation avec l'information erronée ou incomplète fournie. Il s'agit de l'obligation de délivrance conforme de droit commun dont l'exécution forcée est possible, et de la garantie légale de conformité dans les contrats de consommation dont les premiers remèdes sont la réparation ou le remplacement du bien¹⁰⁴⁶. Mais l'avantage de cette sanction spéciale est qu'elle s'inscrit dans le cadre de la responsabilité contractuelle, dont les éléments de preuve apparaissent plus simple à apporter que ceux des actions précitées.

344. L'auteur envisage l'hypothèse de la transmission positive d'une information incomplète ou erronée. La question est de savoir si la sanction originale proposée est applicable lorsque le professionnel garde une information sous silence, autrement dit qu'il transmet une information incomplète ou erronée par omission. Il convient de vérifier ce raisonnement à l'aide de deux exemples cités par l'auteur.

345. La théorie de « *l'effet obligatoire de l'information* » présente un intérêt dans le cas du silence gardé par le vendeur car elle permettrait l'exécution forcée de l'information non transmise plutôt que l'annulation du contrat pour réticence dolosive : « [a]insi, par exemple, si un acheteur déclare au vendeur qu'il achète des tuiles uniquement parce qu'elles lui semblent résister au gel, le silence du vendeur équivaut à une approbation de l'affirmation du client. L'information ainsi transmise implicitement par le vendeur pourra alors éventuellement avoir un effet obligatoire »¹⁰⁴⁷. Le fait pour le professionnel de ne pas informer le consommateur quant aux caractéristiques essentielles des tuiles constitue un manquement à l'obligation précontractuelle générale édictée par l'article L. 111-1 du Code de la consommation. De plus, s'il connaissait l'importance pour le consommateur du caractère non gélif des tuiles (dans ce cas l'acheteur l'en informe mais un professionnel a l'obligation de se renseigner sur les

¹⁰⁴⁴ Dans ces exemples nous ne savons pas toujours si le professionnel contracte avec un consommateur. Cependant dans notre réflexion nous nous basons sur un contrat de consommation.

¹⁰⁴⁵ V. not. le bref rappel de la jurisprudence de la Cour de cassation française quant à la garantie des vices cachés et la non-conformité. La thèse de l'auteur est antérieure au revirement de la Cour de cassation française en date de 1993.

¹⁰⁴⁶ La garantie des vices cachés peut également être mise en œuvre en cas de non-conformité. Cependant, elle ne permet pas l'exécution forcée du contrat puisque le consommateur a seulement le choix entre l'action estimatoire (la réduction du prix) et l'action rédhibitoire (la résolution du contrat).

¹⁰⁴⁷ FABRE-MAGNAN Muriel, *op. cit.*, n° 654.

besoins du consommateur), le consommateur pourrait demander l'annulation du contrat et/ou l'allocation de dommages-intérêts pour erreur (sur la substance, commune, excusable et déterminante) ou dol. Or ces solutions ne sont pas satisfaisantes puisqu'elles ne permettent pas l'exécution forcée de l'information (l'allocation de dommages-intérêts délictuels n'est pas satisfaisante selon Muriel Fabre-Magnan puisqu'elle est aléatoire et ne répare pas le préjudice réellement subi). La sanction originale proposée par l'auteur semble donc s'appliquer lorsqu'une information incomplète ou erronée est transmise, par action ou par omission du professionnel.

Prenons ensuite l'exemple relatif à la vente d'une peinture¹⁰⁴⁸. L'auteur explique que « [I] *élément réellement fondamental en l'espèce tient à ce que le vendeur avait expressément préconisé l'utilisation de cette peinture en affirmant qu'elle était adaptée aux besoins de l'acheteur. Conseillant l'acheteur, il lui avait certifié l'adéquation de la chose achetée à ses besoins préalablement définis. Il lui avait donc, en pratique, transmis une information erronée* »¹⁰⁴⁹. Or la peinture « *disparut de certains endroits et se décolora partiellement dans d'autres* ». Ainsi, « *le fait d'avoir conseillé expressément l'utilisation d'une certaine peinture avait obligé le vendeur à garantir à l'acheteur l'adéquation de cette peinture à ses besoins, obligation de garantie qui était entrée dans le champ contractuel et dont l'inexécution devait être sanctionnée sur le fondement de la responsabilité contractuelle* ». En droit positif, ce litige pourrait être résolu par l'action fondée sur l'obligation de délivrance conforme de droit commun ou l'action en garantie légale de conformité de droit de la consommation. Les deux actions peuvent être intentées si le défaut du bien apparaît après la livraison. C'est le cas lorsque le défaut de la peinture se révèle au moment de son application, voir après un certain temps de séchage¹⁰⁵⁰. Cela peut également être illustré par la livraison de graines dont la conformité peut être indécélable à la livraison et dont il faudra attendre la pousse.

346. D'autres litiges que ceux relatifs à la non-conformité d'un bien sont cités par l'auteur. Ces situations en question reflètent particulièrement la théorie de l'apparence et concerne surtout les questions d'assurance. Ces situations pourraient correspondre à un manquement de

¹⁰⁴⁸ L'affaire concernait un contrat conclu entre deux professionnels.

¹⁰⁴⁹ *Op. cit.*, n° 645.

¹⁰⁵⁰ En l'espèce il pourrait y avoir une discussion sur le fait de savoir si la décoloration de la peinture constitue un vice caché ou un défaut de conformité du produit. Cependant la question importe peu puisque dans le cas d'un conflit de consommation, la garantie légale de conformité peut être mise en œuvre dans ce cas, la notion de défaut de conformité qu'elle retient étant large, recouvrant à la fois un défaut de conformité classique et/ou une défectuosité.

l'article L. 111-1 du Code de la consommation qui impose notamment à tout professionnel de communiquer au consommateur, préalablement à la conclusion du contrat, les informations relatives aux caractéristiques essentielles du bien ou du service dont fait partie l'existence et la mise en œuvre des garanties ou autres conditions contractuelles d'un contrat d'assurance conclu avec un consommateur. Dans une autre affaire citée par l'auteur, des époux avaient conclu un contrat de voyage en Grèce comprenant la location d'une voiture « assurance tout risque incluse ». Dans ce cas « *[l]es époux peuvent légitimement penser qu'ils seront garantis au cas où l'un d'eux serait victime d'un accident dont l'autre se rendrait responsable en conduisant la voiture* ». En effet, l'auteur explique que l'assurance doit être entendue comme comprenant l'assurance obligatoire de la responsabilité du conducteur à l'égard des tiers, « tiers » comprenant en droit français, mais non en droit grec, les membres de la famille. Dans un arrêt du 30 mars 1989, « *[...] la Cour d'appel [de Paris] [...] déduit qu'une agence de voyages engage [...] sa responsabilité en ne faisant état, par une formule inexacte et incomplète, d'aucune limitation de garantie ni d'aucune exclusion des personnes transportées et sans attirer l'attention du client sur l'intérêt de souscrire une assurance complémentaire* ». L'auteur explique que « *[p]uisque les époux pouvaient légitimement croire que leur responsabilité envers l'autre était assurée, cette information avait acquis un effet obligatoire et était donc entrée dans le champ contractuel. Dès lors, si l'agence de voyage voulait l'en exclure, elle aurait dû en faire une mention expresse, et ce afin de détromper ses clients* ». « *La Cour d'appel condamne au demeurant l'agence à une réparation intégrale consistant à faire comme si les époux étaient bien assurés : « l'agence de voyage doit répondre intégralement du défaut de garantie en relation de causalité directe avec l'information inexacte qu'elle a donnée »* »¹⁰⁵¹. Cette situation illustre l'intérêt de « *l'effet obligatoire de l'information* » qui permet de sanctionner l'omission d'une information ayant une incidence sur le consentement par son exécution forcée et non par l'annulation du contrat, lorsque les obligations légales d'information spécifiques au droit des assurances et aux contrats de voyages à forfait, ou autre selon les litiges, ne reçoivent pas de sanction civile expresse. C'est le cas de l'obligation d'information prévue à l'article L. 112-2 du Code des assurances français qui oblige l'assureur à remettre une fiche d'information sur les prix et les garanties à l'assuré, ainsi qu'un exemplaire du projet de contrat ou une notice d'information pour laquelle le législateur n'a prévu aucune sanction. La jurisprudence française sanctionne l'inobservation de cette obligation d'information par l'inopposabilité des clauses restrictives

¹⁰⁵¹ *Op. cit.*, n° 659.

non portées à la connaissance de l'assuré¹⁰⁵². De plus, l'article L. 112-4 du Code des assurances français impose l'insertion de mentions dans la police d'assurance ainsi que, sous peine d'invalidité, la rédaction en caractères très apparents de certaines d'entre elles. Seule une partie de l'obligation d'information reçoit une sanction expresse. De la même manière, l'article 10 de la loi luxembourgeoise modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance¹⁰⁵³ impose à l'assureur de fournir au preneur d'assurance de nombreuses informations avant la conclusion du contrat¹⁰⁵⁴. Le législateur luxembourgeois prévoit uniquement une sanction préventive. L'article 62-11 de la même loi prévoit que peut être ordonnée toute mesure à faire cesser tout acte contraire à la présente loi. Le fait pour la jurisprudence française de déclarer inopposables les causes restrictives dans les contrats d'assurance qui n'ont pas été portées à la connaissance du souscripteur. Ainsi la clause restrictive ne produit pas d'effets juridiques et revient à imposer à l'assureur à couvrir le consommateur.

347. En conclusion, la sanction de « *l'effet obligatoire de l'information* » conserve un intérêt relatif en droit positif. Il convient de distinguer deux situations. Tout d'abord, les litiges relatifs aux défauts de conformité ou aux vices cachés peuvent aujourd'hui être résolus par l'action découlant de l'obligation du vendeur de délivrance conforme du droit commun¹⁰⁵⁵ ou la garantie légale de conformité du droit de la consommation¹⁰⁵⁶. Dans ce cas, la théorie de Muriel Fabre-Magnan semble présenter un intérêt uniquement lorsque le consommateur se heurte à des difficultés probatoires liées aux conditions de mise en œuvre des actions précitées.

Ensuite, la sanction originale proposée par l'auteur semble également conserver un intérêt en droit positif lorsque le professionnel aurait dû détromper ou clarifier la situation du cocontractant quant à l'existence ou le champ d'application d'une assurance, ce qui pourrait

¹⁰⁵² Cass. 2^{ème} civ., 5 févr. 2004, n° 01-03585 et n° 02-15383 ; Cass. 2^{ème} civ., 24 nov. 2011.

¹⁰⁵³ Loi luxembourgeoise modifiée du 27 juill. 1997 sur le contrat d'assurance, art. 10 (Mém. A – N° 65, p. 2048 – version mise à jour dans le recueil des lois spéciales, vol. 1, p. 3, sur le site www.legilux.public.lu).

¹⁰⁵⁴ Des informations précontractuelles complémentaires sont dues lorsque le contrat d'assurance est conclu à distance (L. du 27 juill. 1997, art. 62-1).

¹⁰⁵⁵ Le manquement à cette obligation permet au consommateur de demander l'exécution forcée du contrat ou sa résolution et/ou des dommages et intérêts.

¹⁰⁵⁶ Cette garantie d'origine européenne offre au consommateur une hiérarchie des remèdes : la réparation ou le remplacement du bien, ou à défaut la restitution d'une partie du prix ou la résolution du contrat.

correspondre à la violation de l'actuel article L. 111-1 du Code de la consommation¹⁰⁵⁷, prévoyant l'information précontractuelle relative aux caractéristiques essentielles du service, ou à la violation d'autres obligations légales d'information spécifiques précitées ne recevant pas de sanction civile. Mais nous avons vu que cet intérêt est tout relatif dans la mesure où la jurisprudence française déclare inopposable les clauses restrictives non portées à la connaissance du consommateur.

Ainsi, cette sanction originale présente un intérêt indéniable car elle constitue une alternative à l'annulation du contrat et place l'obligation d'information au cœur de son mécanisme. Cependant, elle est restreinte à un contexte particulier. En effet, ce mécanisme original nécessite néanmoins la réunion de certaines conditions dont l'incidence sur le consentement de l'information, la bonne foi du créancier de l'obligation d'information, le caractère avantageux de l'information, et la possibilité matérielle du débiteur de l'obligation de réaliser l'information. « *L'effet obligatoire de l'information* » ne peut donc constituer une sanction générale à l'ensemble des manquements aux obligations légales d'information pour lesquels le législateur n'a prévu aucune sanction expresse. Souvent le professionnel ne se pliera pas à l'exécution forcée et le consommateur finira par essayer d'engager sa responsabilité contractuelle.

348. En droits français et luxembourgeois, le manquement à une obligation légale d'information qui ne reçoit pas de sanction expresse peut être sanctionné par l'action en garantie légale de conformité de droit de la consommation, par la mise en œuvre de la responsabilité du professionnel du fait des produits défectueux ou encore l'exécution forcée du contrat. La première action peut permettre au consommateur d'obtenir la réparation ou le remplacement du bien, ou à défaut la restitution d'une partie du prix ou la résolution du contrat, tandis que la seconde action permet au consommateur de se faire indemniser pour les dommages causés par le produit défectueux. Ces actions sont satisfaisantes du point de vue de l'absence d'élément de preuve supplémentaire à rapporter par le consommateur puisque la violation de l'obligation d'information s'imbrique au mécanisme de sanction. Il en va différemment des autres actions à la disposition du consommateur issues du droit commun. En effet, les actions suivantes nécessitent la preuve d'éléments supplémentaires et parfois

¹⁰⁵⁷ Nous pouvons préciser que l'article L. 111-1 du Code de la consommation français fût créé par la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs (art. 2) puis abrogé et intégré au Code par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 (art. 4).

complexes au simple manquement de l'obligation légale d'information, et sont à ce titre insatisfaisantes.

349. La réparation du préjudice du consommateur découlant de la violation d'une obligation légale d'information ne recevant pas de sanction expresse peut être opérée comme nous l'avons vu par certaines sanctions civiles applicables à d'autres mécanismes que l'obligation d'information. Ces sanctions réparatrices sont efficaces lorsque leurs effets permettent de réparer intégralement le dommage subi par le consommateur. En revanche, toutes sont potentiellement effectives, soit car leur prononcé dépend du seul manquement à l'obligation légale d'information, soit qu'elles procèdent d'un mécanisme facilitant l'action du consommateur. À l'inverse, d'autres sanctions, même si elles sont potentiellement efficaces, seront source de difficulté probatoire, ce qui compromettra souvent leur effectivité.

D. Les sanctions exigeant des preuves supplémentaires

350. Certaines sanctions nécessitent la preuve d'éléments supplémentaires au seul manquement de l'obligation légale d'information par le professionnel. Le manquement par le professionnel à une obligation légale d'information ne recevant aucune sanction expresse peut entraîner l'anéantissement du contrat de consommation (1) ou moins radicalement la restauration de son équilibre (2).

1. L'anéantissement rétroactif du contrat

351. Tant en droit français que luxembourgeois, diverses actions de droit commun sont à la disposition du consommateur afin d'obtenir l'anéantissement du contrat (a). Ici encore, l'efficacité de chaque sanction dépendra de l'adéquation de ses effets à l'objectif de réparation intégrale du préjudice. Cependant, les preuves que le consommateur doit rapporter pour obtenir le prononcé de ces sanctions peuvent faire obstacle à l'effectivité de la sanction (b).

a. Les divers fondements de l'annulation du contrat

352. Les obligations légales d'informations que nous allons étudier concernent principalement les caractéristiques essentielles (dont les qualités substantielles) du bien ou du service objet du contrat de consommation. Cette obligation d'information est commune à tous les contrats et imposée au professionnel par l'article L. 111-1 des codes de la consommation français et luxembourgeois. Seront également citées les caractéristiques essentielles du contrat de voyage à forfait français, du contrat conclu à distance portant sur un service financier luxembourgeois, et du contrat conclu à distance hors services financiers luxembourgeois.

353. L'anéantissement de la convention en conséquence du manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation ne recevant pas de sanction expresse peut résulter du prononcé de la nullité (i) ou de la résolution (ii).

i. *La nullité pour vice du consentement*

354. La nullité est une sanction efficace lorsque le consentement du consommateur a été altéré, notamment par manquement à une obligation légale d'information. L'article 1131 du Code civil français précise désormais que les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat.

355. Le simple manquement¹⁰⁵⁸ à l'obligation légale d'information est jugé comme insuffisant au prononcé de la nullité d'un contrat¹⁰⁵⁹. Cependant, le manquement à une

¹⁰⁵⁸ En commentant un jugement de la Cour d'appel de Rennes du 17 oct. 2003 (*Sté ADT TÉLÉSURVEILLANCE c/ M.L. Abramovici* : Juris-Data n° 2003-229012) M. Guy Raymond rappelle la différence entre le simple manquement à l'obligation d'information et la réticence dolosive (RAYMOND Guy, « Des affaires suscitées par des contrats de télésurveillance », CCC, mai 2004, n° 5, comm. 85) : « [e]n effet, la réticence dolosive consiste à cacher volontairement à son cocontractant un élément que celui-ci aurait eu intérêt à connaître pour prendre sa décision, mais ce silence doit porter sur un élément essentiel du contrat, il doit provoquer une erreur excusable chez le cocontractant et être intentionnel. Quant au manque d'information prévu à l'article L. 111-1 du Code de la consommation, il diffère de la réticence dolosive en ce sens que la volonté du professionnel n'est pas de priver le consommateur d'éléments essentiels de décision, il s'agit seulement du non respect d'une obligation, pour le sachant, de renseigner le profane. Certes le manquement à l'obligation d'information peut devenir réticence dolosive ».

¹⁰⁵⁹ Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 avril 2012 (CA Paris, 13 avr. 2012, *Thierry L. et autre c/ SARL Pascha Concept* : JurisData n° 2012-007693 ; RAYMOND Guy, « Notion de caractéristiques essentielles », CCC n° 8, août 2012, comm. 219) rappelle ce principe : un couple de consommateurs ne peut obtenir

obligation légale d'information sans sanction expresse peut être sanctionné par la nullité du contrat lorsque l'existence d'un vice du consentement est rapportée, que celui-ci soit une erreur (I) sur les qualités substantielles ou un dol¹⁰⁶⁰ (II).

I. L'erreur

356. L'erreur peut être définie comme « *l'idée fausse que se fait un contractant de tel ou tel élément de celui-ci* »¹⁰⁶¹. Tout d'abord, le juge peut prononcer la nullité du contrat pour erreur sur une qualité substantielle¹⁰⁶². Certains auteurs précisent alors que « *l'identification de la qualité substantielle sera, dans chaque espèce, une question de fait, d'intention, relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond* »¹⁰⁶³.

La victime de l'erreur doit tout d'abord prouver l'existence de celle-ci, autrement dit qu'elle a « *cru que telle chose présentait faussement telle qualité* »¹⁰⁶⁴. Ensuite, elle doit démontrer que l'erreur portait sur une qualité substantielle de la chose objet du contrat. Enfin, l'erreur devait être excusable¹⁰⁶⁵, commune¹⁰⁶⁶ et déterminante¹⁰⁶⁷ de son consentement.

l'annulation du contrat de vente d'une cuisine équipée, les côtés des éléments n'étant pas tous de la même couleur, en se fondant sur le manquement à l'article L. 111-1 mais sans rapporter la preuve l'un dol. Autre arrêt évoque la nécessité de rapporter la preuve d'un vice du consentement pour obtenir l'annulation du contrat fondée sur l'art. L. 111-1 C. consom. : Civ. 1^{ère}, 11 déc. 2008, n° 04-19033.

Ex. droit lux. : CA, 10 janv. 2007, Pas. 33, p. 491 (caution ; le manquement à une obligation précontractuelle d'information doit être intentionnel pour constituer une réticence dolosive).

¹⁰⁶⁰ V. Mme Nathalie Rzepecki qui s'interroge sur la possibilité pour le consommateur de demander la nullité du contrat lorsque le professionnel a respecté les obligations légales d'information qui lui incombent (RZEPECKI Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse, PUAM, 2002, n° 573 et s.).

¹⁰⁶¹ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit Civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 208. Les auteurs précisent que l'article 1110 du Code civil renvoie uniquement à l'erreur sur la personne et à l'erreur sur la substance. Ils précisent que la doctrine prend en compte l'insuffisance du texte et distingue trois catégories d'erreur : l'erreur-obstacle (erreur sur la nature du contrat et l'erreur sur l'objet du contrat), l'erreur vice du consentement (erreur sur la substance et erreur sur la personne) et l'erreur indifférente (erreur sur une qualité non substantielle, erreur sur la personne lorsqu'elle n'a pas été un élément déterminant de la conclusion du contrat et l'erreur sur la valeur qui est l'« *erreur sur l'évaluation de l'objet du contrat* ») (*op. cit.*, n° 209 et s.).

¹⁰⁶² C. civ. fr., art. 1132 [anc. art. 1110] ; C. civ. lux., art. 1110.

¹⁰⁶³ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit Civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} édition, 2013, n° 216.

¹⁰⁶⁴ L'erreur est appréciée *in concreto* selon la situation personnelle du contractant s'estimant victime de l'erreur (TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *op. cit.*, n° 225).

¹⁰⁶⁵ Trib. Luxembourg, 28 oct. 2009, n° 890/2009, rôle n° 113662 et 114236.

¹⁰⁶⁶ Le vendeur connaissait l'importance de cette qualité pour l'acheteur.

¹⁰⁶⁷ La preuve du caractère déterminant de l'erreur sur le consentement est notamment difficile à apporter pour le consommateur lorsque la « *qualité subjectivement déterminante* » n'est pas la « *qualité objectivement essentielle* » (TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *op. cit.*, n° 216).

357. Ainsi, l'erreur sur les qualités substantielles peut être provoquée par le manquement à une obligation légale d'information. Le consommateur peut être amené à contracter par erreur lorsque le professionnel ne l'a pas suffisamment ou pas du tout informé. C'est ainsi que le juge français a admis l'annulation d'un contrat de vente pour erreur sur les qualités substantielles du matériel vendu pour non-respect de l'obligation précontractuelle générale d'information prévue par l'article L. 111-1 du Code de la consommation qui impose au professionnel d'informer le consommateur des caractéristiques essentielles du bien ou du service objet du contrat¹⁰⁶⁸. Dans une affaire étaient en cause les qualités d'une plate-forme élévatrice destinée à la fille handicapée des acquéreurs et destinées à lui permettre d'accéder au premier étage de leur maison¹⁰⁶⁹. La qualité substantielle était la nécessité de réaliser des travaux pour installer le matériel ainsi que le prix élevé de ceux-ci, qui équivalait au prix de la plate-forme¹⁰⁷⁰.

De la même façon, le juge luxembourgeois a annulé un contrat de prêt en considérant que la constitution d'un gage sur un véhicule automobile « *affect[e] de façon substantielle les qualités que l'on pouvait attendre du véhicule* » puisque « *en achetant sans le savoir un véhicule gagé, l'acquéreur se méprend de façon substantielle sur l'étendue de son droit de jouissance de ce véhicule* »¹⁰⁷¹.

358. Il convient de remarquer que l'institution de l'erreur vice du consentement se confond parfois avec celle de la garantie des vices cachés. Ces derniers sont définis par les codes civils

¹⁰⁶⁸ Ex. le plan de financement constitue également une qualité essentielle du bien acheté. Le juge français a pu décider que le vendeur automobile qui propose un plan de financement par l'intermédiaire d'un autre professionnel est tenu d'une obligation d'information et de mise en garde sur le bien vendu et les modalités de financement (CA Metz, 21 mai 2012, JurisData n° 2012-024473). En l'espèce, le vendeur avait fait une erreur dans l'évaluation du financement d'une voiture en comptant deux fois le montant de la reprise de l'ancienne voiture des consommateurs, induisant ces derniers en erreur et leur causant un préjudice puisqu'ils s'étaient par la suite trouvés en situation de surendettement.

¹⁰⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2009, n° 08-19303.

¹⁰⁷⁰ « *Considérant qu'ils ont été mal informés par ICD et qu'il était impossible d'installer le matériel commandé sans faire des travaux trop onéreux, Pierre X... et Véronique Y... ont assigné la SARL ICD SERVICES devant le tribunal de grande instance de Grenoble en annulation de la vente et indemnisation de leurs préjudices.* » La Cour de cassation conclut que « [...] la SARL ICD SERVICES n'ayant pas correctement rempli l'obligation de renseignement qui lui incombait [en vertu de l'art. L. 111-1 C. consom.], Pierre X... et Véronique Y... sont en droit d'invoquer le vice de leur consentement lequel a été donné par erreur sur des informations erronées relatives aux qualités substantielles du matériel vendu, en considération desquelles les parties avaient contracté ; [...] ». Les consommateurs ne parviennent pas à établir l'existence de l'intention dolosive du vendeur mais la Cour d'appel de Grenoble se fonde sur le manquement du professionnel à l'art. L. 111-1 pour prononcer la nullité du contrat de vente pour erreur sur les qualités substantielles.

¹⁰⁷¹ POELMANS Olivier, *Droit des obligations au Luxembourg. Principes généraux et examen de jurisprudence*, Les Dossiers du J.T.L., Larcier, 2013, n° 62 : l'auteur cite un arrêt de CA du 8 févr. 2006, n° 30012, BIJ, 2006, 174. Erreur sur la substance : Trib. Luxembourg, 28 oct. 2009, n° 890/2009, rôle n° 113662 et 114236.

français et luxembourgeois comme les « *défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* »¹⁰⁷². Ainsi, l'erreur vice du consentement peut être « *la conséquence d'un vice caché rendant la chose impropre à l'usage auquel on la destine* »¹⁰⁷³, autrement dit le défaut de la qualité de la chose objet du contrat est à la fois un vice caché et cause d'une erreur. C'est par exemple le cas de « *l'acheteur d'un véhicule d'occasion [qui] se heurte au refus de la Préfecture de lui délivrer une carte grise au motif que ce véhicule résulte de l'assemblage de deux voitures accidentées, alors que le certificat de vente attestait de l'absence de transformations notables* »¹⁰⁷⁴.

359. Lorsque l'objet d'un contrat de vente présente un vice caché, l'acquéreur a le choix entre l'action estimatoire qui consiste en la diminution du prix et l'action rédhibitoire qui est la résolution du contrat. Dans cette configuration, la limite est floue entre le mécanisme des vices du consentement et celui de la garantie des vices cachés qui a vocation à assurer l'exécution du contrat. S'est alors posée la question de l'articulation entre ces deux actions puisque l'adage *specialia generalibus derogant* voudrait que le droit de la vente, autrement dit la garantie des vices cachés, prévale sur l'action des vices du consentement issue du droit général des contrat : l'erreur peut-elle être invoquée lorsque la chose objet du contrat est atteinte d'un vice ?

La question est importante puisqu'il semble opportun que l'acheteur dispose d'une option. En effet, malgré les avantages de la garantie des vices cachés¹⁰⁷⁵, l'action pour erreur conserve un intérêt indéniable qui réside dans le délai d'action laissé au consommateur. En effet, la

¹⁰⁷² C. civ. fr., 1641 [anc. art. 1641] ; C. civ. lux., art. 1641.

¹⁰⁷³ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit Civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 255.

¹⁰⁷⁴ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *op. cit.*. Les auteurs citent : Civ. 1^{ère}, 28 juin 1988, n° 87-11918. À noter que l'action en garantie des vices cachés n'exclue pas l'action en nullité pour dol.

¹⁰⁷⁵ Les preuves à apporter sont moins nombreuses et semblent plus simples (caractère caché du vice – le profane n'est tenu qu'à un examen superficiel, l'existence du vice au moment de la vente et le fait qu'il rende le bien qu'il affecte impropre à son usage normal ou qu'il en diminue considérablement l'usage). De plus, le professionnel est présumé de mauvaise foi, autrement dit les juges estiment qu'il connaissait l'existence des vices, et de ce fait doit verser « tous » les dommages-intérêts à l'acquéreur (v. C. civ. fr., art. 1645 ; C. civ. lux., art. 1645 : cette présomption ressort de la jurisprudence française tandis qu'elle est expressément prévue par le texte de loi luxembourgeois).

garantie des vices cachés doit être mise en œuvre dans un délai plus court que l'action en nullité pour vice du consentement¹⁰⁷⁶.

Après de nombreuses hésitations la jurisprudence française a tranché en faveur de l'exclusion de l'action pour erreur lorsqu'un vice caché est présent, tandis que la jurisprudence luxembourgeoise demeure divisée.

En effet, les juges français ont parfois laissé le choix d'action à l'acquéreur entre la nullité pour erreur et l'action rédhibitoire des vices cachés¹⁰⁷⁷. Ainsi, dans l'affaire précitée, l'acquéreur avait obtenu l'annulation du contrat de vente du véhicule pour erreur sur les qualités substantielles, malgré la présence d'un vice caché. Cependant, dans un arrêt du 14 mai 1996¹⁰⁷⁸, la Cour de cassation a affirmé que la présence d'un vice caché excluait l'action fondée sur l'erreur.

À l'inverse, la controverse est toujours d'actualité en droit luxembourgeois¹⁰⁷⁹. M. Olivier Poelmans estime que l'acquéreur devrait pouvoir choisir entre ces deux actions puisque « [d]ans la mesure où les conditions légales pour invoquer l'erreur sont remplies, il n'y a juridiquement aucune raison de considérer que la partie victime va être exclue de faire valoir ses droits sous prétexte que cette partie aurait pu invoquer un autre fondement juridique »¹⁰⁸⁰. Le droit luxembourgeois, en admettant cette option, serait donc plus favorable au consommateur puisqu'il ne restreint pas son choix d'action. En effet, l'exclusion de l'erreur revient à réduire la notion de vice caché.

¹⁰⁷⁶ L'acquéreur français doit agir dans les deux ans à compter de la découverte du vice (C. civ. fr., art. 1648) tandis que l'acquéreur luxembourgeois voit son action encadrée dans deux délais, tout d'abord un « bref délai » de dénonciation du vice au vendeur, puis un délai d'action d'un an (C. civ. lux., art. 1648, al.1 et 2 ; le bref délai d'action issu Code napoléonien a perduré en droit français jusqu'à l'ordonnance n° 2005-136 du 17 févr. 2005 et en droit luxembourgeois jusqu'à la loi du 15 mai 1987 (Mém. A – N° 36, p. 570). Malgré tout celle-ci n'a pas apporté de précision quant au bref délai, laissant sa détermination au juge luxembourgeois au cas par cas). À l'inverse, les contractants français et luxembourgeois disposent de cinq ans (délai de droit commun) pour agir à partir de la découverte de l'erreur qui a vicié son consentement (C. civ. fr., art. 2224 ; C. civ. lux., art. 1304, al. 1).

¹⁰⁷⁷ PETIT Bruno, « Fasc. unique : Contrats et obligations. Consentement », J.-Cl. Civil Code, 20 sept. 2012, n° 89 et s.

¹⁰⁷⁸ Civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, n° 94-13921.

¹⁰⁷⁹ M. Olivier Poelmans cite un arrêt de 2008 (CA, 12 mars 2008, Pas. 34, p. 189) dans lequel le juge estime que l'acquéreur ne peut pas invoquer l'erreur en présence d'un vice, et plusieurs arrêts de 2006 et 1997 (CA, 18 mai 2006, n° 28582 BIJ, 2006 ; CA, 8 janv. 1997, Pas. 30, p. 200) dans lesquels le juge admet que l'acquéreur est libre de demander la nullité pour vice du consentement ou d'invoquer la garantie des vices cachés (POELMANS Olivier, *Droit des obligations au Luxembourg. Principes généraux et examen de jurisprudence*, Larcier, Les Dossiers du J.T.L., 2013, n° 65).

¹⁰⁸⁰ POELMANS Olivier, *op. cit.*

360. La nullité du contrat du contrat pour le manquement par le professionnel à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois peut se faire sur le fondement de l'erreur mais aussi du dol.

II. Le dol

361. Le dol est envisagé à l'article 1137 [anc. 1116] du Code civil français et de l'article 1116 du Code civil luxembourgeois. Rappelons que le dol s'entend de « *toutes les tromperies par lesquelles un contractant provoque chez son partenaire une erreur qui le détermine à contracter* »¹⁰⁸¹. Il est désormais défini à l'article 1137 du Code civil français. Afin d'obtenir la nullité du contrat, la victime du dol doit prouver la réalité des manœuvres du cocontractant qui ont provoqué son erreur, leur caractère déterminant sur son consentement¹⁰⁸², et enfin le caractère intentionnel des manœuvres c'est-à-dire la mauvaise foi du cocontractant¹⁰⁸³.

Les jurisprudences française et luxembourgeoise ont étendu l'hypothèse du dol à la réticence dolosive¹⁰⁸⁴, autrement dit à la rétention illégale d'information. L'article 1137, alinéa 2, du Code civil français définit à présent la réticence dolosive. Le manquement par le professionnel à une obligation légale d'information peut alors constituer l'élément matériel du dol. Le professionnel commet un dol lorsqu'il fournit une information fautive ou inexacte tandis qu'il commet une réticence dolosive en omettant totalement ou partiellement de transmettre l'information imposée par la loi. Les juges français et luxembourgeois ont donc prononcé la nullité du contrat pour dol lorsque le professionnel avait manqué à son obligation précontractuelle générale d'information¹⁰⁸⁵ et que les autres éléments du dol étaient réunis.

¹⁰⁸¹ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit Civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 228.

¹⁰⁸² En droit français et luxembourgeois, seul le dol principal peut avoir pour conséquence le prononcé de la nullité du contrat. Le dol incident, celui résultant de manœuvres qui auraient simplement encouragé la victime à contracter sous d'autres conditions, ne peut aboutir à la nullité du contrat. Néanmoins la victime d'un dol incident peut solliciter l'allocation de dommages-intérêts.

¹⁰⁸³ Cass. com., 7 juin 2011, n° 10-12622 (fr.) ; Cour 9 février 2000, Pas. 31, p. 356 (lux.). Selon une jurisprudence française et luxembourgeoise constante, le manquement à une obligation légale d'information par simple négligence ne suffit pas à annuler le contrat pour dol (sur ce point voir : DOUCHE-DOYETTE Nathalie, *La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation*, thèse, Université de Lorraine, 2012, n° 108).

¹⁰⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 19 mai 1958, Bull. n° 251 ; Lux., 24 juin 1959, Pas. 17, p. 495.

¹⁰⁸⁵ Cette obligation est imposée par les articles L. 111-1 des codes de la consommation français et luxembourgeois. Cependant, il convient de noter qu'il n'y a qu'une seule référence de jurisprudence relative à l'article L. 111-1 dans le Code de la consommation luxembourgeois, et que cet arrêt ne cite pas l'article en question (Trib. Luxembourg, 6^{ème} Ch., 30 juin 2011, rôle 126438, n° 980/2011 : ni le demandeur ni le juge ne

Le tribunal de grande instance de Rodez¹⁰⁸⁶ a prononcé, au visa des articles 1116 du Code civil et L. 111-1 du Code de la consommation, la nullité d'un contrat de vente pour dol conclu entre une SARL et un consommateur ayant pour objet l'acquisition d'un appartement et deux emplacement de stationnement en l'état futur d'achèvement car le professionnel n'avait pas fourni une information précontractuelle loyale. En effet, le professionnel avait présenté ces biens dans une « *plaquette de commercialisation* » et le « *contrat de réservation* » comme étant des « *produits financiers sûrs et rentables* » et avait faussement indiqué à l'acquéreur qu'il bénéficierait d'un rendement locatif de 350 euros par mois ainsi qu'une réduction d'impôt importante. Or, il connaissait la rareté des opportunités de location, ce qui rendait « *fortement aléatoire la défiscalisation promise* »¹⁰⁸⁷.

De la même manière, le juge luxembourgeois a prononcé la nullité d'une vente d'un véhicule automobile pour réticence dolosive en considérant que l'année de fabrication d'un véhicule est une qualité essentielle de la chose vendue dont le vendeur doit informer l'acheteur¹⁰⁸⁸. En effet, le juge explique que l'acheteur doit pouvoir « *apprécier le degré d'usure de la voiture* » et donc « *susceptible d'influencer sur le prix de vente* ». Or, le garage n'avait pas informé le consommateur que deux années et demie s'étaient écoulées entre la sortie d'usine et la première mise en circulation. Le juge luxembourgeois a également considéré que le vendeur devait informer le consommateur du caractère inondable d'un terrain à bâtir¹⁰⁸⁹. En l'espèce, les acquéreurs estimaient avoir été victimes d'un dol et prétendaient que le professionnel avait délibérément gardé le silence quant au classement du terrain en zone inondable. Cependant, le

mentionnent l'art. L. 111-1 C. consom. dans leur argumentation). L'absence de jurisprudence relative à l'article L. 111-1 du C. consom. semble s'expliquer par la jeunesse du Code de la consommation luxembourgeois qui est entré récemment en vigueur, en avril 2011. Cependant, peuvent être cités des exemples tirés de la jurisprudence antérieure à l'art. L. 111-1 fondée sur l'obligation de renseignement créée par la jurisprudence. En effet, à l'image des juges français, les juges luxembourgeois ont rapidement reconnu l'existence d'une obligation de renseignement du professionnel envers le consommateur (ex. : obligation d'information du médecin (Cour d'appel, 20 nov. 2002, rôle n° 24535) ou d'une entreprise de nettoyage de vêtements (Trib. Luxembourg, 1^{er} juill. 2011, rôle n° 943/2011)) et vont parfois jusqu'à reconnaître une obligation de conseil (ex. obligation de conseil de la banque : Trib. Luxembourg, 23 févr. 2001, Judoc n° 99821173 ; Trib. Luxembourg, 18 déc. 2001, rôle n° 1065/2001). On trouve alors une jurisprudence abondante concernant l'« *obligation d'information* » ou « *de renseignement* » et l'« *obligation de conseil* » (Trib. Luxembourg, 10 févr. 2010, n° 44/2010, rôle n° 121581 : « [c]oncernant l'obligation de renseignement précontractuelle, le droit luxembourgeois sanctionne, à l'instar des droits français et belges, toute faute ou négligence commise lors de la phase de négociation d'un contrat par une des parties qui néglige de fournir à l'autre partie les informations nécessaires qui auraient conduit cette dernière soit à ne pas conclure le contrat, soit à le conclure dans des conditions différentes »).

¹⁰⁸⁶ TGI Rodez, 27 mai 2011, RG n° 09/00143.

¹⁰⁸⁷ Il a été fait appel de ce jugement le 11 juill. 2011. La Cour d'appel de Montpellier a confirmé l'existence du dol dans une décision du 22 janv. 2015 (RG n° 13/06974) – la SARL étant entrée entre temps en liquidation judiciaire, l'acquéreur ne demandait plus la nullité du contrat pour dol en cause d'appel mais simplement l'allocation de dommages et intérêts (il recherchait la responsabilité délictuelle du vendeur professionnel fondée sur l'ancien article 1382 (actuel 1240) du Code civil pour dol).

¹⁰⁸⁸ Trib. Dierkirch, 14 juill. 2009, n° 99/2009.

¹⁰⁸⁹ Trib. Dierkirch, 15 avr. 2008, n° 45/2008.

juge conclu qu'il n'y a pas dol car les époux avaient été suffisamment informés du risque d'inondation du terrain, notamment par les plans de constructions (prévoyant la construction d'un vide sanitaire au sous-sol) et le devis descriptif des travaux annexés respectivement au compromis de vente et au contrat de construction.

362. Nous venons de citer des exemples pour lesquels le non-respect par le professionnel de l'obligation précontractuelle générale d'information imposée par les articles L. 111-1 des codes de la consommation français et luxembourgeois a provoqué une erreur sur les qualités substantielles, un dol ou une réticence dolosive et ayant pour conséquence l'annulation du contrat. En droit français comme en droit luxembourgeois, les manquements à d'autres obligations légales d'information sans sanction expresse et portant sur des éléments essentiels sont également susceptibles d'être sanctionnés par la nullité du contrat pour vice du consentement. Peuvent être citées l'obligation légale pour le professionnel d'informer le consommateur des caractéristiques essentielles du contrat de voyage à forfait français¹⁰⁹⁰, du

¹⁰⁹⁰ Le Code du tourisme français prévoit de nombreuses obligations d'information précontractuelle (C. tour., art. L. 211-8, R. 211-4) qui doivent être fournies par écrit (C. tour., art. R. 211-3-1) ainsi que la forme et le contenu du contrat (C. tour. art. L. 211-10, art. R. 211-6). Ces informations doivent être fournies au consommateur préalablement à la conclusion du contrat sur support écrit et inclure les coordonnées, le nom ou la raison sociale du professionnel et son immatriculation au registre (C. tour., art. R. 211-3-1). En pratique, ces informations sont généralement portées dans les brochures (LACHIÈZE Christophe, « fasc. 997 : Contrat de voyages. Contrats et responsabilité », J.-Cl. Conc.-consom., 2 juill. 2010, n° 24 ; C. tour., art. R. 211-12 – cet article y impose la reproduction des dispositions des art. R. 211-3 à R. 211-11). Les informations essentielles devant être fournies au consommateur sont le contenu des prestations de transport et de séjour (C. tour., art. R. 211-4 qui détaille les informations à fournir), le prix, les conditions de franchissement des frontières et l'éventuelle annulation du contrat (C. tour., art. L. 211-8), l'identité du transporteur aérien (C. tour., art. R. 211-4, 13°, art. R. 211-15 et s. – R. 211-15, al. 1 : une liste de trois transporteurs maximum dont le transporteur contractuel et celui auquel il sera éventuellement fait recours), ainsi que de toute modification des informations préalables (C. tour., art. R. 211-5, al. 2). Seule une obligation légale d'information reçoit une sanction expresse. Il s'agit du manquement à l'information préalable relative à l'identité du transporteur aérien (C. tour. art. R. 211-11, al. 2).

Les juges français ont fait application du droit commun en prononçant l'annulation du contrat lorsque l'acheteur prouvait un vice du consentement (Cass. 1^{ère} civ., 31 oct. 2007, n° 05-15601). Dans cet arrêt, la Cour de cassation rappelle que le contrat ne peut être annulé que dans les conditions du droit commun (elle n'annule pas le contrat en l'espèce). La Cour ne donne pas plus de précision mais confirme l'arrêt d'appel qui refuse de prononcer la nullité du contrat après avoir pris en compte « *de l'indication des références de l'assurance responsabilité professionnelle du voyageur ainsi que des numéros de téléphone et de télécopie de celui-ci* ».

contrat conclu à distance portant sur un service financier luxembourgeois¹⁰⁹¹, et du contrat conclu à distance hors services financiers luxembourgeois¹⁰⁹².

363. L'anéantissement rétroactif du contrat de consommation pour manquement par le professionnel à une obligation légale d'information sans sanction expresse peut découler d'une autre sanction que la nullité, la résolution, également possible sur plusieurs fondements.

ii. La résolution du contrat

364. La nullité comme la résolution ont pour effet d'éteindre rétroactivement le contrat. Leur différence réside dans l'objet de la sanction puisque la nullité sanctionne la formation du contrat et la résolution sanctionne son inexécution. Ainsi le manquement par le professionnel à une obligation légale d'information peut engendrer la résolution du contrat soit pour inexécution (I), soit pour un défaut de conformité (II).

I. La résolution pour inexécution

365. Étonnement, la résolution du contrat avec dommages et intérêts a été prononcée par le juge français à plusieurs reprises lorsqu'un professionnel avait manqué à une obligation précontractuelle d'information, et notamment celle prévue à l'article L. 111-1 du Code de la consommation¹⁰⁹³. En effet, le choix de cette sanction peut surprendre puisque la résolution

¹⁰⁹¹ Le professionnel doit fournir au consommateur des informations précontractuelles, certaines sont communes à certains contrats particuliers et d'autres sont spécifiques aux contrats à distance portant sur des services financiers (resp., C. consom. lux., art. L. 221-2 et art. L. 222-14). Comme en droit français, le but commercial des informations ne doit pas être équivoque (C. consom. lux., art. L. 222-14, paragr. (2)). Le professionnel doit fournir ces informations ainsi que les conditions contractuelles sur un support durable avant la conclusion du contrat (C. consom. lux., art. L. 222-17, paragr. (1)). Certaines modalités d'informations et informations sont spécifiques au moyen de communication utilisé, comme la téléphonie (C. consom. lux., art. L. 222-15).

¹⁰⁹² Certaines informations étant communes à certains contrats particuliers et d'autres spécifiques aux contrats à distance hors services financiers : C. consom. lux., art. L. 221-2, paragr. (1) et (2) (avant la loi du 2 avril 2014, la liste de ces contrats particuliers était la suivante: les contrats à distance, les contrats d'utilisation de biens partagés, les contrats de produits de vacances à long terme, les contrats de revente et d'échange et les contrats de crédit à la consommation (C. consom. lux., art. L. 222-3, paragr. (1), [anc. art. L. 221-1]).

¹⁰⁹³ Selon Muriel Fabre-Magnan « [i]l est très fréquent que la Cour de cassation sanctionne à tort sur le fondement de la responsabilité contractuelle, des obligations d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant » (FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, 1992, n° 312). Jean Calais-Auloy et Henri Temple ajoutent qu'« [o]n peut s'étonner que l'inexécution d'une obligation précontractuelle de renseignement soit source tantôt de

de droit commun sanctionne l'inexécution du contrat et n'a donc pas vocation à s'appliquer au non-respect d'une obligation précontractuelle d'information, celle-ci relevant de la formation du contrat et donc sanctionnée par la nullité. Pour mieux comprendre les données du problème il conviendra de présenter brièvement cette institution avant d'en faire la critique à partir d'une illustration.

366. Tout d'abord, un bref rappel du régime de la résolution de droit commun peut être effectué. En droit français et en droit luxembourgeois, en présence d'un contrat synallagmatique, le créancier d'une obligation inexécutée a le choix entre l'exécution forcée de l'obligation, dans la mesure où elle est possible, et la résolution de la convention avec allocation de dommages et intérêts¹⁰⁹⁴. La résolution de droit commun est par principe judiciaire et nécessite la preuve d'une inexécution du contrat (fautive ou non, totale ou partielle) et qui constitue un manquement suffisamment grave¹⁰⁹⁵.

367. La Cour de cassation française a précisé dans un arrêt du 1^{er} octobre 2014¹⁰⁹⁶ que « *la violation par le vendeur de son obligation d'information et de conseil [en l'espèce prévue par l'article L. 111-1 du Code de la consommation]*¹⁰⁹⁷ *peut entraîner la résolution de la vente dans les conditions du droit commun* »¹⁰⁹⁸. Selon la Cour, c'est à bon droit que la Cour d'appel d'Angers a prononcé la résolution d'un contrat de voyage puisque la société Carrefour voyages n'avait pas porté à la connaissance du consommateur « *l'information essentielle selon laquelle la formule TGV Air impliquait l'annulation du voyage en avion si le voyage en train n'était pas effectué* ». En effet, le consommateur non informé s'était rendu

responsabilité délictuelle, tantôt de responsabilité contractuelle ». Ils concluent : « *[n]otre droit positif manque certainement de cohérence* » (CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 52).

¹⁰⁹⁴ C. civ. fr., art. 1184, al. 2 ; C. civ. lux., art. 1184, al. 2

¹⁰⁹⁵ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit Civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} édition, 2013, n° 642 et s. ; CABRILLAC Rémy, *Droit des obligations*, 8^{ème} édition, Dalloz, 2008, n° 177 ; POELMANS Olivier, *Droit des obligations au Luxembourg. Principes généraux et examen de jurisprudence*, Larcier, Les Dossiers du J.T.L., 2013, n° 210 et s.

¹⁰⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} oct. 2014, n° 13-23607.

¹⁰⁹⁷ Ajouté par nous.

¹⁰⁹⁸ Ex. antérieur : dans un arrêt du 15 novembre 1995 de la Cour d'appel d'Orléans (JurisData n° 1995-048809), le juge prononce la résolution d'un contrat de vente par correspondance d'appareils de musculation pour manquement par le professionnel à l'article 2 de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs (actuel art. L. 111-1 C. consom.). Ce manquement ne permettait pas au consommateur de connaître toutes les caractéristiques essentielles du produit avant la conclusion du contrat et lui a causé un préjudice, en l'espèce le paiement depuis deux ans d'un appareil inutilisable (« Contrats », fasc. 1390, Contr.-conc.-consom., juin 1996, note 118).

directement à l'aéroport, autrement dit sans emprunter le train prévu au contrat, et s'était ainsi vu refuser l'annulation de son voyage.

De la même manière, le tribunal d'instance de Tours s'était prononcé le 9 octobre 1992 sur la demande d'un consommateur en remboursement de son pantalon détérioré après passage au sèche-linge car l'étiquette du vêtement ne mentionnait pas cette interdiction. En application de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, le tribunal prononce la résolution du contrat de vente (et donc le remboursement du pantalon) au motif que le professionnel « *ne prouve pas qu'il existait un symbole figurant sur l'étiquette de lavage du pantalon signifiant interdit au sèche-linge* »¹⁰⁹⁹.

368. Deux arrêts récents des cours d'appel de Bordeaux¹¹⁰⁰ et de Montpellier¹¹⁰¹ adoptent une solution similaire à propos de contrats de vente de cuisines équipées¹¹⁰². Nous pouvons prendre pour exemple la première affaire et en rappeler les faits. Un couple de consommateurs commandent une cuisine équipée dans une foire et verse un acompte de plus de 30 % du prix alors que leur maison n'est qu'au stade de projet. Le projet de construction n'aboutit pas et les époux souhaitent se faire rembourser leur acompte. Il est reproché au professionnel de ne pas avoir informé les consommateurs de certains éléments relevant des caractéristiques essentielles de la cuisine équipée dont l'existence d'aléas sur la possibilité d'adaptation des éléments mobiliers vendus à la pièce et des modifications de prix éventuelles, sans contestation possible de la part des clients d'après les conditions contractuelles. Le juge prononce la résolution du contrat et ordonne le remboursement de l'acompte avec intérêts au taux légal à compter du jugement.

Le raisonnement de ces arrêts est le suivant. Le juge constate tout d'abord le manquement à l'obligation légale d'information. Il précise ensuite qu'aucun vice du consentement n'est allégué et que la nullité n'est pas une sanction prévue par l'article L. 111-1 du Code de la

¹⁰⁹⁹ RAYMOND Guy, fasc. 874, J.-Cl. Conc.-consom., févr. 1994, note 35 (TI Tours, 9 oct. 1992, *Sylvie Lelut c/ Directeur magasin Cache-Cache*). En l'espèce, l'auteur se réjouit du prononcé de la résolution de la vente qui aboutit au remboursement du prix du pantalon et non par, ce qu'il estime trop fréquent, « *l'ouverture d'un « avoir » en magasin, ce qui oblige le client à se servir à nouveau chez quelqu'un en qui il n'a plus confiance* ».

¹¹⁰⁰ CA Bordeaux, 2 avr. 2015, RG n° 13/06596.

¹¹⁰¹ CA Montpellier, 15 janv. 2015, RG n° 12/00197.

¹¹⁰² Autre ex., CA Grenoble, 10 déc. 2007, JurisData n° 2007-357579 : en application de l'art. L. 111-1 C. consom., le juge estime que « *le devoir d'information qui porte sur le prix oblige le professionnel à fournir au client non seulement le prix des meubles et appareils mais aussi celui du coût de la pose de ce mobilier compte tenu des contraintes techniques qui sont imposées par la disposition des lieux* » (RAYMOND Guy, « Cuisines intégrées et devoir d'information du vendeur », *Contrats-conc.-consom.* n° 6, juin 2008, comm. 170). La Cour d'appel confirme la résiliation du contrat de vente de cuisine intégrée ainsi que le remboursement de l'acompte versé.

consommation. Or, la Cour de cassation a rappelé dans son arrêt de 2014 que la violation par le vendeur de l'obligation précontractuelle d'information édictée par l'article L. 111-1 du Code de la consommation peut être sanctionnée par la résolution de la vente dans les conditions de droit commun¹¹⁰³. La résolution est donc possible et justifiée par la gravité du manquement¹¹⁰⁴.

369. Nous pouvons à présent tenter d'apprécier la solution des juges qui n'est pas sans rappeler l'utilisation des juges français et luxembourgeois de l'article 1231-1 [anc. art. 1147] du Code civil français et de l'article 1147 du Code civil luxembourgeois relatif à la responsabilité contractuelle pour sanctionner le manquement à l'obligation de renseignement¹¹⁰⁵. La substitution de la résolution à l'annulation du contrat est malvenue au niveau théorique. Mais ce choix de sanction, bien que discutable, est-il dérangeant en pratique ? Les deux sanctions conduisent à l'anéantissement rétroactif du contrat qui cesse de produire des effets pour l'avenir et pour le passé. La distinction avec la nullité est que la résolution anéantit un contrat valide puisque valablement formé. L'anéantissement rétroactif replace les parties dans la situation antérieure à la conclusion du contrat et nécessite la restitution¹¹⁰⁶ des prestations reçues par chacune des parties. Le régime juridique des restitutions est identique entre les parties¹¹⁰⁷ pour les deux institutions¹¹⁰⁸ et entraîne donc des conséquences pratiques identiques pour le consommateur. La réforme du droit des obligations en droit français, opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, renforce ces similitudes

¹¹⁰³ L'arrêt de la Cour de cassation est cité par la CA de Montpellier.

¹¹⁰⁴ Par ex. à ce propos, la CA de Bordeaux se contente d'énoncer la gravité du manquement et du préjudice subi car le versement constituait plus de 30 % du prix alors qu'aucun métré effectif n'était intervenu (celui-ci était impossible puisque la maison destinée à accueillir la cuisine équipée commandée n'était pas encore construite).

¹¹⁰⁵ Le prononcé par le juge de la résolution d'un contrat, et non de sa nullité, sur le fondement d'un manquement par le professionnel à l'obligation précontractuelle d'information, semble s'expliquer par l'existence et la prévalence d'un élément de responsabilité contractuelle, tel un manquement à l'obligation de conseil ou un trouble de jouissance. Cette solution, qui consiste à faire absorber l'élément délictuel par l'élément contractuelle est insatisfaisante. En effet, on peut considérer que le critère déterminant l'anéantissement rétroactif du contrat est le consentement non éclairé, et donc vicié, du consommateur, ne permettant pas la formation d'un contrat valable.

¹¹⁰⁶ La nullité relative et la nullité absolue produisent les mêmes effets (SEUBE Jean-Baptiste, RDC, 1^{er} avr. 2012, n° 2, p. 515 : « *le principe des restitutions réciproques s'impose indépendamment de la nature de la nullité encourue* »).

¹¹⁰⁷ Une différence réside dans l'effet de la sanction envers les tiers, les juges admettant des tempéraments à l'effet rétroactif de la résolution dans certaines situations en matière de vente d'immeuble et en matière mobilière (voir Terré François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *op. cit.*, n° 656).

¹¹⁰⁸ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit Civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} édition, 2013, n° 653 et s. ; POELMANS Olivier, *Droit des obligations au Luxembourg. Principes généraux et examen de jurisprudence*, Larcier, Les Dossiers du J.T.L., 2013, n° 217 et 234.

puisque'elle créer un socle commun des restitutions¹¹⁰⁹. En effet, un de ses objectifs était de « préciser les règles applicables aux restitutions, notamment en cas d'anéantissement du contrat »¹¹¹⁰.

En conclusion, la sanction du manquement par le professionnel à l'obligation précontractuelle d'information par la résolution et non par la nullité n'est pas pertinente du point de vue théorique mais équivalente quand aux conséquences pratiques.

370. La résolution du contrat peut être prononcée dans d'autres circonstances moins contestées lorsque le manquement à l'obligation d'information par le professionnel engendre la non-conformité *largo sensu* de l'objet du contrat.

II. La résolution pour défaut de conformité du bien de consommation

371. Le manquement par le professionnel à une obligation légale d'information ne recevant pas de sanction expresse peut être sanctionné par la résolution du contrat lorsque ce manquement a engendré la non-conformité du bien promis au contrat. Ainsi, un défaut de conformité de l'objet du contrat peut résulter du manquement à une obligation légale d'information, qu'il s'agisse d'une information erronée, insuffisante ou encore absente.

En droits français et luxembourgeois, lorsque la chose vendue par un professionnel à un consommateur n'est pas conforme à l'attente légitime de celui-ci, plusieurs remèdes du droit de la vente s'offrent à lui : l'obligation de délivrance de droit commun et deux garanties légales, la garantie des vices cachés issue du Code civil et la garantie légale de conformité prévue par le Code de la consommation¹¹¹¹. Ces trois fondements sont issus des deux obligations principales reposant sur tout vendeur. En effet, ce dernier est tenu de délivrer et de garantir la chose qu'il vend¹¹¹². Tout d'abord, le vendeur est tenu d'une obligation de délivrance. Or, il n'exécute pas cette obligation lorsque la chose délivrée n'est pas conforme

¹¹⁰⁹ C. civ. fr., art. 1352 à 1352-9.

¹¹¹⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, introduction, point 11° (JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25).

¹¹¹¹ MM. J. Calais-Auloy et H. Temple précisent qu'en plus des deux garanties légales, deux remèdes conventionnels du droit de la vente sont également offerts au consommateur : la garantie commerciale et le service après-vente (CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 226).

¹¹¹² C. civ. fr. art. 1603 ; C. civ. lux., art. 1603.

aux caractéristiques prévues entre les parties. Cette obligation de délivrance de droit civil est renforcée lorsque le contrat a été conclu entre un professionnel et un consommateur, ce dernier pouvant mettre en œuvre la garantie légale de conformité. Ensuite, le vendeur est tenu de garantir l'acquéreur contre d'éventuels vices cachés de la chose. Il ne s'agit plus cette fois d'une contradiction entre les caractéristiques promises et les caractéristiques réelles de la chose mais d'une défectuosité telle que l'usage de la chose est considérablement réduit voir impossible.

372. Une des difficultés relative aux actions du consommateur en cas de non-conformité du bien ou du service réside dans le fait que la notion de conformité peut recouvrir plusieurs sens. La conformité *largo sensu* s'entend de la situation dans laquelle une chose répond aux attentes légitimes du consommateur, autrement dit elle correspond à la description prévue entre les parties, que ce soit en terme de caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles. Le défaut de conformité peut être simplement esthétique, ou empêcher l'usage normal de la chose, voir les deux. Ainsi chaque action (obligation de délivrance conforme, garantie des vices cachés et garantie légale de conformité) correspond à une situation particulière. Cependant les jurisprudences française et luxembourgeoise se sont parfois montrées hésitantes, posant notamment la question du cumul entre ces actions¹¹¹³. Or, les trois actions en question concernent des situations distinctes et de ce fait requièrent des conditions de mise en œuvre différentes. L'obligation de délivrance conforme du Code civil est axée sur la conformité de la chose (adéquation entre la chose prévue et la chose livrée, le défaut pouvant être simplement esthétique ou porter sur des caractéristiques accessoires) tandis que la garantie des vices cachés concerne leur défectuosité (la chose a les caractéristiques prévues mais est atteinte d'un défaut la rendant impropre à son usage normal). La garantie légale de conformité réunit ces deux actions puisqu'elle peut concerner à la fois la conformité et la défectuosité d'une chose. Le double aspect de la garantie légale de conformité se comprend par l'objectif de protection renforcée du cocontractant consommateur. Les notions de conformité et de vice caché sont distinctes et autonomes mais peuvent parfois se recouper: un bien conforme peut être défectueux, un bien non conforme n'est pas forcément défectueux¹¹¹⁴

¹¹¹³ V. not. SALVAT Odile, « La garantie spéciale de conformité et l'obligation générale de délivrance conforme : quel choix d'action pour l'acheteur ? », *Contr.-conc.-consom.* n° 8, août 2006, étude 18.

¹¹¹⁴ Il faut préciser que nous envisagerons ultérieurement la responsabilité du professionnel quant au fait des produits défectueux. Nous estimons qu'il est plus pertinent d'évoquer dès à présent la garantie des vices cachés puisqu'elle peut donner une option supplémentaire d'action au consommateur qui n'a pas reçu un bien conforme et qui est également défectueux. De plus, garantie et responsabilité ne doivent pas être confondues.

et un bien non-conforme peut également être défectueux. Dans l'exemple de l'horloge cité ultérieurement, le mécanisme n'est pas conforme mais n'empêche en rien l'usage normal de la chose. À l'inverse, un moteur non conforme car plus vétuste que promis peut également empêcher l'utilisation normale de la voiture à laquelle il est intégré. La distinction entre un défaut de conformité et un vice caché est essentielle puisqu'elle détermine l'action de l'acheteur, l'action contractuelle de droit commun pour manquement à l'obligation de délivrance ou l'action estimatoire ou rédhibitoire, dont les conditions de mise en œuvre et le délai pour agir diffèrent¹¹¹⁵. Ces actions sont exclusives l'une de l'autre et l'acquéreur doit agir sur le fondement exact. Or la jurisprudence française abondante en la matière, ainsi que la jurisprudence luxembourgeoise, ont pendant longtemps confondu l'obligation de conformité et la garantie des vices cachés. Rappelons brièvement l'évolution de la notion de conformité.

373. De manière générale un bien conforme peut être défini comme un bien « *qui répond ou correspond exactement à ce qui était promis ou envisagé* »¹¹¹⁶. L'évaluation de la conformité de la chose objet du contrat s'opère d'après la correspondance entre les caractéristiques prévues dans le contrat et celles que présentent le bien obtenu. Autrement dit le bien est non conforme lorsque celui qui est livré diffère de celui qui était promis au contrat. Cette définition stricte de la conformité correspond à l'obligation du vendeur de délivrer la chose prévue au contrat. Des biens non conformes seront par exemple une horloge mentionnée comme comtoise sur le bon de commande qui n'est pas dotée du mécanisme « *cage de fer* » spécifique à ces horloge mais d'un mécanisme allemand¹¹¹⁷, une table carrée alors que l'acquéreur avait commandé une table ronde¹¹¹⁸ ou encore une voiture dont le moteur type JR Turbo Diesel ne correspond pas à celui mentionné sur la carte grise¹¹¹⁹.

Malgré la simplicité apparente de distinction entre ces notions, les jurisprudences française et luxembourgeoise ont longtemps confondu les notions de défaut de conformité et de vice

¹¹¹⁵ Mme Lise Casaux-Labrunée estime que doivent être distingués « *trois niveaux de réflexions et de distinctions : celui des obligations (obligation de délivrance et garantie des vices cachés), celui des notions (défaut de conformité et vice caché) et enfin, celui des actions (action de droit commun pour manquement à l'obligation de délivrance et action rédhibitoire ou estimatoire)* » (CASAUX-LABRUNÉE Lise, « Vice caché et défaut de conformité : propos non conformistes sur une distinction viciée (à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 septembre 1997) », D. 1999, p. 1).

¹¹¹⁶ Association Henri Capitant, sous la dir. de CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Quadrige/Presses Universitaires de France, 2007, p. 208.

¹¹¹⁷ Civ. 1^{ère}, 19 déc. 2006, n° 05-21126.

¹¹¹⁸ Colmar, 7 févr. 1997, D. Affaires, p. 1388.

¹¹¹⁹ Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 02-12072.

caché¹¹²⁰. Ainsi tantôt un vice est qualifié de non-conformité (notamment afin d'écarter le bref délai d'action de l'article 1648) et tantôt un défaut de conformité est qualifié de vice caché¹¹²¹. La Cour de cassation française a privilégié la qualification de vice caché jusqu'à un revirement de jurisprudence par un arrêt 5 mai 1993¹¹²², se fondant désormais sur la non-conformité et délimitant clairement ces deux notions. Pour mettre fin aux divergences entre les juridictions, la Cour de cassation a rappelé la définition des notions de vice caché et de défaut de conformité dans son rapport annuel de 1994¹¹²³.

À partir de 1999, les notions de défaut de conformité et de vice caché ont été fusionnées dans le cadre de la vente de biens meubles corporels entre un professionnel et un consommateur. En créant la garantie légale de conformité en droit de la consommation¹¹²⁴, le législateur européen a opéré une fusion¹¹²⁵, souhaitable selon MM. J. Calais-Auloy et H. Temple, de deux notions distinctes en droit national, la chose viciée et la chose non-conforme au contrat¹¹²⁶. En effet, la directive dispose que « *le vendeur est tenu de livrer au consommateur un bien conforme au contrat de vente* »¹¹²⁷. La directive a une conception large de la conformité puisqu'elle y intègre les vices cachés. Cela ressort de la définition du bien conforme : le bien est conforme notamment si d'une part il correspond à la description donnée par le vendeur (référence à la notion de conformité découlant de l'obligation de délivrance), et d'autre part il peut en être fait un usage normal (référence aux vices cachés)¹¹²⁸. Une

¹¹²⁰ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 229 (droit français) ; RAVARANI Georges, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasicrisie luxembourgeoise, 3^{ème} éd., 2014, n° 696 (droit luxembourgeois).

¹¹²¹ MALINVAUD Philippe, « Responsabilité civile. Action directe contractuelle, Vice ou non conformité », RDI, 1992, p. 221. Notamment, par des arrêts critiqués en date du 7 février 1986, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française a étendu la notion du défaut de conformité en y incorporant celle de vice caché (Ass. Plén., 7 févr. 1986, n° 83-14631 et n° 84-15189).

¹¹²² Cass. 1^{ère} civ., 5 mai 1993, n° 90-18331.

¹¹²³ « *Le vice présente un aspect pathologique susceptible d'évolution, alors que la non-conformité est statique et provient du fait patent que la chose n'est pas celle désirée. En outre, le vice est la plupart du temps accidentel, alors que la non-conformité existe dès l'origine de la chose. Enfin, le vice est inhérent à la chose vendue, tandis que la non-conformité exige d'être appréciée à la lumière du contrat* » (Rapport annuel 1994 de la Cour de cassation, p. 343). Lisa Casaux-Labrunée estime que si l'année 1993 a mis fin à « *une longue période de confusion jurisprudentielle* », un doute subsiste en matière de vente mobilière : « *[c]ertains défaut, souvent les mêmes (tuiles gélives, bordure de trottoirs peu résistantes, mille et une surprises réservées aux acquéreurs de véhicules d'occasion...), rechignent en quelque sorte à se ranger sans discussion dans l'une ou l'autre des deux catégories qui leur sont proposées. Les désaccords fréquents entre niveaux de juridiction confirment, si besoin était, ces hésitations* » (*op.cit.*).

¹¹²⁴ Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

¹¹²⁵ GRYNBAUM Luc, « La fusion de la garantie des vices cachés et de l'obligation de délivrance opérée par la directive du 25 mai 1999 », *Contr.-conc.-consom.* n° 5, mai 2000, chron. 7.

¹¹²⁶ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 235.

¹¹²⁷ Dir. 1999/44/CE, art. 2, paragr. 1.

¹¹²⁸ Dir. 1999/44/CE, art. 2, paragr. 2.

défectuosité au sens de vice caché au sens du droit national peut donc correspondre à la notion large de conformité instituée par l'Union européenne. En plus de l'enchevêtrement de ces notions nous verrons qu'un bien peut à la fois être affecté d'un défaut de conformité et d'un vice caché. En conclusion, à travers le temps, la notion de conformité au niveau national a été plus ou moins large, jusqu'à ce que l'Union procède à un élargissement concernant certains biens.

374. Après avoir rappelé l'évolution de la notion de conformité et sa distinction avec la notion de vice caché, nous pouvons examiner les deux actions pouvant aboutir à la résolution du contrat pour défaut de conformité lorsque le professionnel n'a pas exécuté une obligation légale d'information, qui ne reçoit pas de sanction expresse. L'action de droit commun pour manquement à l'obligation de délivrance sera envisagée (α) suivie de l'action rédhibitoire en garantie des vices cachés (β).

α . L'action de droit commun pour manquement à l'obligation de délivrance conforme

375. Tout d'abord, nous pouvons envisager l'obligation du vendeur de délivrer une chose conforme au contrat. Cette obligation est prescrite par les articles 1604 des codes civils français et luxembourgeois et est applicable à tout contrat de vente. L'acquéreur n'est pas tenu d'accepter une chose différente de celle qu'il avait commandée, le vendeur étant tenu de délivrer une chose possédant les caractéristiques convenues entre les parties. Lorsque la chose réceptionnée ne présente pas les caractéristiques escomptées, l'acquéreur peut demander la résolution du contrat¹¹²⁹, à condition de rapporter la preuve de cette non-conformité¹¹³⁰, sur le fondement des articles 1610 et 1217 [anc. art. 1184]¹¹³¹ du Code civil français, et les articles

¹¹²⁹ Les juges français et luxembourgeois conservent un pouvoir d'appréciation et déterminent la sanction la plus adaptée (résolution totale ou partielle, allocation de dommages et intérêts, etc.).

¹¹³⁰ Selon une jurisprudence constante la réception sans réserve de la chose par l'acheteur l'empêche de se prévaloir d'un défaut de conformité par la suite.

¹¹³¹ Les articles 1610 des codes civils et luxembourgeois disposent que si le vendeur est en retard dans la délivrance, l'acquéreur pourra choisir entre la résolution de la vente ou son exécution forcée. Ensuite, les articles 1184 des codes civils français et luxembourgeois précisent qu'en cas d'inexécution du contrat synallagmatique par une des parties, l'autre partie a le choix entre demander l'exécution forcée (lorsqu'elle est possible) et la résolution du contrat avec allocation de dommages et intérêts.

1610 et 1184 du Code civil luxembourgeois¹¹³². Parfois, la chose ne présente pas les qualités prévues au contrat, et donc n'est pas conforme, car le vendeur n'a pas respecté son obligation précontractuelle d'information.

376. Nous devons préciser cette idée avant d'en donner une illustration. Les cas que nous envisageons pour notre démonstration ne sont pas des cas « classiques » de non-conformité dans lesquels par exemple le consommateur et le vendeur s'accordent sur la vente d'un bien (par exemple d'une voiture rouge) et le produit livré est non conforme (la voiture livrée est bleue). Dans ce cas « classique », le professionnel n'a pas manqué à son obligation d'information mais a simplement livré un bien ne présentant pas toutes les caractéristiques prévues au contrat, on pourrait dire qu'il s'est trompé dans l'objet à livrer. Dans l'hypothèse spéciale que nous envisageons, c'est le manquement à une obligation légale d'information qui engendre la non-conformité du bien¹¹³³. Le professionnel donne une information inexacte, incomplète ou inadéquate. Le professionnel délivre alors un bien conforme à l'information vraie (information non fournie ou de manière partielle au consommateur) mais non-conforme à l'information réellement transmise au consommateur (information inexacte, incomplète ou inadéquate). Le manquement à l'obligation légale d'information engendre donc la non-conformité du bien.

377. Ainsi dans un arrêt de la Cour de cassation française du 15 mai 2007¹¹³⁴, un vendeur professionnel vend un moteur de voiture à un consommateur en indiquant à ce dernier que le moteur a parcouru 32 000 kilomètres, information que le professionnel précise également dans la facture. En réalité, le moteur était atteint de vétusté et avait donc parcouru un nombre de kilomètres bien supérieur à celui mentionné. Dans cet arrêt, le juge français ne dit pas expressément que l'information donnée est déloyale autrement dit que le professionnel a manqué à son obligation précontractuelle d'information mais se contente de constater la non-conformité de la chose. Or, le kilométrage d'une voiture comme l'année de construction de celle-ci constitue, de jurisprudence constante, une qualité substantielle de la chose dont le vendeur est tenu d'informer loyalement l'acquéreur¹¹³⁵. Dans l'exemple cité, en indiquant à

¹¹³² Le consommateur peut également solliciter l'allocation de dommages-intérêts en engageant la responsabilité contractuelle du professionnel (C. civ. fr., art. 1231-1 [anc. art. 1147] ; C. civ. lux., art. 1147).

¹¹³³ Cette situation fait écho aux contraventions ou délits de fraude et de tromperie.

¹¹³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2007, n° 06-14781.

¹¹³⁵ Cependant, le juge luxembourgeois, se prononçant sur une demande de résolution pour non-conformité de la chose vendue (obligation de délivrance conforme), a considéré que l'acheteur professionnel (le vendeur étant un

l'acquéreur un kilométrage faux, le vendeur ne l'informe pas de la caractéristique réelle du moteur. De ce manquement à l'obligation précontractuelle d'information résulte une non-conformité du produit. Le fait que le moteur est vétuste (et donc présente un kilométrage bien supérieur aux 32 000 promis) est l'information réelle (non transmise), et le fait que le moteur a 32 000 kilomètres est l'information inexacte (transmise). Le moteur remis qui est vétuste est donc non-conforme au moteur de 32 000 km promis, autrement dit le bien remis est non-conforme par rapport à l'information inexacte qui a été fournie. Le manquement par le professionnel à son obligation d'information (fourniture d'une information fautive, en l'espèce le kilométrage du moteur) fait que le bien remis n'est pas conforme au contrat (le moteur vétuste est non-conforme car un moteur de 32 000 km devait être livré). En l'espèce on peut en effet douter de la bonne foi de la société spécialisée en automobile. Nous pouvons donc en conclure que le professionnel manque à son obligation précontractuelle d'information sur les caractéristiques essentielles prévues par l'article L. 111-1 du Code de la consommation français et luxembourgeois, ce qui engendre également un défaut de conformité.

378. Il existe un autre mécanisme permettant à l'acquéreur d'obtenir la résolution du contrat pour non-conformité du bien mais qui concerne uniquement les biens meubles corporels dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur.

β. L'action rédhibitoire de la garantie des vices cachés

379. L'obligation du vendeur de délivrer un bien conforme est complétée par l'obligation de garantir l'acheteur contre d'éventuels vices cachés de la chose¹¹³⁶. Ces derniers sont définis comme les « *défauts de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en*

consommateur) « *ne saurait valablement prétendre que pour un véhicule d'occasion ayant déjà parcouru autant de kilomètres, une différence de 5 500 kilomètres entre le nombre effectif et le nombre indiqué puisse constituer un défaut de conformité substantiel, déterminant lors de l'achat du véhicule* » (Trib. Luxembourg. 1er mars 2011, n° 70/11 VIII, cité par M. Georges Ravarani : RAVARANI Georges, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasirisie luxembourgeoise, 3^{ème} éd., 2014, n° 691 – pour citation v. jugement p. 7). En l'espèce le véhicule avait parcouru 88 500 kilomètres mais le contrat de vente indiquait 83 000 kilomètres.

¹¹³⁶ En droit français, v. CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 52 ; en droit luxembourgeois, v. BRUCHER Jean, THIELTGEN Nicolas et BENA Marie, « La protection juridique des intérêts du consommateur dans le Code civil », in *Le bicentenaire du Code civil. Une contribution luxembourgeoise*, éd. Portalis, 2004, p. 182 et s.

aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus »¹¹³⁷. C'est le cas par exemple d'une semence ne présentant pas les qualités germinatives prévues à cause d'une pollution par le matériel du fournisseur¹¹³⁸. Les vices cachés affectent donc la destination de la chose, son usage normal. MM. Jean Calais-Auloy et Henri Temple font le lien suivant entre l'obligation précontractuelle d'information et les vices cachés : « *[s]i le défaut est caché, c'est parce que le vendeur ne l'a pas dévoilé à l'acheteur avant la vente. La garantie peut donc être considérée comme la sanction du défaut d'information* »¹¹³⁹. Cependant, une chose viciée peut également être non-conforme. En effet, comme nous l'avons déjà précisé, une chose non conforme peut également être atteinte d'un vice caché, aboutissant à des situations complexes. Tout d'abord, les deux atteintes peuvent cohabiter, ce qui est notamment le cas lorsque le vice caché découle d'un défaut de conformité. Ensuite, il est des cas dans lesquels on ne sait pas quel défaut (non conformité ou vice) atteint un bien. Ce défaut est décrit par M. Olivier Tournafond comme étant le « *« vice fonctionnel », c'est-à-dire [dans] l'hypothèse où la chose vendue ne fonctionne pas normalement sans que l'on sache si cette anomalie provient d'une défectuosité cachée (vice structurel ou de conception) ou d'une non-conformité actuellement indécélable* »¹¹⁴⁰. Ainsi, le manquement par un professionnel à une obligation légale d'information peut être sanctionné par la résolution du contrat, lorsque le bien délivré est affecté d'un vice caché, et parfois également non conforme.

380. Nous avons vu que la Cour de cassation française estime que l'action fondée sur une non-conformité et celle fondée sur un vice caché ont des fondements distincts et sont donc exclusives, autrement dit elles ne peuvent donc pas être « mélangées ». Si un bien est à la fois non-conforme et vicié, et que les conditions de mise en œuvres sont réunies, le consommateur pourra invoquer au choix l'une des trois actions étudiée (l'action de droit commun fondée sur l'obligation de délivrance, la garantie légale de conformité du droit de la consommation, ou la garantie des vices cachés). Cependant rappelons que la directive du 25 mai 1999 instituant la garantie légale de conformité précise que la mise en œuvre de la garantie n'empêche pas la mise en œuvre du droit commun de l'État membre¹¹⁴¹. Il est donc possible pour le demandeur

¹¹³⁷ C. civ. fr., art. 1625 ; C. civ. lux., art. 1625.

¹¹³⁸ Civ. 1^{ère}, 18 nov. 1997, n° 95-16367.

¹¹³⁹ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *op. cit.*

¹¹⁴⁰ TOURNAFOND Olivier, « L'action en garantie des vices cachés ne donne pas ouverture à une action en responsabilité contractuelle », D. 1993, p. 242.

¹¹⁴¹ Dir. 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, art. 8, paragr. 1.

d'invoquer une action à titre principal et les autres à titre subsidiaire¹¹⁴². Les Codes de la consommation français et luxembourgeois précisent d'ailleurs expressément que la garantie légale de conformité ne prive pas le consommateur de mettre en œuvre, entre autre, la garantie des vices cachés¹¹⁴³.

381. Cependant, la Cour de cassation française a, dans son arrêt précité du 5 mai 1993, déclaré que l'existence d'un vice de la chose exclut l'action de droit commun fondée sur l'inexécution de l'obligation de délivrance¹¹⁴⁴. La position de la Cour de cassation est désapprouvée par certains auteurs¹¹⁴⁵, notamment MM. Jean Calais-Auloy et Henri Temple, qui estiment qu'« *il n'y a pas [...] de différence fondamentale entre livrer une chose impropre à son usage normal et livrer une chose ne correspondant pas aux spécifications du contrat* »¹¹⁴⁶. Ils poursuivent en affirmant que « *[d]ans un cas comme dans l'autre, c'est l'attente légitime du consommateur qui est déçue. Pourquoi apporter des solutions différentes à des problèmes identiques ?* »¹¹⁴⁷. De plus, si les vices cachés et les défauts de conformité sont différents en théorie, la distinction n'est pas si aisée en pratique.

382. Malgré la complexité de la question relative au concours d'actions, l'acquéreur qui décide d'agir sur le fondement de la garantie des vices cachés doit apporter la preuve de plusieurs caractéristiques du vice. Ce dernier doit être inhérent à la chose, occulte au moment de la conclusion du contrat, antérieur à la vente et d'une telle gravité qu'il empêche l'usage normal de la chose ou le réduit considérablement¹¹⁴⁸. La réunion de ces éléments offre le choix au consommateur entre l'action estimatoire, la réduction du prix, et l'action rédhibitoire, l'anéantissement du contrat¹¹⁴⁹.

¹¹⁴² CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 237-2.

¹¹⁴³ C. consom. fr., art. L. 211-13 ; C. consom., lux., art. L. 212-8.

¹¹⁴⁴ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *op. cit.*, n° 229.

¹¹⁴⁵ CALAIS-AULOY Jean, « De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité », *Mélanges Mouly, Litec*, 1998, II, p. 63 ; précité : CASAUX-LABRUNÉE Lise, « Vice caché et défaut de conformité : propos non conformistes sur une distinction viciée (à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 septembre 1997) », *D.* 1999, p. 1 ; d'autres auteurs approuvent la position de la Cour dont : TOURNAFOND Olivier, « Les prétendus concours d'action et le contrat de vente », *D.* 1989, chron. 237 ; du même auteur, également précité : « L'action en garantie des vices cachés ne donne pas ouverture à une action en responsabilité contractuelle », *D.* 1993, p. 242.

¹¹⁴⁶ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *op. cit.*, n° 229.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*

¹¹⁴⁸ La Cour de cassation française a récemment jugé dans un arrêt du 17 février 2016 (n° 15-12741) que le vendeur d'un matelas affecté d'un vice caché (décomposition) ne peut pas s'exonérer en rapportant la preuve d'avoir livré avec le bien la notice d'entretien.

¹¹⁴⁹ C. civ. fr., art. 1644 ; C. civ. lux., art. 1644.

383. Nous venons de voir qu'en droit français comme en droit luxembourgeois, le manquement par le professionnel à une obligation légale d'information sans sanction expresse peut aboutir à l'annulation ou à la résolution du contrat de consommation. Ces sanctions peuvent s'avérer être des sanctions réparatrices efficaces lorsqu'elles sont adaptées au type de préjudice en cause et le réparent intégralement. Cependant, ces fondements comportent certains obstacles à l'action du consommateur pouvant empêcher le prononcé de la sanction. L'ineffectivité de la sanction la rend alors également inefficace.

b. Les difficultés probatoires de l'anéantissement rétroactif du contrat

384. L'anéantissement rétroactif du contrat est inadapté à la sanction de l'obligation légale d'information pour trois raisons principales. La première raison tient à la sanction même tandis que les deux autres sont inhérentes aux fondements de cette sanction.

385. Tout d'abord, l'annulation du contrat est une sanction lourde qui n'est pas forcément adaptée au litige de consommation et plus précisément aux besoins du consommateur, notamment en présence d'un défaut de conformité du bien de consommation. En effet, le consommateur préfère souvent obtenir un bien ou un service conforme à son attente, l'exécution du contrat, la réparation ou la mise en conformité de son bien. Ainsi MM. Jean Calais-Auloy et Henri Temple précisent que le consommateur ne souhaite pas forcément l'annulation du contrat car « *ce qu'il désire, c'est obtenir une chose ou un service qui répond à son attente* »¹¹⁵⁰. Enfin on peut rappeler qu'en présence d'un dol, le consommateur peut solliciter l'allocation de dommages et intérêts en dehors de toute demande de nullité du contrat¹¹⁵¹, mais certains auteurs remarquent que cette possibilité est mal connue et donc peu utilisée¹¹⁵².

Ainsi, l'anéantissement rétroactif du contrat de consommation est adapté à certaines situations auxquelles son prononcé devrait être circonscrit. Nathalie Douche-Doyette estime que « *[l]e contrat doit être supprimé si, en raison de la faute du professionnel, il ne présente aucun*

¹¹⁵⁰ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *op. cit.*, n° 223.

¹¹⁵¹ GHESTIN Jacques, *La formation du contrat*, LGDJ, 1993, n° 574 et s.

¹¹⁵² CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *op. cit.*, *ibid.* Ex. en droit lux. : CA, 4 juill. 2007, Pas. 34, p. 41 ; CA, 13 janv. 1998, Pas. 30, p. 465.

intérêt pour le consommateur »¹¹⁵³. L'auteur explique ensuite dans quels cas l'anéantissement du contrat répare l'inutilité du contrat. Tout d'abord, « *lorsque le contrat conserve une utilité pour le contractant, soit qu'il aurait contracté à d'autres conditions, soit qu'il est dépendant du contrat, alors la nullité est une mesure qui répare inefficacement l'altération du consentement parce qu'elle ne correspond pas à ce qui se serait passé en l'absence d'une telle altération. Inversement, lorsque le contrat ne présente aucune utilité pour le contractant en raison de l'altération du consentement, la nullité est une sanction pleinement efficace parce qu'elle rétablit la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence d'altération de son consentement* »¹¹⁵⁴.

386. Ensuite, les actions de droit commun permettant l'annulation rétroactive du contrat présentent des inconvénients puisqu'elles nécessitent d'agir en justice et de rapporter certains éléments de preuves supplémentaires et difficiles. Par exemple, « *alors que la nullité du contrat serait une sanction efficace par les effets qu'elle produit, effets aptes à réparer la violation dans l'intérêt de la victime, ses conditions empêchent le juge de la prononcer* »¹¹⁵⁵. La nécessité d'agir en justice peut constituer un obstacle à l'action du consommateur. En effet, la lenteur et le coût du procès peuvent le dissuader¹¹⁵⁶.

387. Afin de voir sa demande aboutir, le consommateur va souvent devoir rapporter des éléments de preuve supplémentaires au simple manquement à l'obligation légale d'information. C'est tout d'abord le cas pour la demande en nullité pour vice du consentement pour l'erreur (existence d'une erreur excusable, commune et déterminante du consentement) ou pour dol (manœuvres dolosives ou réticence dolosive intentionnelles ayant provoqué une erreur déterminante du consentement). Est également concernée la demande de résolution du contrat pour inexécution (gravité du manquement) ou pour défaut de conformité de la chose du contrat par le biais de l'obligation de délivrance (non-conformité de la chose objet du

¹¹⁵³ DOUCHE-DOYETTE Nathalie, *La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation*, thèse, Université de Lorraine, 2012, n° 55.

¹¹⁵⁴ DOUCHE-DOYETTE Nathalie, *op. cit.*, n° 54.

¹¹⁵⁵ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 151.

¹¹⁵⁶ V. ROCHFELD Judith et HOUTCIEFF Dimitri, « Perspectives de développement du droit communautaire en matière de droit à la consommation » in SCHULZE Reiner, EBERS Martin und GRIGOLEIT Hans Christoph, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire (Information Requirements and Formation of Contract in the Acquis Communautaire)*, Mohr Siebeck, 2003, p. 72. Mme Élise Poillot le décrit comme un « *coût économique dissuasif pour le consommateur* », (POILLOT Élise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, thèse, LGDJ, 2004, n° 191).

contrat) et l'action rédhibitoire des vices cachés (caractère rédhibitoire, occulte et antérieur du vice).

388. De plus, la difficulté de la preuve peut constituer un obstacle à l'action du consommateur notamment lorsqu'il agit sur le fondement des vices du consentement. En effet, le simple manquement à une obligation légale d'information est insuffisant au prononcé de la nullité du contrat. Des conditions supplémentaires sont requises par le droit commun et constituent autant de preuves à rapporter par la victime. Par exemple en droit français quant au contrat de voyage à forfait pour lequel, nous l'avons vu, le professionnel doit notamment reproduire des mentions obligatoires dans les brochures qu'il met à disposition des consommateurs, M. Christophe Lachière expose l'inadaptation du droit commun à sanctionner le manquement à cette obligation puisque « *[l]a nullité du contrat ne peut être prononcée que si le défaut de publication des dispositions réglementaires a provoqué un vice du consentement, ce qui paraît peu probable* »¹¹⁵⁷.

Ces conditions supplémentaires (au simple manquement à l'obligation d'information) s'expliquent par la vocation du droit commun à s'appliquer aux relations entre contractants de même qualité, particuliers ou professionnels. La sécurité juridique des contrats nécessite que le contractant s'estimant lésé par l'autre partie apporte certains éléments au soutien de sa demande, afin de prouver le déséquilibre existant (ici informatif) et qui a vicié son consentement. Cependant, ces conditions supplémentaires perdent leur pertinence lorsqu'elles s'appliquent à un litige de consommation dans lequel la relation est déjà asymétrique puisqu'opposant un sachant à un profane. Nous verrons que la jurisprudence française comme luxembourgeoise a parfois pris en compte ce déséquilibre informatif inhérent au contrat de consommation afin de faciliter l'action du consommateur.

389. Tout d'abord le consommateur peut agir sur le fondement de l'erreur¹¹⁵⁸. Pour voir son action aboutir, la victime de l'erreur devra prouver l'existence de celle-ci, autrement dit l'altération de la perception de la réalité, que l'erreur porte sur les qualités substantielles de la chose objet du contrat et que l'erreur est excusable, commune et déterminante de son consentement.

¹¹⁵⁷ LACHIERÈZE Christophe, fasc. 997, « Contrat de voyages », J.-Cl. Conc.-consom. n° 24.

¹¹⁵⁸ C. civ. fr., art. 1110 ; C. civ. lux., art. 1110.

Certains auteurs constatent la difficulté à établir l'erreur qui est un « *fait purement psychologique* »¹¹⁵⁹. Mme Nathalie Rzepecky dénonce d'ailleurs le domaine d'application trop restreint de l'erreur qui exclut l'erreur sur la valeur¹¹⁶⁰. De plus, le caractère déterminant de l'erreur est également complexe à rapporter. MM. J. Calais-Auloy et H. Temple affirment qu'« *[i]l n'en demeure pas moins que la réussite de l'action est aléatoire, car le demandeur doit prouver qu'il s'est trompé sur une qualité de la chose et que cette qualité était déterminante* »¹¹⁶¹. Ainsi, le juge luxembourgeois a refusé d'annuler la vente d'un véhicule d'occasion conclu entre un particulier et un garage au motif que « *l'acheteur ne rapportait pas la preuve que s'il avait connu les dégâts du côté droit au moment de la vente, cela l'aurait empêché de contracter, et cela au vu du fait qu'il avait été d'accord d'acheter un véhicule accidenté* »¹¹⁶².

Afin de faciliter l'action de la victime, Nathalie Rzepecky propose de consacrer « *l'erreur due à un défaut d'information en vice du consentement autonome* »¹¹⁶³. De ce fait, « *[a]ux côtés de l'erreur spontanée et de l'erreur provoquée, prendra ainsi place l'erreur occasionnée par un défaut d'information* »¹¹⁶⁴. Le consommateur devra uniquement prouver que le défaut d'information a entraîné une erreur déterminante de son consentement. L'auteur explique qu'à la différence de l'action fondée sur l'article 1110 du Code civil, « *l'erreur pourra être quelconque, [et] pourra, par exemple, porter sur le prix du bien ou du service* »¹¹⁶⁵. Ceci présenterait « *le double avantage d'apporter une protection convenable à la victime d'un défaut d'information et de rendre tout son sens à la notion de dol qui, sous les assauts répétés de la jurisprudence, avait perdu de son essence* »¹¹⁶⁶. En effet, la jurisprudence française et luxembourgeoise a parfois tenté d'adapter les conditions de droit commun du dol aux conflits de consommation.

¹¹⁵⁹ (TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit Civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} édition, 2013, n° 229).

¹¹⁶⁰ RZEPECKY Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du droit*, thèse, PU D'Aix-Marseille, 2002, n° 579 et s. et n° 802.

¹¹⁶¹ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henry, *op. cit.*, n° 223.

¹¹⁶² Trib. Luxembourg, 1^{er} juill. 2011, n° 134738, BIJ, 2012, p. 57, cité par : POELMANS Olivier, *Droit des obligations au Luxembourg. Principes généraux et examen de jurisprudence*, Larcier, Les Dossiers du J.T.L., 2013, n° 61.

¹¹⁶³ RZEPECKY Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du droit*, thèse, PU D'Aix-Marseille, 2002, n° 803.

¹¹⁶⁴ RZEPECKY Nathalie, *op. cit.*, n° 805.

¹¹⁶⁵ RZEPECKY Nathalie, *op. cit.*, n° 805.

¹¹⁶⁶ RZEPECKY Nathalie, *op. cit.*, n° 806.

390. Lorsque le consommateur agit sur le fondement du dol, la première difficulté réside dans la preuve des manœuvres dolosives lorsqu'est en cause une réticence. En effet, cela revient à demander à la victime de prouver une omission, une absence d'action. Afin de faciliter l'action du consommateur, les juges français¹¹⁶⁷ et luxembourgeois¹¹⁶⁸ ont admis qu'en cas de réticence dolosive, il incombe au professionnel de prouver l'exécution de son devoir d'information. Certains auteurs estiment que le juge « *opère donc incontestablement un renversement de la charge de la preuve* »¹¹⁶⁹.

Cette jurisprudence équitable repose sur le fait que le professionnel, le sachant, a à sa charge de nombreuses obligations légales d'information envers le consommateur, le profane¹¹⁷⁰. Ce premier est réputé connaître ses obligations, à l'inverse du second. L'application effective du droit de la consommation et la protection du consommateur exigent qu'il ne revienne pas au consommateur de prouver une chose qu'il ignore, en l'espèce le fait que le professionnel avait une obligation légale d'information envers lui, mais bien au professionnel de rapporter la preuve qu'il a exécuté une obligation dont il devait avoir connaissance. Cette solution consistant à faire peser la charge de la preuve sur le sachant semble équitable et logique. Cette solution a pu être qualifiée de « *troublante car elle singulariserait la réticence dolosive par rapport au dol classique* » mais serait « *conforme au souci de concilier charge de la preuve et aptitude de la preuve* »¹¹⁷¹.

Les juges ont donc su adapter le droit commun à un conflit de consommation. En effet, cette jurisprudence reprend les termes de l'article L. 111-5 du Code de la consommation français

¹¹⁶⁷ Ce revirement a été opéré en droit français par un arrêt du 15 mai 2002 (Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2002, n° 99-21521). Dans cette espèce, la Cour d'appel avait rejeté la demande du consommateur d'annuler un contrat de vente automobile pour réticence dolosive au motif qu'il ne rapportait pas la preuve de la dissimulation par le garagiste professionnel du fait que le véhicule avait été accidenté. La Cour de cassation casse cet arrêt au visa de l'article 1315 du Code civil qui dispose que « *[c]elui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ». La Cour affirme qu'il pèse sur le garagiste une obligation de renseignement à l'égard de son client et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté son obligation d'information.

¹¹⁶⁸ POELMANS Olivier, *Droit des obligations au Luxembourg. Principes généraux et examen de jurisprudence*, Larcier, Les Dossiers du J.T.L., 2013, n° 24. L'auteur cite par ex. un arrêt de la Cour d'appel du 2 févr. 2011, n° 29968, BIJ, 2011, p. 8.

¹¹⁶⁹ MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « Mais une nouvelle avancée probatoire pour l'acheteur déçu, à mi-chemin entre l'obligation de renseignement et la réticence dolosive », RTD Civ. 2003, p. 84.

¹¹⁷⁰ « *Depuis un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 15 mai 2002, la Haute juridiction a étendu une règle relative à la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle [...] à l'hypothèse de la réticence dolosive. Par cette décision, il appartiendrait désormais à celui qui se voit reprocher un cas de réticence dolosive pour manquement à une obligation précontractuelle d'information, dont il est en principe débiteur, de prouver qu'il a bien exécuté cette dernière* » (AMRANI MEKKI Soraya, « Droit des contrats », D. 2005, p. 2836).

¹¹⁷¹ AMRANI MEKKI Soraya, « Droit des contrats », D. 2005, p. 2836.

[anc. art. L. 111-4, paragraphe I]¹¹⁷² selon lesquels « [e]n cas de litige relatif à l'application des articles L. 111-1, L. 111-2 et L. 111-4 [anc. art. L. 111-1 à L. 111-3]¹¹⁷³, il appartient au professionnel de prouver qu'il a exécuté ses obligations », en l'espèce qu'il a fourni au consommateur l'information générale précontractuelle¹¹⁷⁴.

Afin de favoriser l'accès au droit du consommateur, il serait pertinent de reprendre ce principe dans un article général intégré au Code de la consommation qui disposerait qu'en cas de litige relatif à l'application d'articles édictant une obligation légale d'information au professionnel, il appartient à celui-ci de prouver qu'il a exécuté son obligation¹¹⁷⁵.

391. Dans un second temps, la victime doit rapporter la preuve du caractère déterminant de l'erreur provoquée par le dol. En effet, sans cette erreur la victime n'aurait pas contracté¹¹⁷⁶. La même difficulté de preuve a précédemment été évoquée à propos de l'erreur. Ainsi, certains auteurs expliquent que le caractère du dol implique « *une tromperie antérieure ou concomitante à la formation du contrat* »¹¹⁷⁷ et d'être apprécié *in concreto* et concluent que « *[l]a solution est éminemment protectrice des faibles et des naïfs, victimes désignées des manœuvres dolosives* »¹¹⁷⁸.

¹¹⁷² C. consom. fr., art. L. 111-4 paragr. I [anc. L. 111-1, paragr. III]. Il n'existe pas d'article équivalent en droit luxembourgeois.

¹¹⁷³ Ajoutés par nous.

¹¹⁷⁴ Dans un arrêt du 8 oct. 2009, la première chambre civile de la Cour de cassation répond au visa de l'article L. 111-1 du Code de la consommation qu'il revient à la banque de prouver qu'elle a exécuté son obligation d'information et non pas au consommateur de rapporter la preuve que « *le banquier a volontairement omis de l'informer sur les risques inhérents à un produit financier* » (Cass. 1^{ère} civ., 8 oct. 2009, n° 08-14405). De la même manière, dans un arrêt du 13 déc. 2012, la Cour de cassation française rappelle, au visa de l'article L. 111-1 du C. consom. et de l'art. 1315 du C. civ. qu'il appartenait à la société VBOS École Pigier « *de justifier qu'elle avait fait connaître à Mme X... , avant la conclusion du contrat, les caractéristiques essentielles de l'enseignement dispensé* » (Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 2012, n° 11-27766).

¹¹⁷⁵ Le nouvel article 1112-1, alinéa 4, du Code civil français pose la règle de preuve, admise en jurisprudence, relative au devoir général d'information : « *[i]l incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie* ».

¹¹⁷⁶ Ce dol est dit principal, en opposition au dol incident, en conséquence duquel la victime aurait contracté mais sous d'autres conditions. Ainsi, une clause déclarant une qualité de l'objet du contrat non déterminante empêche l'apport de cette preuve. Un arrêt de la 3^{ème} Chambre civile du 21 mars 2001 en est l'illustration (n° 99-14399). Dans cette espèce, les acquéreurs d'un appartement demandaient la nullité du contrat de vente pour dol, s'estimant victimes d'une publicité mensongère, celle-ci présentant des intérêts fiscaux qui s'avéraient être inexistantes. La Cour de cassation française estime que la convention ne peut être annulée, faute du caractère déterminant de l'erreur, puisque que les acheteurs avaient signé une clause stipulant que « *le réservataire déclare que la présente réservation n'a pas été déterminée par les éventuelles conséquences comptables et fiscales de ce mandat de gestion de biens et des facturations correspondantes, mais bien pour les qualités intrinsèques de l'immeuble* ».

¹¹⁷⁷ « *Lorsque les manœuvres invoquées par la partie plaignante sont postérieures à l'acte querellé, elles n'ont pu avoir aucune influence sur la partie contractante au moment de la passation de l'action* » (POELMANS Olivier, *Droit des obligations au Luxembourg. Principes généraux et examen de jurisprudence*, Larcier, Les Dossiers du J.T.L., 2013, n° 69).

¹¹⁷⁸ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Les obligations*, Précis Dalloz, 2002, n° 238.

Cependant, l'appréciation de la Cour de cassation française trouve ses limites et n'aboutit pas toujours à la protection du consommateur. En effet, la Cour a décidé récemment à propos d'un contrat d'assurance que « *dans la mesure où la modification du contrat était somme toute, à l'échelle de celui-ci, minime et n'était pas censée concerner une situation courante ; qu'elle ne pouvait donc revêtir pour les assurés un caractère substantiel qui aurait déterminé leur consentement* »¹¹⁷⁹. Or, les avenants au contrat d'assurance en cause comprenaient une clause d'exclusion de garantie qui avait pour conséquence de ne plus couvrir les assurés pour un dommage jusqu'alors pris en charge¹¹⁸⁰. Malgré qu'était en cause une situation peu courante, le dommage s'était réalisée et les assurés n'étaient plus couverts. Ainsi le caractère déterminant de l'erreur provoquée par le dol ne sera pas toujours facile à démontrer pour le consommateur¹¹⁸¹.

392. Enfin la victime du dol doit prouver le caractère intentionnel des manœuvres ou de la réticence. La difficulté réside alors dans la nécessité de « *sonder la psychologie de son auteur* »¹¹⁸². Un arrêt largement commenté de la première Chambre civile de la Cour de cassation française du 13 mai 2003¹¹⁸³ a semé le doute quant à la nécessité de prouver l'élément intentionnel du dol. En effet, la Cour présumait l'intention dolosive d'une banque du seul fait qu'elle a manqué à son obligation précontractuelle d'information envers la caution¹¹⁸⁴. Cependant, cet arrêt reste une solution isolée et la Chambre commerciale a

¹¹⁷⁹ Civ. 2^{ème}, 25 juin 2015, n° 14-18486 et 14-19786.

¹¹⁸⁰ Les avenants au contrat d'assurance renvoyaient aux nouvelles conditions générales ne couvrant plus « *les dommages causés par un véhicule conduit par un enfant mineur de l'assuré lorsqu'il a la propriété ou la garde habituelle du véhicule* ». Or, quelques mois après la survenance de ces avenants, le fils des assurés avait heurté un cycliste alors qu'il conduisait une motocyclette acquise alors qu'il était encore mineur.

¹¹⁸¹ Trib. Luxembourg, 15 févr. 2008, n° 103193, BIJ, 2008, p. 93, cité par POELMANS Olivier, *Droit des obligations au Luxembourg. Principes généraux et examen de jurisprudence*, Larcier, Les Dossiers du Journal des tribunaux Luxembourg, 2013, n° 69.

¹¹⁸² DOUCHE-DOYETTE Nathalie, *op. cit.*, n° 135. Par exemple, dans une affaire, l'assuré estime qu'il a été victime d'un dol puisque l'assureur a profité d'un avenant fait au contrat d'assurance pour modifier les conditions contractuelles et ce sans l'en informer. Dans un arrêt du 25 juin 2015, la Cour de cassation française estime que le caractère intentionnel du dol n'est pas prouvé (Cass. fr., civ. 2^{ème}, 25 juin 2015, n° 14-18486 et n° 14-19786). Or, on peut douter de cette solution puisque la mauvaise foi de l'assureur semble évidente.

¹¹⁸³ Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, n° 01-11511.

¹¹⁸⁴ « *À l'occasion d'un contrat de cautionnement conclu entre une banque créancière et une caution, la Cour de cassation a jugé que le silence gardé par la banque sur la situation irrémédiablement compromise du débiteur était constitutif d'une réticence dolosive sans avoir à établir de caractère intentionnel* » (AMRANI MEKKI Soraya, « *Droit des contrats* », D. 2005, p. 2836). Sur la protection de la caution, v. NOBLOT Cyril, *Droit de la consommation*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 37.

« *Mais cette intention, supposée malveillante, a permis à la jurisprudence de sanctionner la réticence sur le fondement du dol, celui-ci ayant cette particularité d'être à la fois, en droit positif français, un vice du consentement, puisqu'il faut qu'il engendre une erreur dans l'esprit de celui qui le subi, et un délit civil, car il sanctionne une erreur résultant précisément d'un comportement malveillant [...]. Or c'est ce double rattachement de la réticence - à l'obligation précontractuelle d'information et au dol - qui suscite des*

288

rappelé à l'occasion d'un arrêt du 28 juin 2005¹¹⁸⁵ que « *le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi*¹¹⁸⁶, *ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci* ». Dans cette affaire, un consommateur avait contracté un « [c]ontrat d'options sur actions cotées » auprès d'une banque. Il s'estimait victime d'une réticence dolosive puisque celle-ci ne l'avait pas informé des « *risques encourus dans les opérations spéculatives* ». MM. Jacques Mestre et Bertrand Fages concluent alors que « *s'il est vrai que la démonstration d'une réticence dolosive peut parfois s'appuyer sur le manquement à une obligation précontractuelle d'information, on ne doit pas pour autant en déduire que la violation d'une telle obligation est toujours synonyme d'une réticence dolosive, avec toutes les conséquences que celle-ci entraîne* »¹¹⁸⁷. Le contractant qui s'estime victime d'un dol ou d'une réticence dolosive doit établir leurs éléments constitutifs dont fait partie l'intention de l'auteur.

393. Cependant, MM. François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette remarquent que « *le juge déduira le plus souvent l'intention de tromper de la double constatation que celui qui s'est tu connaissait l'information recelée ainsi que son importance pour son partenaire* », et que le juge ira parfois plus loin en considérant que « *le contractant ne pouvait en raison de sa qualité de professionnel ignorer l'information recelée ou encore que cette qualité lui faisait obligation de se renseigner pour informer son partenaire, voir qu'il était tenu d'une obligation d'information à l'égard de son client [...]* »¹¹⁸⁸. Les mêmes auteurs estiment que ces solutions sont insatisfaisantes puisqu'elles reviennent à présumer la mauvaise foi du professionnel, rappelant celle existant en matière des vices cachés et supprimant la nécessité de prouver l'élément intentionnel du dol. Notamment afin de faciliter la sanction de la méconnaissance du formalisme informatif, certains auteurs proposent de présumer l'existence

hésitations, car, selon que l'un des deux aspects l'emporte sur l'autre dans l'esprit des magistrats, et ce n'est plus tout à fait le même régime qui s'applique » (JAMIN Christophe, « La réticence dolosive : délit civil ou manquement à l'obligation pré-contractuelle d'information ? », SJEG n° 7, 13 févr. 2002, II 10027).

¹¹⁸⁵ Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-16794

¹¹⁸⁶ Selon un auteur, « *à le supposer établi* » laisserait entendre qu'il revient à celui qui s'estime victime d'un manquement à l'obligation précontractuelle d'information de le prouver, contredisant ainsi l'arrêt cité précédemment du 15 mai 2002. Cela serait bienvenu selon cet auteur qui estime que l'analogie de la Cour est « *fragile* » dans ce dernier arrêt et « *revient à favoriser, sans justification, la victime d'une réticence dolosive par rapport aux autres victimes d'un vice du consentement* » (AMRANI MEKKI Soraya, « Droit des contrats », D. 2005, p. 2836). Nous avons expliqué qu'au contraire ce renversement de la charge de la preuve est le bienvenu dans le cas d'une réticence dolosive dans un litige de consommation.

¹¹⁸⁷ MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « Où, à l'inverse, réticence dolosive et obligation d'information sont nettement distinguées », RTD Civ. 2005, p. 591.

¹¹⁸⁸ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Les obligations*, Précis Dalloz, 2002, n° 234.

d'un vice du consentement chaque fois que l'obligation d'information n'a pas été exécutée¹¹⁸⁹. Par exemple, en l'absence de mentions obligatoires, le professionnel débiteur de l'obligation devra prouver l'absence d'impact sur le consentement de la victime. Cette proposition a été critiquée par une autre partie de la doctrine au motif que la règle de forme perdrait ainsi son autonomie¹¹⁹⁰.

394. La jurisprudence luxembourgeoise est également hésitante. Si la preuve de l'élément intentionnel est par principe également requise¹¹⁹¹, le juge luxembourgeois a également adopté une position similaire à l'arrêt isolé de la Chambre commerciale française en déduisant le caractère intentionnel du dol de la seule qualité du professionnel. Il a ainsi déclaré que « [l]e comportement du Garage [...], consistant à retenir une information essentielle telle que la date de construction de la voiture vendue, [constitue] [...] un dol par réticence tel que visé par l'article 1116 du Code civil, le caractère volontaire du silence gardé, tel qu'exigé par la jurisprudence, résultant du fait que la réticence a été commise par un vendeur d'automobile professionnel »¹¹⁹².

395. Les décisions divergentes des jurisprudences française et luxembourgeoise reflètent l'indécision des juges. La question reste de savoir si la présomption du caractère intentionnel du dol, indéniablement favorable à l'action du consommateur, est équitable ou trop sévère à l'encontre du professionnel. À ce titre M. Patrick Chauvel précise que « [l]'appréciation de l'intention est inséparable de la considération de la catégorie à laquelle appartient la victime, de sa « qualité ». [...] [T]andis que l'on doit penser que si des faits de dol sont relevés à l'encontre d'un profane, l'intention d'abuser de sa crédulité est très probable, cette idée est beaucoup moins assurée s'il s'agit d'une personne avertie, ou, surtout, d'un

¹¹⁸⁹ FENOUILLET Dominique, « Formalisme informatif », *Revue des contrats* n° 2, 2005, p. 323, spéc. p. 327 ; MAGNIER Véronique, « Les sanctions du formalisme informatif », *JCP G* 2004, I, 106, spéc. n° 21 ; OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Paris, Dalloz, 2002, n°s 214 et s., spéc. n° 229.

¹¹⁹⁰ DAURIAC Isabelle, « Forme, preuve et protection du consentement », in *Mélanges Michelle GOBERT*, *Économica*, 2004, n° 19 et s.

¹¹⁹¹ « Il a ainsi été jugé que la caution qui entend fait [ainsi écrit dans le texte] annuler son engagement de garant pour dol doit prouver que le silence gardé par le banquier sur la situation de dette du débiteur avait pour objet de tromper la caution et de la déterminer à s'engager » (Cour d'appel, 10 janv. 2007, Pas. 33, p. 491, cité par POELMANS Olivier, *Droit des obligations au Luxembourg. Principes généraux et examen de jurisprudence*, Larcier, Les Dossiers du J.T.L., 2013, n° 69).

¹¹⁹² Trib. Diekirch, 14 juill. 2009, n° 99/2009, rôle n° 14411, Judoc n° 99865127. En l'espèce, la voiture d'occasion BMW 323i n'avait pas été construite en janvier 2002 mais en août 1999.

professionnel »¹¹⁹³. La présomption de mauvaise foi de l'auteur du dol, en l'espèce un professionnel, serait donc acceptable lorsque son cocontractant est un consommateur.

396. La doctrine est également partagée sur ce point. Certains auteurs estiment que les solutions présumant l'intention du professionnel sont inadéquates et regrettables puisqu'elles dénaturent le régime juridique du dol¹¹⁹⁴. En déformant la notion de dol pour permettre son application, notamment en assouplissant le caractère intentionnel hérité du droit romain délictuel, Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelle estime que « [s]i le résultat conduit à faciliter la preuve et favorise ainsi le prononcé de la nullité, il conduit aussi inévitablement à des aléas et à des inégalités »¹¹⁹⁵.

397. À l'inverse, d'autres auteurs optent pour l'admission d'une telle présomption. Mme Nathalie Douche-Doyette propose dans sa thèse, afin de rétablir l'efficacité de la théorie des vices du consentement, d'admettre le prononcé de la nullité du contrat lorsque le professionnel aura violé une disposition consumériste de manière non intentionnelle¹¹⁹⁶. Ce raisonnement est en faveur du consommateur puisque la faute du professionnel suffit, en l'espèce le simple manquement à l'obligation légale d'information, sans que le consommateur ait à prouver la mauvaise foi du professionnel. Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles souhaite également une telle évolution et explique que « [p]arce que le but poursuivi par la sanction est d'abord la réparation, la seule inexécution de l'obligation d'information doit suffire à caractériser le vice, indépendamment du caractère intentionnel. C'est une différence importante avec la sanction actuelle du dol qui exige le caractère intentionnel de la réticence »¹¹⁹⁷.

398. Cet auteur a ainsi proposé dans sa thèse la transformation du dol en un nouveau vice du consentement, dont les éléments constitutifs sont adaptés et évitent la distorsion de la notion classique. Ainsi Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelle explique que « [l]a transformation du dol en erreur provoquée permettrait l'abandon de la faute intentionnelle exigée

¹¹⁹³ CHAUVEL Patrick, « Réticence, obligation d'information et volonté de tromper », D. 2006, p. 2774, n° 5.

¹¹⁹⁴ TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *op. cit.* ; AMRANI MEKKI Soraya, *op. cit.*

¹¹⁹⁵ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 158.

¹¹⁹⁶ *Op. cit.*, n° 135 et s.

¹¹⁹⁷ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 428.

actuellement qui ne correspond pas à la fonction réparatrice des sanctions civiles »¹¹⁹⁸. L'auteur explique que l'erreur provoquée, distincte de l'erreur spontanée correspondant au vice de l'erreur de l'article 1110 du Code civil, nécessite la preuve d'une faute mais qui pourrait être de négligence. De plus, l'auteur explique qu'élargir le caractère déterminant de l'erreur provoquée, « *par des actes positifs ou négatifs, aux hypothèses où la victime aurait contracté à d'autres conditions permettrait de sanctionner, sous un même régime, ce que le droit actuel distingue en dol principal et dol incident* »¹¹⁹⁹. En effet, l'auteur explique que la condition du caractère déterminant est comprise en droit positif comme l'incitation à contracter et devrait être élargie à la situation dans laquelle le créancier de l'information n'aurait pas consenti au même contrat¹²⁰⁰. L'auteur conclut que « *[l]'ensemble des violations d'obligations d'information, que celles-ci soient légales ou jurisprudentielles, pourrait être réuni sous un même régime au sein du vice d'erreur provoquée. Cette unification permettrait, notamment, d'exiger une altération réelle du consentement du créancier de l'obligation d'information légale inexécuté, à l'image de l'obligation jurisprudentielle* »¹²⁰¹.

399. En pratique, les juges français et luxembourgeois tentent d'alléger les preuves que le consommateur doit rapporter. Le dol est un outil difficile à invoquer à l'encontre d'un professionnel. Il est complexe de prouver le caractère intentionnel du dol envers un consommateur alors que le comportement du professionnel est systématique, notamment car il utilise des contrats types.

Afin de faciliter la preuve du consommateur, les jurisprudences française et luxembourgeoise admettent déjà que la preuve de l'exécution de l'obligation d'information repose sur le professionnel. Cette solution est en accord avec l'article L. 111-5 du Code de la consommation français [anc. art. L. 111-4, paragraphe I], qui édicte un tel renversement de la charge de la preuve. En effet, lorsqu'un litige est relatif à l'application des obligations générales d'information précontractuelles prévues aux articles L. 111-1, L. 111-2 et L. 111-4

¹¹⁹⁸ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 437.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

¹²⁰⁰ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 417.

¹²⁰¹ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 437. L'auteur précise que « *le vice d'erreur provoqué doit inclure l'inexécution de toutes les obligations d'information, qu'elles soient légales ou jurisprudentielles, de manière à restaurer l'efficacité de ses sanctions. Peu importe que la sanction ait ensuite pour effet de supprimer une clause, de réduire le prix ou de modifier une obligation ; dès lors que la violation d'une obligation d'information a provoqué une erreur, les preuves que la victime doit apporter pour bénéficier d'une réparation doivent être identiques en constituant celles du vice d'erreur provoqué* » (op. cit., n° 685).

[anc. art. L. 111-1, L. 111-2 et L. 111-3]¹²⁰², le Code de la consommation français précise qu'il revient au professionnel de prouver qu'il a exécuté ses obligations. Ensuite, certaines décisions présument la mauvaise foi du contractant professionnel. En combinant ces solutions, le consommateur n'aurait à prouver ni la faute du professionnel, ni le caractère intentionnel de ses manœuvres. La présomption systématique du caractère intentionnel du dol émanant du professionnel serait bénéfique car de nature à encourager le consommateur à agir. En effet, MM. Calais-Auloy et Temple ont constaté le « *relatif échec de la théorie des vices du consentement* »¹²⁰³, le dol étant souvent invoqué par les consommateurs mais peu retenu, notamment à cause des difficultés de preuve que nous venons d'invoquer.

400. En conclusion, s'il est constant en droit français et luxembourgeois qu'il revient au professionnel de prouver qu'il a exécuté son obligation d'information, le consommateur reste parfois contraint d'apporter des preuves supplémentaires et complexes. L'anéantissement rétroactif du contrat par le biais de ces institutions est une sanction qui peut être envisagée mais qu'on ne pourra pas forcément détacher des conditions de mise en œuvre de droit commun. L'anéantissement de la convention n'est pas toujours nécessaire afin de sanctionner le manquement à une obligation légale d'information, celui-ci pouvant simplement entraîner l'éradication de certaines clauses.

¹²⁰² Le premier article impose au vendeur de biens et au prestataire de service d'informer le consommateur, préalablement à la conclusion du contrat, de certaines informations principales, telles les caractéristiques essentielles du bien ou du service, le prix, ses coordonnées, la possibilité de recourir à un médiateur et le cas échéant les modalités relatives aux garanties légales et la date ou le délai de livraison ou d'exécution si elle n'est pas immédiate. Le contenu précis de ces informations est prévu par l'article R. 111-1. Le deuxième article prévoit des informations précontractuelles complémentaires à la charge du prestataire de services lorsqu'il n'y a pas de contrat écrit. Le contenu de ces informations est détaillé à l'article R. 111-2 et R. 111-3. Le troisième article prévoit que le vendeur de meubles doit informer de manière lisible le consommateur quant à la période de disponibilité sur le marché des pièces détachées indispensables à l'utilisation du bien, et confirmer par écrit cette information lors de l'achat du bien. Les modalités d'application sont prévues aux articles D. 111-4 et D. 111-5.

¹²⁰³ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010, n° 223.

Un autre obstacle peut s'ajouter au coût et à la lenteur du procès. En effet, lorsque le Ministère d'avocat n'est pas obligatoire le consommateur ne relèvera pas les vices du consentement. En effet, on peut penser que celui-ci ira rechercher des informations dans le Code de la consommation et non le Code civil. Or, l'assistance d'un avocat sera facultative, et non obligatoire, pour de nombreux litiges de consommation. En effet, en droit français, le consommateur doit obligatoirement recourir à un avocat pour une procédure devant le Tribunal de grande instance en matière civile, autrement dit lorsque le montant du litige est supérieur à 10 000 euros (art. L. 211-3 et L. 221-4 Code de l'organisation judiciaire), et devant la Cour d'appel. De la même manière, en droit luxembourgeois, le ministère d'avocat est obligatoire devant le tribunal d'arrondissement en matière civile (art. 67 du NCPC) lorsque le montant du litige est supérieur à 10 000 euros ou indéterminé (art. 2 et 20 du NCPC) et devant la Cour d'appel (art. 585 NCPC).

2. Les sanctions permettant de restaurer l'équilibre du contrat

401. « Signer un contrat, un bon de commande, est devenu aujourd'hui un geste habituel »¹²⁰⁴. Or, un contrat valablement formé peut parfois être déséquilibré. Les contrats de consommation sont propices à cette situation puisqu'il s'agit de contrats d'adhésion dont le contenu ne peut pas être négocié par le consommateur. Ce type de contrat implique que les conditions générales sont déterminées unilatéralement par le professionnel et acceptées telles quelles par le consommateur. Le professionnel veillant en priorité à son propre intérêt, il peut en résulter un certain déséquilibre entre les droits et les obligations des parties. Ce déséquilibre peut concerner l'information du consommateur et avoir pour origine le manquement par le professionnel à une obligation légale d'information. C'est ainsi qu'un juge français a estimé à propos d'un contrat de services de communications électroniques¹²⁰⁵ qu'« une clause qui ne permet pas de s'assurer de la communication réelle des tarifs au consommateur alors que ce dernier doit s'engager sur ces tarifs de manière expresse et préalable, apparaît être source de déséquilibre contractuel [...] »¹²⁰⁶. Divers mécanismes permettent de sanctionner le manquement à une obligation légale d'information sans sanction expresse ayant créée un déséquilibre contractuel.

402. Nous avons constaté dans les développements précédents que la violation d'une obligation légale d'information dans les contrats de consommation français et luxembourgeois créant un déséquilibre du contrat pouvait être déclarées illicites, et être éradiquées du contrat, ou inopposables.

Nous verrons que la mise en œuvre de certains d'entre eux requiert la réunion d'éléments supplémentaires. Ces mécanismes appliquent des techniques juridiques différentes (anéantissent ou éradiquent la clause du contrat), mais ils ont pour point commun de l'empêcher de produire des effets juridiques et rééquilibrent ainsi le contrat. Nous verrons que ces clauses peuvent être déclarées abusives (a)¹²⁰⁷ ou être réputées nulles et non écrites dans

¹²⁰⁴ BRICKS Hélène, *Les clauses abusives*, thèse, Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1982, n° 2.

¹²⁰⁵ Ces contrats comprennent les contrats de fourniture de téléphonie et les contrats d'accès à Internet. V. AVENA-ROBARDET Valérie, « Clauses abusives dans les contrats de téléphonie mobile : encore et toujours », D. 2004, p. 635 ; STOFFEL-MUNCK Philippe, « Bouquet de clauses abusives chez Wanadoo », Comm. comm. électr. n° 9, sept. 2006, comm. 126, p. 2.

¹²⁰⁶ TGI Nanterre, 3 mars 2006, RG n° 04/03016, p. 27.

¹²⁰⁷ Les exemples cités sont principalement tirés de la jurisprudence française, à défaut d'en avoir trouvé en droit luxembourgeois. Cependant, la législation luxembourgeoise est similaire à la législation française et pourrait donc être appliquée de la même manière.

un cas particulier en droit luxembourgeois (b).

a. La sanction des clauses abusives

403. Le manquement à une obligation légale d'information ne recevant aucune sanction expresse peut être sanctionné par la réglementation sur les clauses abusives, soit parce que la clause elle-même induit le consommateur en erreur par son contenu ou sa présentation, soit parce qu'elle prévoit des modalités d'information non satisfaisantes. En France, les contrats de communications électronique (téléphonie mobile, accès à Internet) et les contrats de crédits à la consommation sont particulièrement concernés. Nous pouvons illustrer les deux hypothèses évoquées. A tout d'abord été déclarée abusive par le tribunal d'instance de Vienne¹²⁰⁸ la clause de nature à induire le consommateur en erreur sur la gratuité du prêt qui se conjugue à un défaut de lisibilité due à la petitesse des caractères, « *largement inférieure* »¹²⁰⁹ au corps huit imposé par le Code de la consommation français¹²¹⁰. À été déclarée abusive une clause, relative à l'assurance chômage dans un contrat de prêt à la consommation, en raison de son caractère obscur pour un lecteur profane, empêchant celui-ci de comprendre de manière non équivoque sa portée¹²¹¹. Ensuite, a été déclarée abusive la clause qui prévoit la délivrance de l'information exigée par l'article L. 311-9 du Code de la consommation¹²¹², relative aux conditions de reconduction du contrat de prêt à la consommation, par simple mention sur un listing informatique, en ce qu'elle renverse la charge de la preuve au détriment du consommateur¹²¹³.

¹²⁰⁸ TI Vienne, 14 mars 2003, *Cofidis c./ F.*, JurisData n° 2003-212562, RAYMOND Guy, « Clauses abusives », *Contrats-conc.-consom.* n° 7, juill. 2003, comm. 118.

¹²⁰⁹ *Ibid.*

¹²¹⁰ Le Code de la consommation français impose au professionnel de rédiger le contrat de crédit à la consommation en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit (anc. art. R. 311-6 ; actuel art. R. 312-10, al. 1 – depuis le 1^{er} juill. 2016).

¹²¹¹ CA Paris, 15 juin 2001, JurisData n° 2001-153910, *Contrats-conc.-consom.* 2002, comm. 15, obs. Guy Raymond.

¹²¹² L'offre de crédit à la consommation doit préciser que le contrat est limité à un an renouvelable et que le prêteur devra informer l'emprunteur, trois mois avant l'échéance, des conditions de reconduction du contrat. L'article L. 311-9, applicable jusqu'au 1^{er} sept. 2005, est devenu l'article L. 311-16 puis l'article L. 312-65 depuis le 1^{er} juill. 2016.

¹²¹³ Cass. 1^{ère} civ. 1^{er} févr. 2005, n° 01-16733, AVENA-ROBARDET Valérie, « Clauses abusives dans les contrats de crédit à la consommation », *D.* 2005, p. 640 (« [s]i le listing informatique peut parfois être admis comme mode de preuve nonobstant le principe selon lequel « nul peut se constituer une preuve à lui-même », la clause qui lui confère valeur probatoire dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs peut très bien se révéler abusive »).

404. Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles a rappelé dans sa thèse, au sujet des clauses abusives, que « *si elles concernent le contenu du contrat, elles s'inscrivent dans une volonté de restaurer un consentement sain* » car « *la législation des clauses abusives a pour fondement l'idée que le contractant faible, même informé, n'a pas les connaissances suffisantes, souvent juridiques, pour apprécier ce qu'elles impliquent réellement, ni la liberté de s'opposer à leur insertion dans le contrat* »¹²¹⁴. Ainsi, en droits français¹²¹⁵ et luxembourgeois, la réglementation des clauses abusives permet notamment de sanctionner le manquement à une obligation légale d'information lorsqu'une clause répondant à ces critères engendre un défaut ou une insuffisance d'information du consommateur. En effet, l'équilibre juridique du contrat – fréquemment qualifié de contrat d'adhésion¹²¹⁶ – peut être altéré par une information insuffisante voire inexistante de la partie faible. Ainsi, « *l'équilibre informationnel* »¹²¹⁷ est affaibli lorsqu'une clause empêche le consommateur de recevoir les informations qui lui sont dues en vertu de la loi. Deux hypothèses sont envisageables, la clause pouvant être abusive soit par sa forme, soit par son contenu. Tout d'abord, la forme de la clause provoque un déséquilibre lorsqu'elle la rend obscure, et ne remplit pas les prescriptions de rédaction claire et compréhensible imposées la directive européenne¹²¹⁸. Ainsi, une clause illisible ou inscrite dans un document non remis au consommateur ne permet pas une information effective de celui-ci¹²¹⁹. Dans un second temps, le contenu de la clause peut être abusif, par exemple lorsqu'elle est incompréhensible ou renferme une

¹²¹⁴ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, p. 10, n° 5.

¹²¹⁵ Depuis l'ordonnance du 14 mars 2016, les non-professionnels ne sont plus mentionnés à l'article L. 212-1 [anc. art. L. 132-1, al. 1] et sont donc exclus du champ d'application de la réglementation des clauses abusives du Code de la consommation français. Parallèlement, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a introduit un article 1171 dans le Code civil dont le premier alinéa dispose que « *[d]ans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ».

¹²¹⁶ Guy Raymond cite quelques exemples de contrats tirés de la jurisprudence pouvant contenir des clauses abusives : « *les contrat de vente ; de location automobile ; de location avec promesse de vente ; de prêt à usage ; de prestations de service ; de publicité ; d'ouverture de compte bancaire ; de carte bancaire ; d'assurance ; de crédit à la consommation ; de fourniture d'accès à Internet ; de téléphonie mobile ; de télésurveillance ; d'enseignement* » (RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 2008, n° 410).

¹²¹⁷ Ce terme est utilisé par Élise Poillot dans sa thèse (POILLOT Élise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, thèse, L.G.D.J., 2006, n° 287).

¹²¹⁸ Article 5 de la directive. Mme Élise Poillot l'évoque comme étant un aspect de l' « *obligation de transparence* » imposée par la directive (*op. cit.*, n° 286).

¹²¹⁹ La Commission des clauses abusives constate, à propos des contrats de locations de véhicules automobiles que « *[...] la plupart des contrats sont rédigés de manière quasi illisible compte tenu soit de la taille des caractères soit d'une impression claire sur fond pâle ce qui d'une part ne permet pas au consommateur d'avoir une lecture simple des clauses qu'il signe et d'autre part est contraire aux dispositions de l'article L. 133-2 du code de la consommation (qui impose que les clauses soient présentées et rédigées "de façon claire et compréhensible")* » (CCA, recommandation n° 96-02, « Location de véhicules automobiles », BOCCRF du 3 sept. 1993).

information erronée¹²²⁰. En définitif, la clause est abusive car elle crée un déséquilibre en limitant l'accès du consommateur à l'information dont il a besoin pour conclure un contrat en toute connaissance de cause, information qui peut être imposée au professionnel par la loi¹²²¹. Il conviendra de définir les éléments constitutifs ainsi que la sanction des clauses abusives en droits français et luxembourgeois avant de donner quelques illustrations.

405. Tout d'abord nous pouvons constater que les éléments constitutifs des clauses abusives ainsi que leur sanction diffèrent en droit français et en droit luxembourgeois. Le législateur européen a défini la clause abusive comme la clause qui « crée[r] au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat »¹²²². Le législateur français a repris cette définition en exigeant un déséquilibre significatif¹²²³ tandis que le législateur luxembourgeois demande uniquement un déséquilibre¹²²⁴. Ainsi Georges Ravarani considère que la législation luxembourgeoise est plus protectrice que la directive puisqu'elle n'exige pas un déséquilibre particulièrement grave¹²²⁵. Cependant, en pratique la différence est faible entre le « déséquilibre significatif » de la loi française et le simple « déséquilibre » en droit luxembourgeois. En effet, les juges

¹²²⁰ Il convient de rappeler la limite logique à la répression des clauses abusives : une condition contractuelle reprenant une obligation légale d'information ne peut pas être considérée comme abusive (à propos de l'art. L. 121-84 : CA Versailles, 9 sept. 2009, RG n° 07/05200).

¹²²¹ D'ailleurs il est une hypothèse dans laquelle le déséquilibre « informationnel » est présumé exister de manière irréfutable en droit français. Il s'agit de la clause qui a pour objet ou pour effet de « constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion » (C. consom. fr., R. 212-1, 1° [anc. art. R. 132-1, 1°]). La nature irréfutable de la présomption s'explique par l'absence systématique de consentement que ce type de clause engendre.

¹²²² Dir. n° 93/13/CEE du 5 avril 1993, art. 3, paragr. 1.

¹²²³ Dir. n° 93/13/CEE, art. 3 paragr. 1 ; C. consom. fr., art. L. 212-1, al. 1 [anc. art. L. 132-1, al.1]. V. PIEDELIÈVRE Stéphane, *Droit de la consommation*, MOLFESSIS Nicolas (dir.), Corpus Droit Privé, Économica, 2008, n° 430 et s.

¹²²⁴ C. consom. lux., art. L. 211-2, (1). Il ressort de l'art. 8 de la directive qu'elle est d'harmonisation minimale puisqu'il dispose que les États membres peuvent adopter ou conserver des mesures plus sévères en droit national afin d'assurer une protection élevée de la consommation. Le législateur a également élargi le champ d'application de la directive. En effet, la directive dispose que la réglementation des clauses abusives s'applique aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs (art. 1, paragr. 1). Toujours en vertu de l'art. 8 de la dir., le législateur français a étendu la protection des clauses abusives aux non-professionnels (v. HENRY Xavier, « Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité », D. 2003, p. 2557 ; PICOD Yves, « Le contrôle des clauses abusives : diversité d'approches entre le droit de la consommation et le droit des pratiques restrictives de concurrence », in PUIGELIER Catherine (dir.), *La diversité du droit, Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 1109 et s.

¹²²⁵ RAVARANI Georges, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasirisie luxembourgeoise 2014, 3^{ème} édition, 2014, n° 760. L'auteur note et déplore qu'un jugement luxembourgeois se soit inspiré de la loi et de la doctrine belge puisqu'il exigeait un déséquilibre « manifeste » (loi du 14 juill. 1991). V. COUSTANCE Frédérique, « Les clauses abusives en droit luxembourgeois : état des lieux de la législation et de son application », ACE – le magazine des professionnels vol. 7 (2012), n° 5, pp. 3-11.

français et luxembourgeois possèdent la même approche des clauses abusives, le terme « significatif » en droit français revêtant un aspect symbolique.

406. Quant à la sanction des clauses abusives, le droit européen prévoit simplement qu'elles « ne lient pas les consommateurs »¹²²⁶ et laisse le choix aux États membres de la sanction pourvu qu'elle atteigne le résultat énoncé. Compte tenu de l'histoire commune de ces deux pays, il est surprenant de constater que la sanction choisie par le législateur français diffère de celle choisie par le législateur luxembourgeois. Malgré tout, les deux sanctions semblent répondre aux exigences du droit européen. En effet, les clauses abusives sont réputées non écrites en droit français¹²²⁷ et réputées nulles et non écrites en droit luxembourgeois¹²²⁸. Il convient de s'arrêter un instant sur le régime juridique de ces sanctions afin de comprendre leurs similitudes et leurs différences¹²²⁹.

Si la nullité est une notion connue en droit français et luxembourgeois, il n'en va pas de même du « *réputé nul et non écrit* » qui est étranger au droit français¹²³⁰, ce dernier connaissant uniquement le « *réputé non écrit* »¹²³¹. Pour tenter de définir la sanction du réputé nul et non écrit, il convient d'analyser les deux dont elle est composée, le réputé nul d'une part, et le réputé non écrit¹²³² d'autre part. M. Jérôme Kullmann explique que « [l]a nullité est une technique juridique d'anéantissement d'un acte à la suite de sa critique, l'annulation devant

¹²²⁶ Dir. n° 93/13/CEE, art. 6, paragr. 1. Sur l'attitude nuancée du législateur européen quant à l'élaboration de sanction, v. n° 68 et s.

¹²²⁷ C. consom. fr., art. L. 241-1, al. 1 [anc. art. L. 132-1, al. 6].

¹²²⁸ C. consom. lux., art. L. 211-2, (1).

¹²²⁹ En France, la loi Hamon a introduit la possibilité de sanctionner les clauses présumées abusives de manière irréfragable, listées à l'article R. 212-1 [anc. art. R. 132-1] du Code de la consommation, par une amende administrative d'un montant maximum de 3 000 euros pour les personnes physiques et 15 000 euros pour une personne morale (C. consom. fr., L. 241-2, al. 1 [anc. art. L. 132-2, al. 1]). La nature de la présomption inhibe le pouvoir d'appréciation du juge quant à la présence d'un déséquilibre significatif. Une amende administrative peut donc être prononcée uniquement dans les cas les plus graves puisqu'elles sont réputées automatiquement avoir pour objet ou effet de créer un déséquilibre significatif.

En droit luxembourgeois, le professionnel encourt également une amende pénale dans un contexte particulier qui semble assez exceptionnel. L'article L. 211-4 du Code consom. dispose que « [l]e professionnel qui invoque à l'encontre d'un consommateur une clause ou une combinaison de clauses, déclarée abusive et comme telle nulle et non écrite, par une décision judiciaire ayant autorité de chose jugée intervenue à son égard, est puni d'une amende de 300 à 10.000 euros ».

¹²³⁰ Le Code civil français utilise les termes de « non écrit » mais pas de « nul et non écrit ». Ainsi par exemple l'article 1171, alinéa 1, dispose que « [d]ans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». V. PIEDELIÈVRE Stéphane, *Droit de la consommation*, MOLFESSIS Nicolas (dir.), Corpus Droit Privé, Economica, 2008, n° 458 et s. ; PICOD Yves et DAVO Hélène, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey Université, 2010, n° 233 et s.

¹²³¹ GAUDEMET Sophie, *La clause réputée non écrite*, thèse, Recherches Juridiques, Economica, 2006.

¹²³² À propos des clauses réputées non écrites, Hélène Claret rappelle que « [l]'apparition de cette notion est antérieure à l'introduction de celle de clause abusive en droit de la consommation. La jurisprudence admet en effet que certaines clauses qui manifestent un déséquilibre excessif dans les prestations respectives des parties, puissent être réputées non écrites » (CLARET Hélène, « Fasc. n° 10 : Contrats et obligations », J.-Cl. n° 134).

conduire à la destruction de l'apparence et des effets induits par l'acte condamné. Réputer une clause non écrite correspond à une autre technique juridique qui est celle de la fiction : la clause réellement écrite n'est pas écrite. Elle est inexistante »¹²³³. Selon le même auteur, la différence fondamentale séparant ces deux type de clause réside dans le fait qu'« [e]n déclarant qu'une clause est nulle, le législateur ne nie pas qu'elle existe. Il ordonne sa destruction et, pour cela, choisit une technique de sanction, la nullité »¹²³⁴.

Une des conséquences de la nullité d'une clause est qu'elle peut faire tomber la convention dans laquelle elle est insérée si elle était déterminante du consentement du contractant. À l'inverse, l'éradication d'une clause par le réputé non écrit ne peut pas entraîner l'annulation du contrat puisque la clause n'est censée n'avoir jamais existé¹²³⁵. De ce fait, « [l]a fiction est une « bombe propre » qui laisse intacte la convention ; à ce titre, elle est comparable à la nullité partielle »¹²³⁶.

Enfin, la clause non écrite n'est soumise à aucune prescription puisqu'elle est considérée n'avoir jamais existée et peut être invoquée à tout moment¹²³⁷. À l'inverse, l'action en nullité est soumise au délai de prescription de la nullité¹²³⁸. La clause non écrite est considérée comme imprescriptive en doctrine mais en pratique elle est soumise au délai de prescription de droit commun.

M. Jérôme Kullmann insiste sur l'autonomie de la fiction de la clause réputée non écrite qui est nettement opposé au procédé de la nullité et en conclut qu'« [e]lle voudrait que l'on n'utilisât jamais l'expression elle-même aux côtés de la nullité, car la clause est soit nulle, soit réputée non écrite... »¹²³⁹. Comment définir la clause réputée nulle et non écrite édictée

¹²³³ KULLMANN Jérôme, « Remarques sur les clauses réputées abusives », D. 1993, p. 59.

¹²³⁴ KULLMANN Jérôme, *op. cit.*

¹²³⁵ M. Pascal Ancel précise que « la formule « réputée non écrite » indique, [...] au minimum, que cette nullité n'affecte que la clause abusive, et qu'elle laisse subsister le contrat pour le reste » (ANCEL Pascal, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois. Approche comparative*, Larcier, 2015, n° 397). Sur la question des clauses réputées non écrites v. ANCEL Pascal, *op. cit.*, n° 453 et COTTEREAU Vincent, « La clause réputée non écrite », JCP G 1993, vol. I, p. 3691.

¹²³⁶ KULLMANN Jérôme, *op. cit.*

¹²³⁷ Ex. BRAULT Philippe-Hubert, « Fasc. 1284 : Bail commercial », n° 14.

¹²³⁸ En droit français et luxembourgeois, le délai de prescription de droit commun de l'action en nullité d'une convention est de cinq ans (C. civ. fr., art. 2224 ; C. civ. lux., art. 1304, al. 1). Kullmann remarque que la fiction de la clause réputée non écrite « présente l'avantage de permettre le combat de l'illicite sans la contrainte de la prescription de l'action en nullité » (KULLMANN Jérôme, *op. cit.*). Cela a pour conséquence le caractère judiciaire de la nullité de la clause, qui doit être prononcée par le juge, tandis que la clause réputée non écrite est non-contentieuse. Si un jugement déclare une clause non écrite, il ne sera que déclaratif (WITZ Claude, « Sophie GAUDEMET, *La clause réputée non écrite* », RTD Civ. 2008, p. 189).

¹²³⁹ KULLMANN Jérôme, *op. cit.*

en droit luxembourgeois qui est composée de deux notions incompatibles¹²⁴⁰ ? Il semblerait qu'elle puisse être assimilée à une clause nulle et ce pour deux raisons. Tout d'abord, Georges Ravarani mentionne « [l]a nullité des clauses abusives »¹²⁴¹. Ensuite, la jurisprudence emploie de manière récurrente l'expression suivante : « [l]a loi modifiée du 25 août 1983 sur la protection juridique du consommateur, qui sanctionne de nullité les clauses abusives, transpose la directive en droit interne »¹²⁴². En conclusion, le droit français sanctionne les clauses abusives en les déclarant non écrites et le droit luxembourgeois en les déclarant nulles¹²⁴³.

407. Après avoir défini la sanction des clauses abusives en droit français et luxembourgeois, il convient de s'interroger sur ses conséquences. En effet, la disparition de la clause abusive d'un contrat pose la question du devenir de celui-ci. Le réputé non écrit des clauses abusives en droit français fait *a priori* obstacle à l'annulation du contrat dans son entier. En effet, « le juge ne peut annuler le contrat uniquement parce qu'il comporte une ou plusieurs clauses avantageuses pour l'une ou l'autre des parties. Il faut dire que si cette faculté lui était offerte, cela reviendrait à confondre clause abusive et clause illicite »¹²⁴⁴ puisque seule l'illicéité peut entraîner la nullité. Cependant, la directive déroge à ce principe et précise que le contrat est maintenu s'il peut subsister sans ces clauses, autrement dit il peut être annulé s'il ne peut survivre sans elles¹²⁴⁵.

¹²⁴⁰ M. Jérôme Kullmann fournit un exemple de confusion en jurisprudence française. L'auteur cite un arrêt de la Cour d'appel d'Alger qui déclarait « la clause nulle et réputée non écrite et en tout cas inopposable aux adjudicataires » (Civ. 1^{ère}, 5 juill. 1961, Badruna c. Chiche ; KULLMANN Jérôme, *op. cit.*).

¹²⁴¹ RAVARANI Georges, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasirisie luxembourgeoise 2014, 3^{ème} édition, 2014, n° 769.

¹²⁴² Ex. : Trib. Luxembourg, 9 juin 2004, n° 83682 ; Trib. Luxembourg, 22 mars 2006, n° 98/2006 ; Trib. Luxembourg, 26 juin 2006, n° 211/2006 ; Trib. Luxembourg, 24 avr. 2008, n° 122/2008.

¹²⁴³ L'article L. 211-6, paragraphe (2) du Code de la consommation luxembourgeois précise que le consommateur ne peut renoncer à la protection effective dont il bénéficie en vertu de la réglementation des clauses abusives, toute clause contraire étant réputée nulle et non écrite. M. Georges Ravarani relève une incohérence dans le régime juridique de cette nullité. En effet, cette nullité peut à la fois être qualifiée de nullité absolue puisqu'il ressort du Code qu'elle est d'ordre public et de la jurisprudence européenne que le juge a l'obligation de la soulever d'office, et de nullité relative car le consommateur peut y renoncer (RAVARANI Georges, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasirisie luxembourgeoise 2014, 3^{ème} édition, 2014, n° 769).

¹²⁴⁴ DELPECH Xavier, « Clause abusive : le contrat ne peut être annulé en son entier », Dalloz actualité, 26 mars 2012, à propos de l'arrêt CJUE du 15 mars 2012, *Jana Perenicova et Vladislav Perenic*, aff. C-453/10.

¹²⁴⁵ Dir. n° 93/13/CEE, art. 6, paragr. 1. Il ressort de l'arrêt Perenicova de la CJUE du 15 mars 2012 qu'il ne suffit pas que le juge constate la présence de clauses abusives pour prononcer la nullité du contrat, même si elle aurait été plus avantageuse pour le consommateur. Cependant, la nullité du contrat peut être prononcée si cela assure une meilleure protection du consommateur (CJUE, 15 mars 2012, *Jana Pereničova et Vladislav Perenič*, aff. C-453/10 ; CJUE, communiqué de presse n° 27/12 ; ARNAUDEAU Irène, « Chronique de droit européen : clauses abusives et nullité du contrat », La revue de l'avocat conseil d'entreprises, avr. 2012, n° 19, p. 16).

Enfin il est important de relever la particularité procédurale des clauses abusives. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que le juge national a l'obligation de relever d'office les clauses abusives¹²⁴⁶ en vertu de l'application du principe de l'effet utile. Le relevé d'office revêt une importance particulière puisqu'il permet l'effectivité de la sanction et donc celle des dispositions auxquelles elle s'applique. Or, l'effectivité de la sanction est nécessaire à son efficacité réparatrice puisqu'elle lui permet de produire ses effets.

Après avoir défini les éléments constitutifs et les sanctions des clauses abusives en droits français et luxembourgeois, nous pouvons citer quelques exemples de jurisprudence montrant que le défaut d'information (engendré par le manquement à une obligation légale d'information) peut entraîner le prononcé d'une clause abusive, sa suppression du contrat rééquilibrant alors celui-ci¹²⁴⁷.

¹²⁴⁶ Le juge national est tenu de relever d'office le caractère abusif d'une clause seulement lorsqu' « *il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet* » (CJUE, 4 juin 2009, *Pannon*, aff. C-243/08). V. n° 112 et s.

¹²⁴⁷ Nous pouvons donner un exemple de rééquilibrage du contrat. Des assurés sollicitent leur assureur afin d'une part de modifier l'adresse des biens assurés, et d'autre part pour souscrire une assurance juridique. Or l'assureur profite de ces modifications pour produire un avenant au contrat contenant une nouvelle clause d'exclusion de garantie sans en informer les assurés (désormais ceux-ci ne sont plus couverts pour les dommages causés par un véhicule conduit par un enfant mineur de l'assuré lorsqu'il a la propriété ou la garde du véhicule). Lorsque les assurés appellent l'assureur en garantie d'un tel dommage, ils se voient opposer cette nouvelle clause dont ils n'avaient pas été informés. Ils estiment que la clause est abusive car elle procure un avantage excessif au professionnel. Dans un arrêt du 25 juin 2015, la Cour de cassation rejette ce moyen (Cass. 2^{ème}, 25 juin 2015, n° 14-18486 et n° 14-19786) au motif de pur droit que le caractère abusif de la clause ne peut être apprécié au regard du contenu principal du contrat uniquement lorsque la clause n'est pas rédigée de façon claire et compréhensible, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Selon nous, il aurait été opportun que le juge déclare cette clause abusive. En effet, les consommateurs n'ont pas été informés de la modification de leur police d'assurance et n'avaient pas conscience de ne plus être couverts pour un certain type de dommages, alors qu'ils l'étaient avant l'avenant. Est d'ailleurs considérée comme une clause noire la clause qui permet au professionnel de modifier unilatéralement les clauses du contrat, notamment relatives aux caractéristiques du services (C. consom. fr., art. R. 132-2, 3°). Si cette clause d'exclusion de garantie avait été déclarée abusive, elle aurait été réputée nulle et non écrite et les assurés auraient été couverts pour ce dommage. Le contrat d'assurance est ainsi rééquilibré puisque la clause d'exclusion de garantie est réputée nulle, il pèse à nouveau sur l'assureur l'obligation de couvrir le risque.

Autre ex. : crédit renouvelable : avant 2005, la jurisprudence française estimait qu'une clause était obligatoire au sein des contrats de crédit renouvelable afin de permettre au professionnel d'augmenter le montant du crédit disponible. Cette obligation a été reprise par la loi en 2005. Est alors considérée comme abusive la clause qui prévoit qu'il n'y aura pas d'information préalable du consommateur quant à l'augmentation de la réserve de crédit ni quant au droit de rétractation par lequel le consommateur aurait pu refuser l'augmentation du crédit. La clause est réputée non écrite ce qui a pour conséquence que le professionnel n'est plus dispensé de fournir l'offre préalable. Autrement dit il doit faire une offre préalable au consommateur quant à l'augmentation du crédit disponible et à son droit de résiliation. Or, le professionnel n'a pas fait cette offre donc seule l'offre initiale est valable, rendant les augmentations ultérieures non écrites. Le crédit initial est donc maintenu. De plus, l'offre initiale (valable) remonte souvent à plus de deux ans à partir de la première augmentation illégale qui a fait courir la prescription. Il y a prescription du remboursement des montants et le consommateur n'a pas remboursé la banque, ce qui est une sanction sévère envers cette dernière.

408. Ainsi, le juge français a pu déclarer abusives des clauses violant l'obligation posée par l'article L. 111-1 du Code de la consommation car elles créaient un déséquilibre significatif. Dans un premier jugement, le Tribunal de grande instance de Paris¹²⁴⁸ a déclaré « *qu'en s'autorisant à différer au plus tard lors de la livraison du produit vendu, les modes et conseils de son utilisation, la société Père-Noël.fr entend s'affranchir de l'obligation pré-contractuelle d'information mise à sa charge par l'article L. 111-1 du Code de la consommation* ». Cette clause a été réputée abusive et supprimée du contrat par le juge. Le contrat est rééquilibré puisque le professionnel a l'obligation d'informer le consommateur avant la livraison du bien quant à l'utilisation du bien avant la conclusion du contrat, permettant à celui-ci de prendre une décision en toute connaissance de cause.

A également été jugée abusive la clause d'un contrat de vente et d'installation d'une cuisine équipée prévoyant que le bon de commande signé est ferme et définitif et sans faculté de rétractation, même en cas d'erreurs de mesure pouvant entraîner une modification du prix. La Cour d'appel de Nîmes applique les articles L. 111-1 et l'ancien L. 132-1 (actuels L. 212-1, L. 212-3 et L. 241-1) du Code de la consommation et estime que le consommateur n'a pas pu donner de consentement éclairé sur le prix¹²⁴⁹.

Dans une autre affaire, le Tribunal de grande instance de Grenoble¹²⁵⁰ rappelle que la durée du contrat de téléphonie mobile constitue « *un élément essentiel de l'engagement de l'abonné* ». La durée du contrat est donc une des caractéristiques essentielles du service dont le consommateur doit être informées en vertu de l'article L. 111-1 du Code de la consommation. En l'espèce, le contrat était « *souscrit pour une durée d'un an renouvelable tacitement par période égale, sauf dénonciation adressée par l'une ou l'autre des parties par lettre recommandée avec accusé de réception deux mois avant l'échéance du terme* ». Le juge a précisé que l'emplacement de cette « *clause majeure* » dans les conditions générales du contrat de téléphonie mobile « *tend à conférer à France Télécom un avantage créant un déséquilibre significatif en faveur du professionnel* ». En effet, selon le juge, cette clause aurait également dû être présente dans le « *feuillet signé par le client* »¹²⁵¹ afin de garantir

¹²⁴⁸ TGI Paris, 1^{re} ch., sect. soc., 4 févr. 2003, MANARA Cédric, « Rédaction des contrats de vente *via internet* : quelques indications », D. 2003, p. 762.

¹²⁴⁹ En l'espèce la clause est déclarée abusive et le contrat est annulé car le contrat n'a pas pu se former, faute de consentement éclairé du consommateur sur le prix (CA Nîmes, 24 oct. 2013, RG n° 12/05281).

¹²⁵⁰ TGI Grenoble, 7 sept. 2000, AVENA-ROBARDET Valérie, « Les clauses abusives dans les contrats de téléphonie mobile : une espèce en voie de disparition », D. 2000, p. 395.

¹²⁵¹ En l'espèce le juge ne déclare pas la clause abusive en raison du contexte : dans un courrier France Télécom a indiqué au consommateur « qu'il avait la possibilité de céder [son] abonnement Ola d'Itinériss à l'un de [ses]

une information effective du consommateur¹²⁵². La clause est alors déclarée abusive, le rééquilibrage du contrat provenant du fait que le professionnel ne pourra pas reconduire tacitement le contrat automatiquement chaque année, du moins jusqu'à ce qu'il insère également la clause en question dans le feuillet signé par le client, assurant que celui-ci en prenne compte et puisse exercer sa faculté de résiliation. Ainsi, la clause abusive disparaît du contrat à tacite reconduction et si celui-ci se poursuit après le terme, il donne naissance à un nouveau contrat à durée indéterminée auquel le consommateur peut mettre fin¹²⁵³.

Ceci est applicable sous réserve de l'article L. 215-1, alinéa 1 [anc. art. L. 136-1] du Code de la consommation français dont le premier alinéa impose aux professionnels prestataires de services d'informer le consommateur, selon certaines modalités, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite. Le deuxième alinéa [anc. art. L. 136-1, al. 2] dispose que lorsque cette information ne lui a pas été adressée conformément, le consommateur peut gratuitement mettre un terme au contrat à tout moment à compter de la date de reconduction.

409. Des clauses ont également été déclarées abusives dans les contrats français de services de communications électroniques¹²⁵⁴ en ce qui concerne le prix du service¹²⁵⁵ et les conditions générales du contrat¹²⁵⁶.

proches, et qu'elle donnait ainsi l'autorisation de transmission du contrat ». Le juge ne retient alors « *aucun élément abusif* ».

¹²⁵² Un auteur critique cette motivation des juges : « *On soulignera, au passage, la motivation curieuse des juges du fond qui n'ont sanctionné la durée de l'abonnement que parce que le professionnel n'avait pas satisfait à son obligation d'information* » (AVENA-ROBARDET Valérie, « Les clauses abusives dans les contrats de téléphonie mobile : une espèce en voie de disparition », D. 2000, p. 395). En l'espèce, une clause « [...] *faisait du contrat un contrat d'abonnement à durée déterminée, souvent d'un an, avec tacite reconduction* », celui-ci étant « [...] *désormais à durée indéterminée avec une durée minimale initiale [...]* » (AVENA-ROBARDET, *op. cit.*).

Pour remédier ce contentieux récurrent, le législateur a créé l'ancien article L. 121-84-3 par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008¹²⁵² (actuel art. L. 224-36) : « *Lorsqu'un contrat de communications électroniques incluant une clause imposant le respect d'une durée minimum d'exécution a été souscrit par le consommateur, les facturations établies par les fournisseurs de services de communications électroniques au sens du 6° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques doivent mentionner la durée d'engagement restant à courir ou la date de la fin de l'engagement ou, le cas échéant, mentionner que cette durée minimum d'exécution du contrat est échue* ».

¹²⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 2005, n° 02-21366.

¹²⁵⁴ Depuis 2003, les juges peuvent notamment s'appuyer sur la recommandation de la Commission des clauses abusives relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet (CCA, Recommandation n° 03-01 relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet, BOCCRF du 31 janv. 2003). Selon la Commission, sont abusives : la clause qui permet au professionnel de modifier les conditions générales du contrat en ligne (même si le consommateur dispose d'un droit de résiliation) et la clause permettant au professionnel de modifier le prix du service dans un contrat à durée déterminée (là encore, même si le consommateur a une faculté de résiliation). La Commission s'attache à préserver le consentement éclairé du consommateur lorsque les conditions contractuelles initiales évoluent, et condamne, les clauses permettant au professionnel de modifier le contrat sans information effective du consommateur. Il convient tout d'abord de donner quelques exemples, avant de présenter notre

410. Le manquement à une obligation légale d'information peut être sanctionné par la réglementation des clauses abusives mais doit remplir certains critères supplémentaires. En droit français la clause doit avoir pour objet ou effet de créer un déséquilibre significatif, tandis qu'un simple déséquilibre est nécessaire en droit luxembourgeois. Ensuite, le contrat entier peut être annulé à la condition que la clause abusive a été déterminante du consentement, comme par exemple une clause de fixation du prix.

Il est possible qu'à l'avenir cette sanction indirecte du manquement à une obligation légale d'information par la reconnaissance d'une clause abusive se développe avec l'obligation du relevé d'office. En effet, si la nullité est demandée sur le fondement des clauses abusives, elle sera facilitée par le mécanisme procédural du relevé d'office qui garantit l'efficacité de la procédure. La demande de nullité du contrat pour clause abusive sera peut être plus fréquente que celle fondée sur les vices du consentement.

411. En droit français et en droit luxembourgeois, le manquement à une obligation légale d'information peut constituer une clause abusive ou illicite. Ces clauses créant un déséquilibre de l'information entre les contractants sont alors réputées non écrites. Le législateur luxembourgeois a quant à lui prévu que les clauses résultant d'une pratique commerciale

réflexion. Les jugements trouvés sont principalement relatifs à l'information du prix des services et de manière résiduelle aux conditions générales et à la durée du contrat.

¹²⁵⁵ Tout d'abord, concernant l'information sur le prix, l'ancien article L. 121-83, al. 1, c) (actuel art. L. 224-30, al. 1, 3°) exigeait que « *les tarifs pratiqués soient inclus dans le contrat ou dans une brochure que l'abonné peut conserver* » (fasc. 994, *op. cit.*, n° 86.) Si « [...] *l'envoi d'un e-mail peut satisfaire à l'obligation d'information* » (fasc. 994, *op. cit.*, n° 27 : cite TGI Nanterre 2 juin 2004, *préc.* : « [...] *la modification qui correspond à une évolution du prix au cours de la vie du contrat, doit répondre à un certain nombre de critères et notamment l'information préalable du client. Cette information est prévue par l'envoi d'une mention sur la page d'accueil du service A et sur l'adresse e-mail de l'abonné. La société A a donc répondu aux exigences d'information préalable de l'abonné qui dispose s'il n'accepte pas le nouveau prix de la faculté de résilier le contrat* »), est considérée abusive la clause qui édicte que les tarifs sont seulement disponibles sur le site Internet (fasc. 994, *op. cit.*, n° 29 : cite TGI Nanterre, 3 mars 2006, Neuf Télécom (www.clauses-abusives.fr) du professionnel ou à son siège social (Fasc. 994, *op. cit.*, n° 29 : cite TGI Nanterre, 9 févr. 2006, Wanadoo : Comm. com. électr. 2006, note Ph. Stoffel-Munck.) car « *une communication de cette nature ne perme[t] pas de garantir une connaissance effective des dits tarifs* » (Fasc. 994, *op. cit.*, n° 30 : TGI Nanterre, 3 mars 2006, *préc.*). Est aussi considérée comme abusive « *la clause qui permet à l'opérateur d'émettre une facture intermédiaire « selon un critère discrétionnaire relatif à « l'importance du montant des factures » qu'il est le seul à apprécier, la possibilité d'émettre une facture supplémentaire, sans avis préalable auprès du consommateur qui peut se retrouver dans une situation dommageable auprès d'un tiers payeur éventuellement non provisionné en conséquence* » (TGI Nanterre, 3 mars 1999, N° B.O. 12166/97 (www.clauses-abusives.fr)).

¹²⁵⁶ Quant aux conditions générales, le juge « [...] *sanctionne avec régularité l'information résultant de la simple publication de conditions générales de vente, car celles-ci peuvent faire l'objet de modifications unilatérales* » (TGI Nanterre, 2 juin 2004, RG n° 02/03156, cité par : BIOLAY Jean-Jacques, Fasc. 994, « *Contrats de services de communications électroniques* », J.-Cl. n° 27 ; voir AOL : D. 2004, p. 2021).

déloyale sont réputées nulles et non écrites. Le défaut d'une obligation légale d'information peut également être sanctionné dans cette configuration.

- b. Le cas particulier en droit luxembourgeois des clauses réputées nulles et non écrites lorsqu'elles résultent d'une pratique commerciale déloyale

412. En droit français et en droit luxembourgeois, le manquement à une obligation légale d'information peut être sanctionné par le délit pénal de pratique commerciale trompeuse¹²⁵⁷. Il a ainsi récemment été jugé par la Cour de justice de l'Union européenne que « *la communication, par un professionnel à un consommateur, d'une information erronée doit être qualifiée de pratique commerciale trompeuse* »¹²⁵⁸, et ce même si elle ne concernait qu'un seul consommateur¹²⁵⁹. Dans cette affaire, un fournisseur de services de télévision par câble n'avait pas informé un consommateur hongrois de la période exacte d'une facture. Cette information erronée a eu pour conséquence une demande de résiliation anticipée de la part du consommateur et une réclamation des arriérés de paiement par le professionnel (dus pour la période comprise entre la date de fin du contrat demandée par le consommateur basée sur la fausse information et la date réelle de la facture).

413. Le législateur luxembourgeois envisage certaines conséquences civiles du délit pénal de pratique commerciale déloyale. Le Code prévoit expressément le sort des clauses d'un contrat conclues en violation des dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales. Ainsi la loi dispose que « *[t]oute clause ou toute combinaison de clauses d'un contrat, conclue en violation du présent titre [relatif aux pratiques commerciales déloyales], est réputée nulle et non écrite* »¹²⁶⁰. Nous avons déjà tenté précédemment de définir la sanction du réputé nul et

¹²⁵⁷ V. n° 422 et s.

¹²⁵⁸ RAYMOND Guy, « Notion de pratique commerciale », *Contrats-conc.-consom.* n° 7, juill. 2015, comm. 189.

¹²⁵⁹ CJUE, 16 avr. 2015, aff. C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c/ UPC Magyarország Kft.*

¹²⁶⁰ C. consom. lux., art. L. 122-8, paragr. (2). À titre de comparaison, le législateur français a précisé que « *le contrat conclu à la suite d'une pratique commerciale agressive [...] est nul et de nul effet* » (C. consom., L. 132-10 [anc. art. L. 122-15]). La nullité du contrat est automatique, la seule condition à son prononcé étant l'existence de la pratique commerciale agressive dont il découle. Le consommateur victime y trouve une alternative avantageuse à l'action classique en nullité du contrat puisqu'il n'a pas à rapporter la preuve d'un vice du consentement, en l'espèce d'une violence. En effet, le législateur présume qu'une pratique agressive vicie le consentement du consommateur. Ce raisonnement doit être approuvé puisqu'il ressort également de la directive qu'une pratique commerciale agressive altère toujours le consentement du consommateur. Le législateur français est resté muet quant au sort du contrat conclu à la suite d'une pratique commerciale trompeuse. Ce silence peut étonner car une pratique trompeuse peut également vicier le consentement du consommateur. Mais

non écrit à propos des clauses abusives en droit luxembourgeois¹²⁶¹, notamment en comparaison avec la nullité et le réputé non écrit, et pouvons en étudier le champ d'application dans ce contexte particulier.

Il en est ressorti qu'une clause réputée nulle et non écrite peut être assimilée à une clause nulle. Ainsi l'article L. 122-8, paragraphe (2), du Code de la consommation luxembourgeois précise que « *cette nullité ne peut toutefois être invoquée que par le consommateur* ». Les clauses résultant d'une pratique commerciale déloyale peuvent être déclarées nulles sur demande du consommateur et sont donc soumises à un délai de prescription¹²⁶². Enfin le contrat entier pourra être annulé s'il ne peut subsister sans ces clauses, autrement dit si ces clauses étaient déterminantes du consentement.

414. La loi luxembourgeoise applique la sanction du réputé nul et non écrit aux clauses résultant d'une pratique commerciale agressive ou trompeuse. Les pratiques trompeuses nous intéressent en l'espèce puisqu'elles peuvent sanctionner le manquement à une obligation légale d'information. En l'espèce, le manquement à l'obligation légale d'information recevra une sanction pénale, conséquences du délit pénal de pratique commerciale trompeuse, et une sanction civile, puisque les clauses du contrat résultant d'une telle pratique seront réputées nulles et non écrites.

Dans le cadre d'une clause résultant d'une pratique commerciale trompeuse, la sanction civile du réputé nul et non écrit rétablit l'équilibre du contrat puisqu'elle permet d'annuler rétroactivement une clause qui contenait une information déloyale. De plus, le contrat entier sera anéanti s'il ne peut survivre sans cette clause.

415. Le réputé nul et non écrit est une sanction de droit commun appliquée à un contexte particulier qui est celui des pratiques commerciales déloyales. En dehors de ce contexte particulier, cette sanction est appliquée après une appréciation *in concreto* des juges, selon la situation particulière des parties en cause. Or, dans ce contexte particulier du délit de

contrairement à la pratique agressive, il suffit que la pratique trompeuse soit de nature à vicier le consentement d'un consommateur pour être caractérisée. La différence de traitement des pratiques agressives et trompeuses par le législateur français apparaît également dans la législation antérieure à celle du 17 mars 2014 qui prévoyait des sanctions différentes pour les deux types de pratiques commerciales déloyales. Le législateur se montrait plus sévère envers les auteurs des pratiques agressives puisqu'ils encouraient une amende pénale quatre fois supérieure à celle prévue pour le délit de pratique trompeuse.

¹²⁶¹ Voir n° 406.

¹²⁶² En droit français et luxembourgeois, le délai de prescription de droit commun de l'action en nullité d'une convention est de cinq ans (C. civ. fr., art. 2224 ; C. civ. lux., art. 1304, al. 1).

pratiques commerciales déloyales, la sanction de droit commun est prononcée automatiquement à la demande du consommateur, ce qui révèle une appréciation *in abstracto* du législateur luxembourgeois. En effet, ce dernier semble considérer que les clauses qui résultent d'une pratique commerciale agressive ou trompeuse sont déloyales et de ce fait ne doivent pas lier le consommateur moyen. L'appréciation *in abstracto* est favorable au consommateur puisqu'elle s'effectue en référence à un standard et permet la protection des plus faibles.

Une clause déloyale semble impliquer une information déloyale et donc une altération du consentement du consommateur. Or si l'on conçoit le prononcé de la nullité de plein droit d'une clause résultant d'une pratique commerciale agressive puisque celle-ci altère systématiquement le consentement du consommateur par la violence, elle semble discutable quant aux pratiques trompeuses qui n'emportent pas toujours une altération du consentement¹²⁶³.

416. Le principe posé par cet article semble pouvoir être interprété dans le sens de la possibilité d'annulation du contrat conclu dans son entier s'il ne peut survivre sans une clause déterminante qui aurait été annulée. Ainsi le droit luxembourgeois semble admettre que le contrat conclu à la suite d'une pratique commerciale trompeuse peut être annulé sans qu'il y ait à démontrer la présence d'un vice du consentement lorsqu'une telle pratique a été caractérisée, à l'image de la nullité sur le fondement de l'article 6 du Code civil luxembourgeois pour violation de dispositions d'ordre public. Les mêmes remarques peuvent donc être formulées à propos du caractère insatisfaisant de cette sanction qui ne nécessite pas la preuve du vice du consentement. En effet, une sanction réparatrice est efficace lorsqu'elle est adaptée au préjudice subi par le consommateur découlant de la violation considérée.

417. Selon nous, possibilité nullité contrat. Dans ce sens, l'ULC : « *la nullité relative de contrats B2C conclus au mépris des nouvelles dispositions régissant les pratiques commerciales déloyales* »¹²⁶⁴.

¹²⁶³ La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que les pratiques commerciales trompeuses ont leur régime propre (CJUE, 19 sept. 2013, aff C-435/11, *CHS Tour services GmbH c/ Team4 Travel GmbH*). V. RAYMOND Guy, « Des conditions de la pratique commerciale déloyale selon la directive n° 2005/29/CE », CCC n° 12, déc. 2013, comm. 281.

¹²⁶⁴ SCHMITZ Bob, « La codification du droit de la consommation au Luxembourg. Le point de vue des consommateurs », in PRŪM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 86.

418. En conclusion, en droit luxembourgeois, le constat qu'une ou plusieurs clauses résultent d'une pratique commerciale déloyale entraîne automatiquement le prononcé de la sanction du réputé nul et non écrit par le juge, si le consommateur en fait la demande. Le manquement à une obligation légale d'information, qui peut constituer une pratique commerciale trompeuse, peut donc recevoir une sanction civile automatique, le réputé nul et non écrit, qui anéantira rétroactivement la ou les clauses en question. Cependant, cette sanction reste indirecte puisqu'elle nécessite au préalable qu'une pratique déloyale soit caractérisée.

419. Nous avons observé que plusieurs mécanismes restaurent l'équilibre du contrat. En l'espèce, le déséquilibre a été engendré par le manquement à une obligation légale d'information qui ne reçoit pas de sanction expresse. Ces sanctions de droit commun sont le réputé non écrit de la clause (clause abusive en droit français), la nullité de la clause (la clause abusive en droit luxembourgeois est réputée nulle et non écrite mais cette sanction est assimilée à la nullité par la jurisprudence et la doctrine, et clause illicite en droits français et luxembourgeois), le cas particulier en droit luxembourgeois du réputé nul et non écrit d'une clause résultant d'une pratique commerciale déloyale et enfin l'inopposabilité. Ces sanctions permettent au consommateur de ne pas être lié par les conséquences de l'absence de délivrance de l'information qui était due.

Cependant ces sanctions réparatrices ne sont pas toujours adaptées car requièrent des conditions supplémentaires au manquement de l'obligation légale d'information. Ainsi la réglementation des clauses abusives nécessite la preuve d'un déséquilibre (significatif en droit français), et le cas particulier en droit luxembourgeois des clauses réputées nulles et non écrites résultant d'une pratique commerciale déloyale implique au préalable la caractérisation d'une telle pratique. De plus, cette sanction est contestable puisqu'une pratique trompeuse n'est pas toujours de nature à altérer le consentement du consommateur. En conséquence, la réglementation des clauses illicites et l'inopposabilité semblent les plus adaptées au regard puisque le manquement à une obligation légale d'information suffit à entraîner le prononcé de la sanction et ne pose pas de difficultés probatoires.

420. Le manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation dépourvue d'une sanction expresse nécessite le recours à des sanctions civiles applicables à d'autres mécanismes que l'obligation d'information lorsque le consommateur

souhaite obtenir réparation de son préjudice. Les conséquences du manquement par le professionnel à une obligation légale d'information peuvent dépasser le cadre de la relation éventuelle entre un professionnel et un consommateur et le préjudice individuel de ce dernier. Ainsi MM. Jean Calais-Auloy et Henri Temple expliquent que « *[l]e système de production de série et de consommation de masse fait que l'intérêt de chaque consommateur se combine presque toujours avec celui d'autres consommateurs* »¹²⁶⁵. Les auteurs poursuivent en attestant qu'« *[a]ux intérêts individuels se superpose alors un intérêt collectif, qui est celui d'une catégorie de consommateurs, ou même celui de l'ensemble des consommateurs* »¹²⁶⁶. Mme Sabine Bernheim-Desvaux va jusqu'à affirmer que « *[c]ette pénalisation prévue [du droit de la consommation] élève la protection des consommateurs au rang de l'intérêt général* »¹²⁶⁷. Ainsi, la méconnaissance d'une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation ne recevant pas de sanction expresse peut engendrer l'application de sanctions pénales applicables à d'autres mécanismes que l'obligation d'information.

SECTION 2 – LE RECOURS À DES SANCTIONS PÉNALES APPLICABLES À D'AUTRES MÉCANISMES QUE L'OBLIGATION D'INFORMATION

421. Le professionnel qui n'exécute pas une obligation légale d'information qui ne reçoit pas de sanction expresse peut engager sa responsabilité pénale. En droit français comme en droit luxembourgeois, le professionnel peut notamment se rendre coupable du délit pénal de pratiques commerciales trompeuses (§1) et du délit pénal de tromperie (§2). Dans des cas plus graves, non étudiés ici, le professionnel pourra être condamné pour homicide involontaire ou blessures involontaires, par exemple s'il n'a pas fourni les informations suffisantes au consommateur quant aux risques encourus dans l'utilisation du produit¹²⁶⁸.

¹²⁶⁵ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 540.

¹²⁶⁶ *Ibid.*

¹²⁶⁷ BERNHEIM-DESVAUX Sabine, « Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché », RLDA n° 69, mars 2012, n° 3945.

¹²⁶⁸ RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, n° 397.

§1 – Le délit de pratiques commerciales trompeuses

422. Le délit pénal de pratique commerciale déloyale¹²⁶⁹, et plus spécifiquement de pratique commerciale trompeuse¹²⁷⁰, peut sanctionner le manquement par un professionnel à une obligation légale d'information qui ne reçoit pas de sanction expresse. Ceci peut être illustré par un arrêt du 13 janvier 2016 de la Cour de cassation française qui a constaté l'existence d'une pratique commerciale trompeuse par omission de l'information substantielle relative au droit de rétractation. Le juge avait constaté que « *l'information relative au droit de rétractation prévu en matière de contrat de courtage matrimonial n'avait pas été fournie, de façon intelligible, sans ambiguïté ni contretemps, dans le contrat lui-même ou de toute autre manière* »¹²⁷¹. Or, les dispositions relatives au délit de pratique commerciale déloyale précise que sont considérées comme substantielles les informations relatives notamment à l'exercice d'un droit de rétractation prévu par la loi¹²⁷².

423. Nous pouvons rappeler que les pratiques commerciales sont jugées déloyales et donc interdites lorsque d'une part, elles sont contraires à la diligence professionnelle, et d'autre part elles altèrent, ou sont susceptible d'altérer, de manière substantielle, le comportement économique du consommateur¹²⁷³. Ainsi le délit de pratique commerciale trompeuse peut résulter de la violation d'une obligation légale d'information car, à l'image du délit de tromperie, il se caractérise par l'information déloyale du consommateur, qu'il ait pour objet la

¹²⁶⁹ La directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur est transposée en droit français par les lois n° 2008-3 du 3 janvier et n° 2008-776 du 4 août 2008, et en droit luxembourgeois par la loi du 29 avril 2009 (Mém. A – N° 88 du 30 avril 2009, p. 1028 ; cette loi est abrogée par la loi du 8 avril 2011 portant introduction d'un Code de la consommation, Mém. A – N° 69 du 12 avril 2011, p. 1120). Sur les pratiques commerciales déloyales en droit français v. NOBLOT Cyril, *Droit de la consommation*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 146 et s.

¹²⁷⁰ Ces pratiques peuvent être divisées en deux catégories (C. consom. fr., art. L. 121-1 [anc. art. L. 120-1] ; C. consom. lux., art. L. 122-1) : les pratiques commerciales trompeuses (C. consom. fr., art. L. 121-2 à L. 121-4 [anc. art. L. 121-1 et L. 121-1-1] ; C. consom. lux., art. L. 122-2 à L. 122-4) et les pratiques commerciales agressives (C. consom. fr., art. L. 121-6 et L. 121-7 [anc. art. L. 122-11 et L. 122-11-1] ; C. consom. lux., art. L. 122-5 à L. 122-7). Les secondes sont exclues de notre étude car elles ne permettent pas de sanctionner une obligation légale d'information. En matière civile, le délit de pratiques commerciales agressives se rapproche de la violence (Civ. fr., art. 1140 à 1143 [anc. art. 1111 à 1115] ; C. civ. lux., art. 1111 à 1115), qui pourra notamment prendre la forme d'une contrainte économique (ex. en France de violence économique : Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, n° 98-15242, JPC 2001, II, 10461, note G. LOISEAU). En matière pénale, ce délit se rapproche du délit d'abus de faiblesse (C. consom. fr., art. L. 122-8) et du délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse (C. pén. fr., art. 223-15-2 et s. ; C. pén. lux., art. 493).

¹²⁷¹ Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 14-84072.

¹²⁷² C. consom. fr., art. L. 121-3, al. 3, paragr. V [anc. art. L. 121-1, paragr. II, al. 3, paragr. V].

¹²⁷³ C. consom. fr., art. L. 121-1, al. 2 [anc. art. L. 120-1, al. 1] ; C. consom. lux., art. L. 122-1, paragr. (1) et (2).

transmission d'une information fautive ou trompeuse, l'omission ou la dissimulation d'une information.

424. Il conviendra dans un premier temps de définir le délit de pratique commerciale trompeuse et d'en rappeler les éléments constitutifs, particulièrement appliqués à l'obligation légale d'information. Dans un second temps, pourrons être cités des exemples en droits français et luxembourgeois illustrant le fait que le manquement à une obligation légale d'information sans sanction expresse peut être qualifié de pratique commerciale déloyale, et donc être sanctionné pénalement.

425. Avant de rappeler les éléments constitutifs du délit actuel de pratique commerciale trompeuse, nous devons préciser qu'il remplace l'ancien délit de publicité fautive ou de nature à induire en erreur, dite publicité trompeuse¹²⁷⁴, tout en élargissant son champ d'application. La jurisprudence française antérieure à la directive du 11 mai 2005 permettait déjà la sanction d'une obligation légale d'information en l'assimilant à une publicité. Estimant que le support publicitaire était indifférent, les juges français ont pu décider que constituait une publicité l'envoi ou la remise à des clients de « *documents commerciaux tels que bons de commandes, étiquettes, factures* »¹²⁷⁵. À ce titre a été considéré comme une publicité l'étiquetage obligatoire des meubles neufs¹²⁷⁶. En outre, la directive adopte une définition large de la notion de pratique commerciale des entreprises vis-à-vis des consommateurs¹²⁷⁷, permettant d'englober un grand nombre de pratiques¹²⁷⁸.

¹²⁷⁴ C. consom. fr., anc. art. L. 121-1, actuels art. L. 121-2 – depuis le 1^{er} juill. 2016 ; loi luxembourgeoise modifiée du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyales et transposant la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, art. 17 – dite loi « *Concurrence déloyale, publicité trompeuse et comparative* » (Mém. A – N° 90 du 12 août 2002, p. 1830 ; version actualisée dans le recueil des lois spéciales, p. 330).

¹²⁷⁵ Cass. crim., 21 mai 1974, n° 72-91375.

¹²⁷⁶ D. n° 50-813 du 29 juin 1950 modifié pris pour application au commerce du meuble de la loi du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles, art. 1^{er}. Cité en droit français : Cass. crim. 25 juin 1984, n° 83-92808 (sous l'application de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 dite loi Royer relative à la publicité trompeuse).

¹²⁷⁷ Dir. n° 2005/29/CE, art. 2, d) : « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* ». Cette définition est reprise mot pour mot par le Code de la consommation luxembourgeois (art. L. 121-2, point 2), contrairement au Code français qui n'a pas introduit de définition. Cela ne change rien en pratique grâce, d'une part, à la généralité de l'expression « pratique commerciale déloyale », et d'autre part, à l'obligation du juge national d'interpréter son droit à la lumière des directives.

¹²⁷⁸ RAYMOND Guy, « Fasc. 900 : Pratiques commerciales déloyales et agressives », J.-Cl. Conc.-consom., 1^{er} févr. 2016, n° 10.

426. Dans un premier temps, les éléments matériel et moral de l'infraction doivent être caractérisés. L'élément matériel de l'infraction peut être caractérisé de trois manières, chacune impliquant un degré de preuve distinct : une présomption irréfragable, une présomption simple et la définition générale de pratique commerciale déloyale. À de nombreuses reprises, les éléments sur lesquels doivent porter les pratiques commerciales trompeuses coïncident avec les obligations d'informations imposées par le Code de la consommation français et luxembourgeois au professionnel. Nous pouvons détailler ces trois techniques de qualifications afin de mieux nous rendre compte de ce lien.

Tout d'abord, la pratique peut être trompeuse car elle figure dans la liste des pratiques réputées trompeuses de manière irréfragables¹²⁷⁹. Est ainsi considérée comme pratique trompeuse en toute circonstance, le fait pour un professionnel de « *[d]écrire un produit comme étant « gratuit », « à titre gracieux », « sans frais » ou autres termes similaires si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés à la réponse à la pratique commerciale et au fait de prendre possession ou livraison de l'article* »¹²⁸⁰. On retrouve ici l'obligation légale du professionnel d'informer le consommateur du prix du bien ou du service¹²⁸¹. Le consommateur doit recevoir une information loyale et non trompeuse relative au prix de ce qu'il envisage d'acheter.

Ensuite, la pratique peut être qualifiée de trompeuse car elle fait partie de la liste des pratiques trompeuses par action ou omission¹²⁸². Tout d'abord, il ressort des textes français et luxembourgeois qu'une pratique trompeuse par action peut prendre plusieurs formes. En effet, la pratique est trompeuse lorsqu'elle créer une confusion avec un autre bien ou service ou une marque. Ensuite, la pratique est trompeuse lorsqu'elle contient des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur. Ces dernières doivent porter sur certains éléments listés de manière exhaustive : l'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou service ; les caractéristiques essentielles¹²⁸³ du bien ou service (les qualités

¹²⁷⁹ C. consom., fr., art. L. 121-4 [anc. art. L. 121-1-1] ; C. consom. lux., art. L. 122-4.

¹²⁸⁰ C. consom., fr., art. L. 121-4, 19° [anc. art. L. 121-1-1, 19°] ; C. consom. lux., art. L. 122-4, 20.

¹²⁸¹ C. consom. fr., art. L. 112-1 [anc. art. L. 113-3, al. 1] ; C. consom. lux., art. L. 112-1.

¹²⁸² C. consom., fr., art. L. 121-2 et L. 121-3 [anc. art. L. 121-1, paragr. I et II] ; C. consom. lux., art. L. 122-2 et L. 122-3. En France, les professionnels peuvent se prévaloir des dispositions relatives au délit de pratique commerciale trompeuse par action (C. consom. fr., art. L. 121-5 [anc. art. L. 121-1, paragr. III]).

¹²⁸³ Les termes « *caractéristiques essentielles* » sont utilisés pour les pratiques commerciales trompeuses par action en France. Les termes de « *caractéristiques principales* » sont utilisés pour les pratiques commerciales trompeuses par action au Luxembourg, et les pratiques trompeuses par omission en France et au Luxembourg (pratiques commerciales trompeuses par action : C. consom. fr., art. L. 121-1, paragr. I, 2°, b), et C. consom. lux., art. L. 122-2, paragr. (1), point 2, b) ; pratiques commerciales trompeuses par omission : C. consom. fr., art. L. 121-1, paragr. II, 1°, et C. consom. lux., art. L. 122-3, paragr. (4), a). Ces expressions sont équivalentes selon nous.

substantielles, la composition, les accessoires, l'origine, la quantité, le mode et la date de fabrication, les conditions de l'utilisation et son aptitude à l'usage, les propriétés et les résultats attendus de son utilisation) ; le prix ou le mode de calcul du prix ; le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ; la portée des engagements de l'annonceur, la nature ou le procédé de la vente ; l'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ; et enfin le traitement des réclamations et droits du consommateur.

Enfin, une pratique est trompeuse par omission lorsqu'elle omet ou dissimule une information substantielle ou qu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale¹²⁸⁴. La loi précise que sont considérées comme substantielles les informations relatives aux « *caractéristiques principales du bien ou du service, l'adresse et l'identité du professionnel, le prix toutes taxes comprises et les frais de livraison à la charge du consommateur, [...] les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations des consommateurs, dès lors qu'elles sont différentes de celles habituellement pratiquées dans le domaine d'activité professionnelle concernée* » et « *l'existence d'un droit de rétractation, si ce dernier est prévu par la loi* »¹²⁸⁵.

Enfin, la pratique peut être qualifiée de trompeuse car elle correspond à la définition générale de pratique commerciale déloyale. C'est le cas lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère, ou est susceptible d'altérer, de manière substantielle le comportement économique du consommateur¹²⁸⁶.

427. Nous avons pu observer précédemment que les éléments cités sur lesquels les pratiques commerciales trompeuses par action ou omission doivent porter reprennent les principales obligations légales d'information imposées par les Codes de la consommation français et luxembourgeois. M. Guy Raymond atteste d'ailleurs, à propos de la pratique commerciale trompeuse par omission, qu'« *il y a dans cette infraction une manière de renforcer l'obligation d'information contenue dans l'article L. 111-1 du Code de la consommation* »¹²⁸⁷. Ainsi, tout d'abord, les caractéristiques essentielles du bien ou service (termes utilisés pour les pratiques commerciales trompeuses par action en France) et les caractéristiques principales (terme utilisé pour les pratiques commerciales trompeuses par

¹²⁸⁴ C. consom. fr., art. L. 121-3 ; C. consom. lux. art. L. 122-3.

¹²⁸⁵ C. consom. fr., art. L. 121-3, al. 3] ; C. consom. lux. art. L. 122-3, paragr. (4).

¹²⁸⁶ C. consom., fr., art. L. 121-1, al. 2 ; C. consom. lux., art. L. 122-1, paragr. (2).

¹²⁸⁷ RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, n° 194.

action au Luxembourg et par omission en France et au Luxembourg)¹²⁸⁸ renvoient aux caractéristiques essentielles du bien ou service de l'obligation générale d'information précontractuelle¹²⁸⁹.

Ensuite, un autre élément sur lequel les pratiques trompeuses peuvent porter est le prix. Cet élément fait, de manière évidente, écho à l'obligation générale d'indication du prix¹²⁹⁰.

Il est par ailleurs question de l'adresse et de l'identité du professionnel. Cette information est exigée expressément en droit français depuis la loi Hamon du 17 mars 2014¹²⁹¹ en tant qu'information générale précontractuelle pour tous les contrats de vente de biens et de services. Cette information est également exigée de manière ponctuelle en droits français et luxembourgeois pour certains contrats particuliers tels les contrats conclus à distance¹²⁹², les contrats conclus par démarchage¹²⁹³ et les contrats de crédit à la consommation¹²⁹⁴.

Puis sont considérées les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations. Ces éléments se retrouvent également sous forme d'obligations légales d'information¹²⁹⁵. Tout d'abord, l'obligation d'information du délai de livraison se retrouve en termes généraux dans la législation française. Ensuite, les obligations d'information de ces

¹²⁸⁸ Pour les pratiques commerciales trompeuses par action : C. consom. fr. art. L. 121-2 [anc. art. L. 121-1, paragr. I, 2°, b)] ; C. consom. lux, art. L. 122-2, paragr. (1), point 2, b). Pour les pratiques commerciales trompeuses par omission : C. consom. fr., art. L. 121-3 [anc. art. L. 121-1, paragr II, 1°] et C. consom. lux., art. L. 122-3, paragr. (4), a).

¹²⁸⁹ C. consom. fr., art. L. 111-1 ; C. consom. lux., art. L. 111-1-1, paragr. (1).

¹²⁹⁰ C. consom. fr., art. L. 112-1 [anc. art. L. 113-3] et C. consom. lux., art. L. 112-1.

¹²⁹¹ C. consom. fr., art. L. 111-1, al. 1, 4° [anc. art. L. 111-1, al. 1, 4°].

¹²⁹² Pour les contrats conclus à distance hors services financiers : C. consom. fr., art. L. 221-8, 1° [anc. art. L. 121-18, 1°] ; C. consom. lux, art. L. 221-2, paragr. (1), a) et L. 222-3, paragr. (1), a). Pour les contrats conclus à distance portant sur des services financiers : C. consom. fr., art. L. 222-5, 1° [anc. art. L. 121-20-10, 1°] ; C. consom. lux., art. L. 221-2, paragr. (1), a) et L. 222-14, paragr. (1), point 1.

¹²⁹³ Ancienne réglementation relative au démarchage (applicable aux contrats conclus avant le 13 juin 2014) : C. consom. fr., anc. art. L. 121-23, 1° et 2° ; depuis la loi du 17 mars 2014 (applicable aux contrats conclus à partir du 14 juin 2014 – Loi du 17 mars 2014, art. 34), réglementation relative aux contrats conclus à distance et hors établissement : C. consom. fr., art. L. 121-17, paragr. I, 1° qui renvoie à l'article général L. 111-1 ; avant la loi luxembourgeoise modifiée du 2 avr. 2014 portant modification du Code de la consommation : art. 10, al. 3, de la loi luxembourgeoise modifiée du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandise et la sollicitation de commandes (Mém. A – N° 61 du 31 juill. 1987, p. 1175).

¹²⁹⁴ C. consom. fr., art. L. 312-12 et art. R. 312-12 [anc. art. L. 311-6, paragr. I et art. R. 311-3, paragr. I, 1°] ; C. consom. lux., art. L. 221-2, paragr. (1), a) et L. 224-6, paragr. (1), b).

¹²⁹⁵ En France, concernant l'obligation générale d'information concernant les biens meubles ou les services d'une valeur supérieure dont la livraison ou l'exécution n'est pas immédiate (C. consom., art. L. 121-17 [anc. art. L. 114-1 et art. R. 114-1]). Au Luxembourg, concernant les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution : obligation d'information commune à certains contrats particuliers (les contrats conclus à distance, les contrats d'utilisation de biens à temps partagé, contrats de produits de vacances à long terme et contrats de revente et d'échange, et les contrats de crédit à la consommation : C. consom., art. L. 221-2, paragr. 1, d)). Concernant les obligations d'information spécifiques à chaque contrat particulier : contrats conclus à distance hors services financiers (C. consom. fr., art. L. 121-18, 3°) et de services financiers (C. consom. lux., art. L. 222-14, paragr. (1), point 3, b)), contrats d'utilisation de biens à temps partagé (C. consom. fr., art. L. 121-64, paragr. II, 1°), contrat de crédit à la consommation (C. consom. fr., art. R. 311-3, 5° et s.; C. consom. lux., art. L. 224-6, paragr. (1), f et s.).

diverses modalités apparaissent ponctuellement dans les Codes de la consommation français et luxembourgeois pour des contrats particuliers comme par exemple les contrats de crédit à la consommation. Dans la législation française, on peut aussi assimiler ces éléments à l'obligation d'information des conditions particulières de vente¹²⁹⁶. L'existence d'un droit de rétractation est également prise en compte¹²⁹⁷ mais uniquement dans le cas des pratiques commerciales trompeuses par omission. Cet élément n'est pas repris par une obligation d'information générale mais par une obligation d'information pour certains contrats particuliers¹²⁹⁸.

Enfin, l'autre élément que la pratique commerciale trompeuse peut concerner est l'intention commerciale. Cette dernière doit être clairement mentionnée au consommateur, notamment dans le cas d'un contrat conclu à distance¹²⁹⁹.

428. Après avoir détaillé l'élément matériel du délit de pratique commerciale trompeuse, nous pouvons définir son élément moral. La simple imprudence ou négligence¹³⁰⁰ de l'auteur de la pratique suffit à engager sa responsabilité pénale, autrement dit il n'est pas requis que la volonté de tromper du professionnel, sa mauvaise foi, soit rapportée¹³⁰¹. MM. Jean Calais-Auloy et Henri Temple expliquent que « [I]’efficacité de la répression est à ce prix, car la mauvaise foi stricto sensu est, dans la majorité des cas, impossible à prouver »¹³⁰². En outre, ce délit est une infraction formelle et ne requiert pas de résultat, autrement dit il n'est pas nécessaire que le consommateur ait effectivement été trompé, le fait qu'il soit susceptible de l'être étant suffisant à caractériser l'infraction. Ainsi, le délit de pratique commerciale déloyale n'est ni une infraction intentionnelle¹³⁰³ ni une infraction de résultat. L'objectif qui transparaît est celui de pouvoir incriminer un large spectre de comportements des

¹²⁹⁶ C. consom. fr., art. L. 112-1 [anc. art. L. 113-3].

¹²⁹⁷ C. consom. fr., art. L. 121-3 [anc. art. L. 121-1, paragr. II, 5°] et C. consom. lux., art. L. 122-3, paragr. (4), e).

¹²⁹⁸ Par ex. les contrats conclus à distance hors services financiers : C. consom. fr., L. 221-8 [anc. art. L. 121-18, 4°] et C. consom. lux., art. L. 221-2, paragr. (1), e).

¹²⁹⁹ Ex. pour les contrats conclus à distance hors services financiers : C. consom. fr., art. L. 221-8 [anc. art. L. 121-18, al. 2] et C. consom. lux., art. L. 222-3, paragr. (2).

¹³⁰⁰ Sur ce point V. CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2010, n° 131-1.

¹³⁰¹ L'article 5 de la loi française n° 63-628 du 2 juill. 1963 créant le délit de publicité mensongère exigeait la preuve de la mauvaise foi de l'auteur de la publicité afin de caractériser l'infraction. Cependant, sur la base de la loi du 27 décembre 1973 (loi n° 73-1193 dite loi Royer) créant le délit de publicité trompeuse, la jurisprudence française estimait que le délit pouvait être commis par simple imprudence ou négligence.

¹³⁰² CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *op. cit.*, n° 131-1.

¹³⁰³ Sur l'élément intentionnel, v. CHEREL Alexandre (bureau du contentieux à la DGCCRF), « L'élément intentionnel », note de synthèse, C&C 1996, n° 93, pp. 10-16.

professionnels. La sévérité du législateur envers les professionnels marque son intention d'être intransigeant envers toute atteinte à la transparence du marché, et donc à sa compétitivité.

429. Quelques décisions peuvent illustrer la situation dans laquelle le manquement à une obligation légale d'information ne recevant pas de sanction expresse est sanctionné par le délit de pratique commerciale trompeuse.

En droit français, la Première chambre civile de la Cour de cassation a pu se prononcer sur l'obligation d'information du professionnel lors d'une vente liée d'ordinateurs et de logiciel¹³⁰⁴. Ainsi, la Cour d'appel de Paris viole l'ancien article L. 121-1 (actuel art. L. 121-3) du Code de la consommation¹³⁰⁵ lorsqu'elle estime que la société Darty n'avait pas à fournir aux consommateurs les informations relatives aux conditions d'utilisation des différents logiciels qui n'équipaient pas ses ordinateurs, et qu'elle pouvait se limiter à les informer de l'identité des logiciels préinstallés sur les ordinateurs qu'elle offre à la vente. En effet, la Cour de cassation juge qu'en agissant ainsi, la société Darty a omis de transmettre une information substantielle au consommateur. L'article susvisé considère notamment comme substantielle l'information relative aux caractéristiques principales du bien ou du service. Ainsi, la Cour précise que « *ces informations, relatives aux caractéristiques principales d'un ordinateur équipé de logiciels d'exploitation et d'application, sont de celles que le vendeur professionnel doit au consommateur moyen pour lui permettre de prendre une décision en connaissance de cause* »¹³⁰⁶. Or, nous avons pu voir que les « *caractéristiques principales* » énoncées par l'ancien article L. 121-1 (actuel art. L. 121-3) du Code de la consommation font écho aux « *caractéristiques essentielles* » prévues par l'article L. 111-1, 1° du Code de la consommation français, en l'espèce les conditions d'utilisation des logiciels

¹³⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 2011, n° 10-10800, *UFC Que Choisir c/ Sté DARTY et fils*. La Cour a renvoyé l'affaire devant la CA de Versailles. Le 30 janvier 2014, la CA a refusé de transmettre les deux questions prioritaires de constitutionnalité formulées par la société Darty à la Cour de cassation (N° RG 13/00036).

¹³⁰⁵ Le visa précise : « *dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 3 janvier 2008, tel qu'interprété à la lumière de la directive 2005/ 29 CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005* ». Il conviendra de lire l'arrêt rendu par la cour d'appel de renvoi, en l'espèce la Cour d'appel de Versailles, afin de voir si le professionnel est déclaré coupable du délit de pratique commerciale trompeuse.

¹³⁰⁶ Dans cette affaire, M. Guy Raymond souligne à propos de l'élément moral que « *[l]a déloyauté ne résulte pas d'un dol, même par réticence, d'une tromperie car le vendeur n'a pas l'intention de tromper ; elle résulte d'une mauvaise appréciation par le vendeur de l'information nécessaire à l'acheteur qui, selon lui, n'a pas la compétence suffisante en informatique pour avoir besoin d'une information plus complète* » (RAYMOND Guy, « Caractéristiques principales... toujours les ordinateurs... », *Contrats-conc.-consom.* n°1, janv. 2012, comm. 31).

Autres arrêts plus récents : Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 2012, n° 11-18807 ; Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 2012, n° 11-27782 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 2014, n° 12-20982 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2014, n° 13-16733.

préinstallés. Les articles L. 111-1 et L. 121-3 [anc. art. L. 121-1] ont le même objectif de transmission au consommateur des informations relatives aux caractéristiques principales ou essentielles du bien ou service objet du contrat afin qu'il émette un consentement éclairé.

430. Enfin nous pouvons signaler un arrêt récent de la Cour de cassation française en date du 17 juin 2015¹³⁰⁷ qui permet de mettre en évidence la possibilité de sanction par le délit de pratique commerciale trompeuse certaines obligations légales d'information sans sanction expresse, ce qui était le cas jusqu'à récemment de l'article L. 111-1 et de l'ancien article L. 113-3 [actuel art. L. 112-1] du Code de la consommation français tels qu'en vigueur avant la loi Hamon du 17 mars 2014. La première chambre civile a renvoyé trois questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne. La première nous intéresse et est posée en ces termes : *« les articles 5 et 7 de la directive 2005/29 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur doivent-ils être interprétés en ce sens que constitue une pratique commerciale déloyale trompeuse l'offre conjointe consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés lorsque le fabricant de l'ordinateur a fourni, par l'intermédiaire de son revendeur, des informations sur chacun des logiciels préinstallés, mais n'a pas précisé le coût de chacun de ces éléments ? »*. Un des arguments du demandeur au pourvoi est que constitue une pratique commerciale trompeuse la pratique qui présente des informations fausses ou trompeuses relatives aux caractéristiques essentielles du bien dont fait partie le prix et *« qu'en l'espèce, il est constant que le prix des logiciels n'a pas été communiqué à M. X... au moment de son achat ; qu'en considérant qu'il avait bénéficié d'une information suffisante aux motifs qu'il avait été informé de l'existence des logiciels litigieux lors de la vente et que « le caractère composite du produit offert n'implique pas à la charge de la société Sony de détailler le coût de chacun de ses éléments », la cour d'appel a violé les articles L. 111-1, L. 113-3, L. 120-1, L. 122-3 du code de la consommation »*.

431. Comme en droit français, le manquement à l'obligation légale précontractuelle d'information peut être sanctionnée pénalement en droit luxembourgeois par le délit de pratique commerciale déloyale. Seules trois ordonnances en matière commerciale¹³⁰⁸ ont été

¹³⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 2015, n° 14-11437.

¹³⁰⁸ Trib. Luxembourg, ord. en matière commerciale IIe, 3 juin 2011, n° 771/2011, Trib. Luxembourg, ord. en matière commerciale IIe, 17 juin 2011, n° 862/2011, Trib. Luxembourg, ord. en matière commerciale IIe, 17 février 2012, n° 251/2012.

rendues par le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg en ce qui concerne les pratiques commerciales déloyales¹³⁰⁹. Pour chaque décision, le Ministre ayant la protection des consommateurs dans ses attributions a introduit l'action contre une société, sur information de ses agents compétents possédant des pouvoirs de police. Les trois affaires sont des actions en cessation¹³¹⁰ introduites par le Ministre ayant la protection des consommateurs dans ses attributions (le Ministre de l'Économie) et une seule d'entre elles aboutit à la caractérisation d'une pratique commerciale déloyale et plus précisément trompeuse. Cependant, les deux autres décisions méritent également d'être citées puisque le raisonnement du juge luxembourgeois est critiquable selon nous. En effet, dans une affaire le juge luxembourgeois ne retient pas, à tort selon nous, le critère d'altération substantielle du comportement économique du consommateur, et dans l'autre il élude purement et simplement le moyen fondé sur le délit de pratique commerciale déloyale.

Peut tout d'abord être citée la décision rendue le 17 juin 2011¹³¹¹ dans laquelle le juge luxembourgeois a caractérisé une pratique commerciale trompeuse. Une société exploitait un site internet sur lequel elle mettait en vente des biens immobiliers de particuliers. Pour se faire elle démarchait par téléphone les personnes dont elle avait aperçu le bien immobilier sur d'autres sites afin de leur proposer de les mettre en vente sur son propre site. Les personnes qui consentaient par téléphone se voyaient directement débitées de 165 euros et quinze jours après du solde de 435 euros et ce sans avoir signé de contrat, les conditions générales n'étant envoyées qu'après le consentement de contracter avec la société donné par téléphone. L'article 10 des conditions générales des conditions de vente stipulait que si aucun acheteur potentiel n'avait contacté le client au bout de cinq mois, la société s'engageait à rembourser intégralement les sommes versées. Cependant, les clients se sont plaints du fait que la société ne réalisait jamais le remboursement au motif que des acheteurs potentiels les auraient contactés. Or, le juge relève que « *le fonctionnement exact de la garantie « satisfait ou remboursé », qui leur est annoncée par téléphone, n'est pas connu à ce stade du processus contractuel* ». Le juge considère que la mention « *garantie satisfait ou remboursé* » inscrite dans les conditions générales du contrat est de nature à induire en erreur le consommateur

¹³⁰⁹ C. consom. lux., art. L. 121-1 et s.

¹³¹⁰ C. consom. lux., art. L. 320-1 et s.

¹³¹¹ Trib. Luxembourg, ord. en matière commerciale IIe, 17 juin 2011, n° 862/2011 (il s'agit notamment de la seule référence jurisprudentielle luxembourgeoise du Code de la consommation relative à l'article L. 122-2, v. « Quant à l'article L. 122-2 » - les autres références jurisprudentielles sont des arrêts de la CJUE). En l'espèce, la société est reconnue coupable de réaliser des pratiques agressives et trompeuses mais seules les secondes nous intéressent.

moyen¹³¹² puisqu'il s'attend à pouvoir mettre la garantie en œuvre si son bien immobilier n'est pas vendu, alors que la garantie ne peut être mise en œuvre si la société a été contactée par un intéressé dans les cinq mois à partir de la mise en vente du bien sur leur site internet. En effet, le juge rappelle que « [l]a notion même de « satisfait ou remboursé » laisse entendre que si le résultat escompté n'est pas atteint, le prix payé est remboursé ». Il ajoute qu'« [e]n l'espèce le résultat escompté est bel et bien la vente du bien immobilier ». Ainsi, « [l]a pratique consistant à offrir un service payant avec une garantie satisfait ou remboursé dont la mise en œuvre est liée à l'absence de tout contact par un intéressé et au respect de formalités strictes est à considérer comme une pratique trompeuse au sens de l'article L. 122-2 (1) 2) du Code de la consommation ». En l'espèce, le juge applique la liste des pratiques réputées trompeuses de manière simple de l'article L. 122-2, paragraphe (1), point 2 du Code de la consommation luxembourgeois. La pratique commerciale qui induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen porte sur deux éléments distincts, « (...) le service après vente et le traitement des réclamations (...) » qui font parties des « caractéristiques principales du produit » (point b) et « l'étendue des engagements du professionnel, la motivation de la pratique commerciale et la nature du processus de vente (...) » (point c). On peut donc y voir la sanction de l'obligation légale précontractuelle d'information relative aux « caractéristiques essentielles des biens ou services » édictée d'une manière par l'article L. 111-1, paragraphe (1)¹³¹³ en ce qui concerne tous les contrats, et d'une manière spécifique à l'article L. 221-2, paragraphe (1), b) pour certains « contrats particuliers », dont les contrats à distance¹³¹⁴. Le juge ordonne notamment à la société en cause d'arrêter d'offrir la garantie satisfait ou remboursé telle que spécifiée à l'article 10 de ses conditions générales à partir de quinze jours à compter de la notification de l'ordonnance sous peine d'une astreinte de mille euros par jour de retard¹³¹⁵.

¹³¹² Cet arrêt est le seul parmi les trois arrêts luxembourgeois qui évoque la notion de consommateur moyen.

¹³¹³ Nous pouvons noter que l'article L. 222-3, paragraphe (1), a) qui édicte l'obligation précontractuelle d'information relative aux « principales caractéristiques du bien ou du service » des contrats à distance ne trouve cependant pas à s'appliquer (l'article L. 222-3, paragr. (1) précise que les informations précontractuelles qu'il édicte s'ajoutent aux informations précontractuelles communes aux « contrats particuliers » édictées à l'article L. 221-2). En effet, l'article L. 222-2, paragraphe (1) précise que sont exclus du champ d'application des dispositions spécifiques aux contrats à distance les contrats listés à l'article L. 113-1, paragraphe (3). Or, le point e) de cet article cite les contrats « portant sur la création, l'acquisition ou le transfert de biens immobiliers ou de droits sur des biens immobiliers ». Le contrat de service d'aide à la vente d'un bien immobilier dont il est question dans cette affaire semble donc faire partie de cette catégorie, même si ce n'est pas la société qui réalise la vente.

¹³¹⁴ Nous pouvons préciser que l'expression de cet article varie légèrement : « caractéristiques essentielles du bien ou du service ».

¹³¹⁵ Le juge ordonne également à la société de « cesser de se livrer à des sollicitations non souhaitées » qui constituent une pratique commerciale agressive, sous peine d'une astreinte identique à celle précitée.

432. Ensuite, il convient de s'intéresser à la décision du 3 juin 2011¹³¹⁶ dans laquelle une société vendait en ligne à prix discount divers produits électroménagers, multimédia et beauté. De nombreux clients¹³¹⁷ se sont plaints des pratiques de cette société en ce qu'elle ne respectait pas les délais de livraison indiqués sur les bons de commande. De plus, le Ministre relève que les dispositions de l'article 7 des conditions générales de vente, qui prévoient une information systématique par e-mail du consommateur « *en cas d'allongement prévisible du délai d'expédition* » et la possibilité pour le consommateur d'annuler sa commande avec remboursement du prix, n'existent pas en pratique. Le Ministre a donc agi en cessation en estimant qu'il s'agissait d'une pratique commerciale déloyale selon l'article L. 122-1, qui dispose à son paragraphe 2 qu'une pratique commerciale est déloyale si d'une part, elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle, et d'autre part, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen. En effet, le Ministre a estimé que le fait que la société ne respecte pas les délais de livraison indiqués constitue une pratique commerciale déloyale puisque le consommateur s'attend à être livré pendant les délais annoncés. Afin d'évaluer l'effet de la pratique commerciale, le juge luxembourgeois se fonde sur une décision de la Cour de justice de l'Union européenne¹³¹⁸ et précise « *qu'il convient d'analyser si la pratique reprochée représente, au moins pour une partie du public concerné, le motif déterminant de l'achat* ». Le juge en déduit que « *le dossier ne renseigne aucun élément permettant de conclure que les délais de livraison aient été le motif déterminant des consommateurs de conclure un contrat avec la défenderesse plutôt qu'avec un autre vendeur* » et que « *[l]e fait que les délais de livraison convenus ne sont pas respectés est un problème qui relève de l'exécution du contrat de vente, n'apparaissant qu'une fois que la « décision commerciale » telle que définie par le Code de la consommation a déjà été prise* ». Le juge en conclut qu'en l'absence d'altération substantielle du comportement économique du consommateur moyen, la pratique commerciale litigieuse ne peut pas être qualifiée de déloyale¹³¹⁹.

Selon nous, le raisonnement du juge luxembourgeois semble critiquable depuis l'entrée en vigueur de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 sur la protection des

¹³¹⁶ Trib. Luxembourg, 3 juin 2011, n° 771/2011.

¹³¹⁷ Le Ministre explique qu'avaient été recensées 123 plaintes pour l'année 2011.

¹³¹⁸ CJUE, 9 nov. 2010, *Mediaprint Zeitungs*, aff. C-540/08, n° 44.

¹³¹⁹ Les juges n'analysent même pas s'il y a ou pas manquement à la diligence professionnelle puisqu'ils ont conclu qu'il n'y avait pas altération substantielle du comportement économique du consommateur et que ces deux critères sont cumulatifs. Ceci reste critiquable puisqu'il aurait été intéressant d'avoir le point de vue des juges sur ce critère.

consommateurs¹³²⁰ qui dispose que le délai de livraison est considéré comme une information essentielle du contrat¹³²¹, information qui est donc susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un consommateur moyen. Dans cette affaire, était considérée comme trompeuse la pratique commerciale d'une société qui consistait à ne pas respecter les délais de livraison indiqués. N'était donc pas en cause l'obligation d'information relative aux délais de livraison. Cependant, on peut se demander si l'inexécution systématique de la livraison dans les délais stipulés en toute connaissance de cause par l'entreprise n'équivaut pas à indiquer de faux délais, puisqu'elle sait que ceux qui sont indiqués ne seront pas respectés, et donc pour le professionnel de manquer à son obligation légale d'information. De plus, le Ministre luxembourgeois avait également relevé que le contrat prévoyait l'information du consommateur en cas de retard de livraison et ainsi que la possibilité de résilier le contrat. Or, la société n'a jamais exécuté cette obligation. Le même raisonnement peut être adopté ici, le professionnel manquant à son obligation légale d'information relative aux caractéristiques essentielles du bien ou du service prévue par l'article L. 111-1 du Code de la consommation lorsqu'il indique, dans les conditions générales du contrat, de fausses modalités d'exécution du service et de possibilité de résolution.

433. Enfin, dans l'ordonnance rendue le 17 février 2012¹³²², était en cause la SARL be2 qui exploitait des sites de rencontre au niveau international, les conditions générales d'utilisation du site www.be2.be précisant qu'il était soumis au droit luxembourgeois. Tout intéressé pouvait s'inscrire gratuitement sur le site Internet, établir son profil et faire un test de personnalité. Mais dès que l'inscrit souhaitait envoyer des messages ou obtenir des photos, il devait devenir « membre premium » et le service devenait payant.

Le Ministre ayant dans ses attributions la protection des consommateurs estime qu'il existe plusieurs violations et formule quatre demandes. Il sera intéressant d'analyser les trois demandes relatives à la violation d'une obligation légale d'information¹³²³, même si une seule

¹³²⁰ L'article 34 de la directive précise qu'elle entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne. La directive a été publiée au JOUE le 22 novembre 2011 et est donc entrée en vigueur le 12 décembre 2011.

¹³²¹ Dir. 2011/83/UE, art. 5, paragr. 1, point d) (contrats autres qu'à distance et hors établissement) et art. 6, paragr. 1 point g) (contrats à distance et hors établissement). Respectivement depuis la loi du 2 avril 2014 transposant la directive : C. consom. lux., art. L. 113-1, paragr. (1), point d) et art. L. 221-2, paragr. (1), point d). En France, l'art. L. 111-1 du C. consom. dispose expressément que le professionnel doit informer le consommateur du délai de livraison avant la conclusion du contrat (al. 1, 3°).

¹³²² Trib. Luxembourg, ord. en matière commerciale, 17 févr. 2012, n° 251/2012.

¹³²³ Le deuxième moyen du Ministre ne concerne pas la violation d'une obligation d'information mais peut être brièvement citée à titre d'information. Dans son deuxième argument, le Ministre estime que la société a violé les

est relative au délit de pratique commerciale trompeuse, à titre d'exemples d'actions en cessation relatives à la violation d'obligations légales d'information en droit luxembourgeois. Dans son premier moyen, le Ministre estimait que la société violait l'article L. 221-2, paragraphes 1 et 2 du Code de la Consommation qui impose au professionnel de fournir de manière claire et compréhensible au consommateur certaines informations précontractuelles spécifiques à « *certaines contrats particuliers* », dont le contrat à distance, et l'article 5, paragraphe 2, de la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique¹³²⁴, qui prescrit au professionnel d'indiquer de manière précise et non équivoque les prix et les conditions de vente ou de réalisation de la prestation. Le Ministre souhaite que la cessation de ces actes soit ordonné, notamment en exigeant de la société qu'elle indique de manière « *claire, précise et non équivoque* le prix et les modalités de paiement sur tous les sites internet qu'elle exploite à partir du Grand-Duché de Luxembourg. Subsidiairement à ce moyen, le Ministre demande qu'il soit dit qu'est violé l'article L. 122-2, paragraphe 1, du Code de la consommation qui interdit les pratiques commerciales trompeuses et que soit ordonnée la cessation de la pratique litigieuse. Le juge constate que le consommateur n'était pas informé préalablement à la conclusion du contrat du montant total de l'abonnement au site de rencontre en ligne, mais seulement de son prix mensuel. De plus, le consommateur était informé que l'intégralité du montant de l'abonnement devait être payé mais ignorait que cette somme allait être débitée dès le premier mois. Le juge en déduit que les informations mises à la disposition du consommateur ne répondant pas à l'exigence de la mise à disposition d'informations claires, précises et non-équivoques du prix réel et de la réalisation exacte de la prestation de paiement, la société be2 a violé les textes susvisés. Cependant, le magistrat précise qu'« *aucune action en cessation n'est prévue en cas de violation de l'article L. 221-2 du Code de la consommation. La demande en cessation ne peut donc être basée que sur l'article 71-1 de la loi relative au commerce électronique pour violation de l'article 5 (2) de la même loi qui prescrit une information claire et précise du prix et des conditions de réalisation de la prestation du service, ce qui inclut une information sur les modalités du*

articles L. 211-2 du Code de la consommation, qui définit les clauses abusives, et l'article 211-3, point 4, du même code, qui présume abusive de manière simple « *les clauses, selon lesquelles, le professionnel se réserve le droit de modifier ou de rompre unilatéralement le contrat sans motif spécifique et valable stipulé dans le contrat* ». Il affirme alors que l'article VIII, paragraphe 1, des conditions générales de vente est une clause abusive qui doit comme telle être déclarée nulle et supprimée. Le juge valide le raisonnement du Ministre et déclare la clause abusive en ce qu'elle ne prévoit aucun motif spécifique et valable au droit de résiliation unilatérale avec préavis. À titre de comparaison, le juge relève que les articles III, paragr. 2, et VII visent la résiliation unilatérale sans préavis pour motifs graves. Ces clauses détaillent les cas et motifs considérés comme graves et sont donc licites.

¹³²⁴ Mém. A – N° 96 du 8 sept. 2000, p. 2176.

paiement du prix », et ordonne à la société d'indiquer sur son site de manière précise et non équivoque le prix et les modalités de paiement.

Nous pouvons préciser que l'action en cessation pour manquement à l'article L. 221-2 du Code de la consommation a récemment été introduite à l'article L. 320-7 du Code de la consommation luxembourgeois par la loi du 17 février 2016¹³²⁵. Cependant, au moment de cette affaire en date de 2012, le juge aurait pu ordonner la cessation de la pratique trompeuse sur le fondement de l'article L. 320-2 du Code de la consommation. Or, le juge ne répond pas au moyen relatif aux pratiques commerciales trompeuses et élude la question soulevée par le Ministre. Une explication peut résider dans le fait que ce moyen faisait uniquement l'objet d'une demande subsidiaire. Cependant, il aurait été intéressant et pertinent que le juge se prononce sur la question des pratiques commerciales trompeuses. Tout d'abord, pour des raisons scientifiques, le raisonnement du juge aurait permis d'éclaircir et préciser l'application du droit, et notamment comment le délit de pratique commerciale trompeuse peut sanctionner le manquement par le professionnel à des obligations légales d'information. Pour des raisons pratiques ensuite, le prononcé de la cessation de la pratique commerciale trompeuse aurait permis d'englober la violation de l'article L. 221-2 du Code de la consommation et de l'article 5, paragraphe 2 de la loi du 14 août 2000, alors qu'en l'espèce, seule la seconde permettant une action en cessation, il doit justifier l'assimilation des deux manquements afin que l'action en cessation permise pour la violation d'un texte (article 5, paragraphe 2 de la loi du 14 août 2000) s'applique à la violation de l'autre (art. L. 221-2). Selon nous, le juge aurait pu caractériser une pratique commerciale trompeuse sur le fondement de l'article L. 122-33, paragraphe 2, qui dispose est qu'est considérée comme une omission trompeuse le fait pour le professionnel de fournir une information substantielle telle que le prix (paragraphe 4, point c) et les modalités de paiement (paragraphe 4, point d) de façon peu claire, inintelligible ou ambiguë¹³²⁶.

¹³²⁵ Loi luxembourgeoise du 17 février 2016 portant introduction du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation dans le Code de la consommation et modifiant certaines autres dispositions du Code de la consommation (Mém. A – N° 60 du 14 avril 2016, p. 1032).

¹³²⁶ Le fondement cité nous semble le plus approprié mais le juge aurait également pu caractériser la pratique commerciale trompeuse sur le fondement de l'article L. 122-1, paragraphe (2) du Code de la consommation luxembourgeois qui édicte les critères cumulatifs d'une pratique commerciale déloyale, celle-ci étant contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen. Ensuite, la pratique commerciale trompeuse aurait pu être caractérisée sur le fondement de l'article L. 122-2 du même code qui prévoit des présomptions simples de pratiques commerciales trompeuses. En effet, le paragraphe (1), point 2, sous d) de l'article dispose qu'est réputée trompeuse la pratique qui induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen en ce qui concerne le prix et l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

Dans son troisième moyen, le Ministre demande à ce que soit reconnue la violation des dispositions imposant, d'une part l'information précontractuelle du consommateur quant à l'existence du droit de rétractation de manière claire et compréhensible¹³²⁷, et d'autre part, la réception par le consommateur de la confirmation des informations précontractuelles¹³²⁸. Il souhaite, en conséquence, qu'il soit ordonné au professionnel de cesser ces actes et en l'obligeant à « *informer le consommateur en temps utile avant la conclusion du contrat et de manière claire et compréhensible sur l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation* ». Le juge a opéré une distinction entre la « *relation contractuelle gratuite* » et la « *relation contractuelle payante* ». Il constate alors que le professionnel a bien exécuté ses obligations légales d'information en ce qui concerne la première¹³²⁹, mais pas la seconde¹³³⁰. Le magistrat ordonne alors à la société « *d'informer le consommateur de manière claire et compréhensible sur l'existence d'un droit de rétractation* »¹³³¹.

Enfin, dans son quatrième et dernier moyen, le Ministre affirme que la société a violé l'article 5, paragraphe 1, point c) de la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique, qui prescrit au professionnel de permettre aux bénéficiaires de ses services « *un accès facile, direct et permanent* » à son nom, son adresse, les coordonnées permettant de la contacter

¹³²⁷ L'article L. 221-2, paragraphe (1), point e), du Code de la consommation dispose que le professionnel doit fournir au consommateur, avant la conclusion du contrat, l'information relative à l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation. Cette information est l'une des informations précontractuelles communes aux « *contrats particuliers* », dont le contrat à distance. Ensuite, le paragraphe 2 du même article expose que les informations du paragraphe 1 doivent être fournies de manière claire et compréhensible. Nous pouvons préciser que cet article n'a pas été modifié par la loi du 2 avril 2014.

¹³²⁸ L'article L. 222-4, paragraphe (1), du Code de la consommation, modifié par la loi du 2 avril 2014, édictait en 2012 que le consommateur devait recevoir ou avoir à sa disposition, sur support durable, confirmation des informations précontractuelles communes aux contrats particuliers ainsi que celles spécifiques aux contrats à distance hors services financiers, en temps utile lors de l'exécution du contrat et au plus tard lors de la livraison du bien ou de l'exécution de la prestation de service, sauf si ces informations lui ont déjà été fournies ou mises à sa disposition sur support durable avant la conclusion du contrat. Ces informations doivent être non équivoques, claires et compréhensibles.

Nous pouvons préciser que le Ministre estime également que la société a violé la disposition interdisant au professionnel d'exécuter sa prestation pendant le délai de rétractation sans le consentement du consommateur. En effet, l'article L. 222-5, paragraphe (3), point a), du Code de la consommation (modifié par la loi du 2 avril 2014) visait les modalités d'exercice du droit de rétractation des contrats à distance hors services financiers, et précisait que le professionnel ne pouvait pas exécuter la fourniture de service pendant le délai de rétractation, sauf accord du consommateur.

¹³²⁹ Le juge précise d'ailleurs qu'« *il importe peu que les conditions générales font mention d'un droit de révocation au lieu d'un droit de rétractation alors que dans les faits et pour la compréhension d'un consommateur moyen, ces termes sont interchangeables* ».

¹³³⁰ « [L]a précision selon laquelle le droit de révocation prend court à partir du début du contrat, correspondant à la date de l'enregistrement, est ambiguë en ce qu'elle pourrait également viser l'enregistrement aux services non payants et le consommateur n'est ainsi pas clairement informé de son droit de rétractation qui prend naissance, non pas à la date de l'enregistrement mais par la conclusion du contrat donnant droit aux prestations payantes ».

¹³³¹ Le juge estime également que la relation contractuelle issue de l'adhésion en tant que « *client premium* » ne satisfait pas les dispositions de l'article L. 222-5, paragraphe 3, précité. Il ordonne ainsi à la société « *de ne commencer l'exécution du service pendant le délai de rétractation qu'avec le consentement du consommateur* ».

« rapidement » afin de communiquer « directement et effectivement », et le cas échéant son titre professionnel, son numéro d'immatriculation au registre du commerce, etc. Or, le Ministre soutient que le site Internet be2.be ne présente ni le numéro de téléphone ni l'adresse e-mail de la société, l'existence d'un formulaire de contact étant insuffisant. Le Ministre demande que cet acte soit cessé et qu'il soit ordonné à la société « d'indiquer sur son site les coordonnées permettant de la contacter rapidement et de communiquer directement avec elle, y compris son adresse de courrier électronique ». Se fondant sur la jurisprudence de l'Union européenne¹³³², le juge luxembourgeois affirme que l'indication d'un numéro de téléphone n'est pas obligatoire et qu'un formulaire de contact électronique peut être suffisant au regard des exigences de la loi. Cependant, il juge que l'accès à l'adresse e-mail de la société n'est pas facile en ce que le consommateur doit parcourir les conditions générales afin de la trouver. Le Ministre fait donc droit à la demande du Ministre et ordonne à la société « d'indiquer sur son site Internet les coordonnées permettant de la contacter et de communiquer directement et effectivement avec elle y compris son adresse de courrier électronique ».

434. Après avoir analysé les éléments constitutifs du délit pénal de pratique commerciale trompeuse et quelques exemples français et luxembourgeois dans lesquels il sanctionne une obligation légale d'information sans sanction expresse, il convient d'aborder sa sanction¹³³³.

Tout d'abord, rappelons que la même sanction préventive est édictée puisque la cessation de la pratique déloyale peut être ordonnée en droit français par le juge d'instruction ou le tribunal saisi des poursuites, et en droit luxembourgeois par le magistrat président la Chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale¹³³⁴.

Ensuite, on peut constater que la législation française prévoit des sanctions plus sévères et nombreuses que la législation luxembourgeoise. En effet, seul le législateur français prévoit une peine d'emprisonnement et des peines complémentaires. De plus, le montant maximal de l'amende encourue deux fois et demie plus élevé en droit français.

¹³³² CJUE, 16 oct. 2008, *deutsche internet versicherung*, aff. C-298/07, cons. 40.

¹³³³ La Cour de cassation française a récemment rappelé que pour déclarer le professionnel coupable de pratique commerciale trompeuse, le juge a l'obligation de « rechercher par quel organe ou représentant le délit reproché à la personne morale avait été commis pour son compte » (Cass. crim., 10 nov. 2015, n° 14-86799). L'ancien article L. 121-5 du Code de la consommation disposait que la personne responsable à titre principal de l'infraction est celle pour le compte de laquelle la pratique commerciale trompeuse a été mise en œuvre.

¹³³⁴ C. consom. fr., art. L. 132-8 [anc. art. L. 121-3, al. 1] ; C. consom. lux., art. L. 320-2, paragr. 1. Nous pouvons également préciser que le professionnel français ou luxembourgeois qui ne se conforme pas à l'ordonnance du juge encoure les pénalités prévues pour le délit de pratique commerciale trompeuse (C. consom. fr., art. L. 132-9 [anc. art. L. 121-7, al. 2] ; C. consom. lux., art. L. 320-2, paragr. (2)).

Ainsi le droit luxembourgeois prévoit que le professionnel auteur d'une pratique commerciale trompeuse encourt une amende d'un montant de 251 à 120 000 euros¹³³⁵, mais aucune peine d'emprisonnement, à l'inverse du droit français. Contrairement au droit français, le montant de l'amende encourue en droit luxembourgeois a toujours été est identique pour les deux types de pratiques commerciales déloyales, trompeuses et agressives, tandis qu'elle a été harmonisée seulement récemment en droit français par la loi Hamon du 17 mars 2014¹³³⁶. On peut remarquer la sévérité du législateur français qui, en plus d'avoir prévu une peine d'emprisonnement de deux ans, a fixé le montant maximum de l'amende encourue par les personnes physiques à plus du double de celui prévu en droit luxembourgeois, soit 300 000 euros¹³³⁷. De plus, le juge français a la possibilité de majorer l'amende « *de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement* »¹³³⁸, soit à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la pratique constituant le délit¹³³⁹, soit depuis la loi Hamon du 17 mars 2014, à 10 % du chiffre d'affaire¹³⁴⁰. La loi Hamon a également introduit la faculté pour le juge de prononcer des peines complémentaires telle l'interdiction pour cinq années maximum d'exercer l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise pour les personnes physiques¹³⁴¹. De plus, le juge français a désormais la faculté, et non plus l'obligation¹³⁴², d'ordonner l'affichage ou la diffusion en totalité ou en partie de la décision¹³⁴³. La même loi a également introduit la possibilité d'ordonner l'affichage ou la diffusion d'un communiqué informatif à destination du public¹³⁴⁴. Enfin, le juge conserve la faculté d'ordonner la publication d'annonces rectificatives¹³⁴⁵.

¹³³⁵ C. consom. lux., art. L. 122-8, paragr. (1).

¹³³⁶ Le montant maximal de l'amende était de 150 000 euros pour les pratiques commerciales agressives (C. consom. fr., anc. art. L. 122-12, al. 1) soit quatre fois plus élevé que celui des pratiques commerciales trompeuses qui s'élevait seulement à 37 500 euros (l'anc. art. L. 121-6, alinéa 1 du C. consom. renvoyait aux peines de l'article L. 213-1, alinéa 1, du même code relatif au délit de tromperie)..

¹³³⁷ C. consom. fr., art. L. 132-2, al. 1.

¹³³⁸ Cette expression a été ajoutée par la loi du 17 mars 2014 (C. consom. fr., art. L. 132-2, al. 2 [anc. art. L. 121-6, al. 1]).

¹³³⁹ C. consom. fr., art. L. 132-2, al. 2 [anc. art. L. 121-6, al. 2].

¹³⁴⁰ *Ibid.* Il est intéressant de noter que le législateur a inséré, dans le texte, la nouvelle majoration (10 % du chiffre d'affaire) avant l'ancienne (50 % des dépenses), lui donnant ainsi une sorte de priorité.

¹³⁴¹ C. consom. fr., art. L. 132-3, al. 1 et 2 [anc. art. L. 121-6, al. 3].

¹³⁴² Avant la loi Hamon du 17 mars 2014, le juge avait l'obligation de prononcer la publication de la totalité du jugement de condamnation. En effet, l'expression utilisée par l'ancien article L. 121-4 était la suivante : « [e]n cas de condamnation, le juge ordonne la publication du jugement ».

¹³⁴³ C. consom. fr., art. L. 132-4, al. 1 [anc. art. L. 121-4].

¹³⁴⁴ *Ibid.*

¹³⁴⁵ *Ibid.*

En droit français, les personnes morales auteurs de ce délit encourent le quintuple du montant de l'amende prévu pour les personnes physiques¹³⁴⁶. Le législateur luxembourgeois se montre à nouveau moins sévère que son voisin en prévoyant qu'en matière correctionnelle, « *le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au double de celui prévu à l'égard des personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction* »¹³⁴⁷. Nous pouvons rappeler que l'Administration française a la possibilité de transiger sur l'amende¹³⁴⁸. Enfin, la loi Hamon a également introduit la faculté pour le juge de prononcer des peines complémentaires à l'encontre des personnes morales comme l'interdiction définitive ou pour cinq ans au plus d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, ou la publication ou l'affichage de la diffusion¹³⁴⁹.

435. Une des peines complémentaires possible en droit français est donc la publication du jugement de condamnation. Un auteur note « [...] *la propension des juges du fond à assortir leur condamnation de sanctions accessoires redoutables* » telles les mesures d'information des consommateurs, ce qui, pour le même auteur, est « *commerciallement désastreux* » car cet « *auto-dénigrement porte atteinte à la réputation de l'opérateur* »¹³⁵⁰. Un autre auteur ajoute même que « *[d]ans un secteur de la fourniture d'accès extrêmement concurrentiel, la publication d'un tel jugement sur le site du fournisseur critiqué pourra avoir un impact commercial dangereux à la survie de certains fournisseurs d'accès* »¹³⁵¹. Ainsi, nous pouvons faire un parallèle avec la décision luxembourgeoise du 17 février 2012 précitée, relative à un site de rencontre, dans laquelle le Ministre demandait la publication de l'ordonnance de cessation de diverses pratiques, dont des violations à plusieurs obligations légales d'information. Le juge luxembourgeois ne fait pas droit à cette demande car il estime que l'ordonnance « *est suffisante en elle-même pour mettre fin aux violations constatées et dont la publication est disproportionnée par rapport à l'impact public de ces violations* ». Ces propos doivent être nuancés puisque les effets de la publication d'un jugement de condamnation sont

¹³⁴⁶ C. consom. fr., art. L. 132-3, al. 3, par renvoi à l'art. 131-38, al. 1 du C. pén. fr. [anc. art. L. 121-6, al. 4, par renvoi à l'art. 131-38 du C. pén. fr.].

¹³⁴⁷ C. pén. lux., art. 36, al. 3.

¹³⁴⁸ C. consom. fr., art. L. 523-1, 2° [anc. art. L. 141-2, al. 1].

¹³⁴⁹ C. consom. fr., art. L. 132-3, al. 3, par renvoi à l'art. 131-39, 2° à 9° du C. pén. fr. [anc. art. L. 121-6, al. 4, par renvoi à l'art. 131-39, 2° à 9° du C. pén. fr.].

¹³⁵⁰ STOFFEL-MUNCK Philippe, « Bouquet de clauses abusives chez Wanadoo », CCE n° 9, sept. 2006, comm. 126, p. 2 et 3.

¹³⁵¹ RIEFA Christine, « Publicité « forfait illimité » AOL : un nouvel élan vers la transparence des offres d'accès à l'internet », D. 2004, p. 1727.

relatifs. Ainsi on peut penser que la publication n'aura pas systématiquement un effet très négatif en entraînant par exemple une forte baisse du chiffre d'affaire.

Le juge qui ordonne la publication du jugement de condamnation du professionnel doit préciser les modalités de mise en œuvre de celle-ci. Ainsi, dans un arrêt de 2004 « *la publication de la décision non seulement dans la presse écrite mais également sur le site portail d'AOL semblait être le moyen le plus adéquat [...]* »¹³⁵². Ainsi, les associations de consommateurs peuvent saisir le juge des référés et solliciter la cessation du trouble illicite ou la suppression d'une clause illicite dans le contrat ou un type de contrat, et la publication de la décision, sur fondement de l'article L. 421-9 du Code de la consommation français. Enfin, un jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre¹³⁵³ a jugé que la publicité d'un opérateur était trompeuse, et lui a ainsi ordonné de publier, sur la première page de la lettre d'information adressée aux abonnés, la signification du jugement, selon des modalités très spécifiques¹³⁵⁴. M. Philippe Stoffel-Munck ajoute que « *l'exécution provisoire dont est assortie cette mesure finit de montrer le danger qu'il y a à s'exposer à une telle condamnation, fût-elle contestable, fût-elle infondée : le mal sera fait* »¹³⁵⁵. Ces propos doivent être nuancés selon nous. En effet, le secteur des communications électroniques n'est pas très concurrentiel, puisque quelques grands groupes le dominent, et ces condamnations n'ont pas eu d'effet désastreux puisque ces sociétés sont toujours présentes et compétitives. L'impact de ces condamnations est donc pour ainsi dire nul.

436. L'efficacité répressive des peines prévues pour le délit de pratique commerciale déloyale à sanctionner le manquement à l'obligation légale d'information ne recevant pas de sanction expresse dépendra des circonstances de l'affaire. En effet, la sanction répressive est efficace lorsqu'elle est adaptée au comportement prohibé et qu'elle est proportionnée à la gravité de la faute. Le professionnel cherchant la réalisation de profit, la peine la plus adéquate semble être la peine pécuniaire puisqu'elle porte directement atteinte au patrimoine du professionnel. Elle

¹³⁵² Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 2004, n° 01-11296.

¹³⁵³ TGI Nanterre du 15 oct. 2001, *UFC c/SFR*, RG n° 01/07363. Confirmé par : CA Versailles, 16 mai 2002, RG n° 01/07363.

¹³⁵⁴ Le TGI a détaillé les conditions de mise en œuvre de la publication : « [...] sans mention ajoutée de quelque nature qu'elle soit autre que celle relative à un appel éventuel, dans un encadré de dix centimètres de large sur huit centimètres de haut, en caractères gras de couleur noire sur fond blanc, d'une taille suffisante pour recouvrir intégralement la surface réservée à cet effet, sous le titre : « PUBLICATION JUDICIAIRE », en caractère gras majuscules de un centimètre de hauteur et de couleur rouge ». Le juge a également ordonné au professionnel de payer 1 524,49 euros à l'UFC, ainsi que 30,49 euros à chacun de deux consommateurs à titre de dommages-intérêts.

¹³⁵⁵ STOFFEL-MUNCK Philippe, *op. cit.*

doit cependant rester proportionnée à la gravité de la faute et ne pas être trop sévère. Le juge pourra se montrer plus ou moins sévère envers le professionnel et prononcer une ou plusieurs peines principales et complémentaires.

437. Lorsque la responsabilité pénale de l'auteur d'une pratique commerciale trompeuse est engagée, se pose la question des potentielles conséquences civiles, notamment la réparation du préjudice et le cas échéant l'anéantissement du contrat. Tout d'abord, le consommateur victime d'une pratique commerciale trompeuse est recevable à demander l'allocation de dommages et intérêts, en agissant en responsabilité civile, devant le juge répressif s'il se porte partie civile et démontre le lien entre la pratique litigieuse et le préjudice subi¹³⁵⁶. La responsabilité délictuelle¹³⁵⁷ ou contractuelle¹³⁵⁸ du professionnel pourra être recherchée, selon la présence ou non d'un lien contractuel entre le professionnel et le consommateur victime de la pratique¹³⁵⁹. En droit français, ce délit est très peu invoqué par les

¹³⁵⁶ En vertu du principe de la double voie, le consommateur peut utilisé uniquement la voie civile et demander l'allocation de dommages-intérêts indépendamment de poursuites pénales si la victime ne cherche pas à obtenir de condamnation du professionnel. Pour l'exemple d'un professionnel agissant en responsabilité civile pour publicité trompeuse, son action étant uniquement fondée sur l'ancien article 1382 (actuel 1240) du Code civil : CA Versailles, 10 févr. 2004, *SA Dyson c/ Sté Electrolux LDA et a.*, JurisData n° 2004-235354, RAYMOND Guy, « Les aspirateurs à sac contre les aspirateurs sans sac ! », *Contrats-conc.-consom.* n° 10, oct. 2004, comm. 145.

¹³⁵⁷ CA Paris, 27 avril 2011, n° JurisData 2011-014720.

¹³⁵⁸ M. Guy Raymond précise que « [l]a réparation du préjudice peut être limitée au prix versé par le contractant lésé ». L'auteur cite l'arrêt suivant en exemple : CA Paris, 2 juill. 2001, JurisData n° 2001-160374 (RAYMOND Guy, « Indemnisation du préjudice subi par une personne ayant souhaité participer à des séances de castings », *Contrats-conc.-consom.* n° 5, mai 2002, comm. 84). En l'espèce, l'indemnisation des victimes de la publicité trompeuse opérée par un « agent » dirigeant de société se limite au prix des séances photos entreprises par les victimes. Le professionnel faisait croire à la gratuité de ses services et à la possibilité de participer à des castings en réalité inexistantes. Ainsi la chambre correctionnelle confirme que l'indemnisation est suffisante au vu des obligations de l'auteur de la publicité dans le contrat, sans qu'il soit nécessaire de prendre en compte les frais de voyage et le préjudice moral.

¹³⁵⁹ Toujours à propos du délit de publicité trompeuse, une décision semble pertinente à analyser car elle met en perspective les informations d'une publicité et mentions contractuelles d'un abonnement téléphonique, ainsi que l'interprétation favorable des faits envers les consommateurs. L'affaire concernait une offre d'abonnement forfaitaire heures soir et week-end gratuites pour 250 Francs par mois. Or, un consommateur avait vu le prix de l'abonnement augmenter de 20 Francs seulement un mois et demi après la conclusion du contrat. Le tribunal d'instance de Périgueux avait été saisi pour publicité mensongère et caractère abusif de la clause de révision du prix dans le contrat d'abonnement. Dans sa décision du 28 juin 2002 (TI Périgueux, 28 juin 2002, RG n° 11-01-000572 ; www.clauses-abusives.fr - dernière consultation le 29 juin 2016 ; BIOLAY Jean-Jacques, « Fasc. 994 : Contrats de service de communications électroniques », *J.-Cl. Conc.-Consom.*, 18 avr. 2008, n° 14) le tribunal a tout d'abord jugé que la clause de révision du prix n'était pas abusive « dès lors que demeure cette faculté de résiliation du contrat ». Cependant, il reconnaît le caractère trompeur de la publicité au motif que « [...] la société S. a augmenté le prix de son abonnement à compter du 1^{er} mars 2001, soit avant l'expiration de la durée minimale de 18 mois, de sorte que les indications initialement données dans la publicité diffusée pour ce contrat SWEG apparaissent mensongères ; qu'à cet égard, il importe peu que les précisions ultérieurement apportées par la société S. dans ses contrats d'abonnement aient expressément fait référence à une clause de révision des prix, la publicité mensongère étant constituée de manière instantanée par la diffusion de l'information et devant être appréciée au moment de sa communication au public ». Le tribunal d'instance estime donc que le professionnel n'aurait pas dû changer le prix de l'abonnement avant l'échéance des 18 mois

consommateurs et l'est, en majorité, par des concurrents du professionnel. Le constat est similaire en droit luxembourgeois dans lequel les trois décisions existantes relatives à ce délit sont des actions en cessation introduites par le « *Ministre ayant la protection des consommateurs dans ses attributions* » autrement dit le Ministre de l'Économie. Ce délit semble donc être principalement un outil de lutte contre la concurrence déloyale puisque majoritairement invoqué par les professionnels ou par les pouvoirs public. Il arrive cependant qu'un consommateur ou une association de consommateurs se portent partie civile et demandent réparation du préjudice subi et généré par la pratique trompeuse. Ainsi, sur la base du délit de publicité trompeuse, un consommateur peut obtenir le versement des sommes versées en trop et parfois l'indemnisation du préjudice moral, et une association de consommateurs peut être indemnisée pour l'atteinte qui a été portée à l'intérêt collectif des consommateurs.

438. Se pose ensuite la question du devenir d'un éventuel contrat conclu à l'occasion d'une pratique commerciale trompeuse. À l'inverse des dommages-intérêts qui peuvent être alloués

minimum du contrat prévus dans la publicité. Le tribunal poursuit en affirmant que « *la société S. n'a pas respecté ses engagements pris dans la publicité incriminée, qui présente un caractère trompeur, le prix constituant un élément substantiel de la convention liant les parties [...]* ».

Cette décision semble paradoxale puisque d'une part, l'information relative au prix contenue dans la publicité était véridique, et d'autre part, le consommateur était informé de la possibilité pour le professionnel de modifier le prix de l'abonnement, le contrat d'abonnement contenant une clause de révision du prix, jugée non abusive par le tribunal. Le tribunal reconnaît donc le caractère trompeur de la publicité alors même qu'au moment de la souscription par le demandeur, l'abonnement était bien de 250 Francs par mois, comme énoncé par la publicité. En effet, l'opérateur n'a modifié le prix de l'abonnement qu'après la conclusion du contrat et tout en ayant informé le consommateur dans le contrat de la possibilité de modification du prix, celui-ci possédant toujours la possibilité de résilier son abonnement.

La publicité n'était donc pas mensongère, puisqu'elle présentait des informations véridiques, mais elle présentait cependant un caractère trompeur en n'attirant pas l'attention du consommateur à propos de la modification du prix du service, cette information n'étant mentionnée que dans le contrat de vente, ou en laissant le consommateur croire que le prix indiqué serait pratiqué pendant toute la durée du contrat. En outre, de nombreux opérateurs ont recours à ce genre de stratégie, leur mauvaise foi étant prouvée la modification du prix rapidement après la conclusion du contrat. Cette affaire n'est donc pas un cas isolé et s'inscrit dans un mouvement général de lutte contre les changements intempestifs des conditions contractuelles par les opérateurs peu de temps après une publicité alléchante sur la base de laquelle des consommateurs sont devenus abonnés (en l'espèce le prix est modifié seulement un mois et demi seulement après la publicité).

Ainsi, en l'espèce, les juges ont condamné la société à payer la somme de 12 euros à titre de dommages-intérêts « *pour la réparation du préjudice résultant du montant indument perçu par ladite société pendant la durée minimale de 18 mois du forfait* ». Malgré la caractérisation par le juge de l'infraction pénale de publicité mensongère prévue à l'article L. 121-1 du Code de la consommation, aucune sanction répressive n'est prononcée, alors que la société encourait des sanctions pénales sévères (l'art. L. 121-1 du Code de la consom. – dans sa version en vigueur du 27 juill. 1993 au 5 janv. 2008 (www.legifrance.gouv.fr) – était sanctionné par un emprisonnement de deux ans et une amende de 250 000 F (l'art. L. 121-6, al. 1 du même code – dans sa version en vigueur du 27 juill. 1993 au 13 juin 2001 – renvoie à l'art. L. 213-1 – dans sa version en vigueur du 1^{er} mars 1994 au 1^{er} janv. 2002), l'amende pouvant être portée à 50 % des dépenses de la publicité constituant le délit (art. L. 121-6, al. 2). La décision du juge apparaît équitable et protectrice des consommateurs, mais l'absence de répression du professionnel demeure surprenante.

par le juge civil ou le juge répressif, la demande d'annulation du contrat est uniquement possible devant le premier. La question est de savoir si le fondement de la nullité, en l'espèce, est le vice du consentement ou la violation de dispositions d'ordre public. En effet, la pratique commerciale trompeuse par action ou par omission fait écho à l'erreur, mais surtout au dol et à la réticence dolosive civils, vices du consentement entraînant la nullité du contrat. En effet, le dol ou la réticence dolosive, comme la pratique commerciale trompeuse, transmettent une information déloyale au consommateur et altèrent son consentement. D'ailleurs M. Guy Raymond précise que « *viser l'altération économique du comportement c'est dire autrement que le consentement doit être sain et éclairé et qu'il ne doit pas être entaché d'un vice du consentement. L'article L. 120-1 renvoie donc, implicitement, aux articles 1109 et suivants du Code civil [français]* »¹³⁶⁰. Cependant, le caractère d'ordre public de ces dispositions peut être tiré de l'existence de sanctions pénales, le juge pouvant prononcer la nullité absolue du contrat conclu à l'occasion d'un tel délit. Mais cette solution est mal venue au regard des éléments constitutifs du délit de pratiques commerciales trompeuses. Pour les mêmes raisons, nous estimons qu'on ne peut pas déduire le principe selon lequel toute qualification de pratique commerciale trompeuse équivaut à la preuve d'un vice du consentement. En effet, il suffit que la pratique soit susceptible d'altérer le comportement du consommateur pour être qualifiée de déloyale. De plus, le délit de pratiques commerciales trompeuses étant un délit d'imprudence, apprécié *in abstracto*, l'existence d'une telle pratique ne prouverait pas l'intention dolosive nécessaire à qualifier le vice¹³⁶¹. De plus, si le consommateur invoque le vice de l'erreur, un nouvel obstacle apparaît puisque celle-ci doit porter sur une qualité substantielle tandis que la tromperie peut porter sur des éléments accessoires¹³⁶². Pour ces raisons il semble opportun que la nullité du contrat soit prononcée pour vice du consentement, et non de manière automatique sur le fondement de l'article 6 du Code civil français ou luxembourgeois pour violation de dispositions d'ordre public, et uniquement si le consommateur a établi de « *manière autonome l'existence d'un vice, sans pouvoir se contenter de la qualification de pratique commerciale trompeuse retenue par le tribunal* »¹³⁶³.

¹³⁶⁰ RAYMOND Guy, « Fasc. 900 : Pratiques commerciales déloyales et agressives », J.-Cl. Conc.-consom., 15 nov. 2008, n° 13.

¹³⁶¹ ÉRESÉO Nicolas, « Fasc. 3480 : Pratiques commerciales trompeuses », J.-Cl. Communication, 5 oct. 2009, n° 93.

¹³⁶² *Ibid.*

¹³⁶³ *Ibid.* V. également : RAYMOND Guy, « Fasc. 900 : Pratiques commerciales déloyales et agressives », J.-Cl. Conc.-consom., 15 nov. 2008, n° 72.

Il semble alors logique d'admettre au que « *si le caractère trompeur est établi au pénal, l'annulation du contrat pour vice du consentement en découlera nécessairement* »¹³⁶⁴.

439. Nous pouvons faire remarquer que le Code de la consommation français reste muet sur le sort du contrat conclu à l'occasion d'une pratique commerciale trompeuse mais envisage celui du contrat résultant d'une pratique commerciale agressive car une disposition spéciale édicte sa nullité automatique¹³⁶⁵. La différence de traitement opérée en droit français entre les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives se comprend aisément puisque comme nous venons de le voir, si une pratique trompeuse peut être caractérisée par le simple fait qu'elle est susceptible d'induire le consommateur en erreur, sans que le consentement du consommateur ait effectivement été vicié, une pratique agressive peut être considérée comme étant systématiquement source d'un vice du consentement du consommateur par violence.

À l'inverse du droit français, le droit luxembourgeois ne distingue pas entre les deux types de pratiques commerciales, trompeuses et agressives, et les traite de manière identique. En effet, nous pouvons rappeler que le Code de la consommation luxembourgeois précise que « *[t]oute clause ou toute combinaison de clauses d'un contrat, conclue en violation [du titre relatif aux pratiques commerciales déloyales], est réputée nulle et non écrite* »¹³⁶⁶. Cette nullité est relative et peut entraîner l'annulation du contrat dans son entier.

440. L'efficacité répressive des peines issues du délit de pratique commerciale trompeuse en droits français et luxembourgeois à sanctionner le manquement à une obligation légale d'information sans sanction expresse dépend des circonstances de l'espèce. En effet, les peines prononcées seront efficaces si elles sont adaptées au comportement de l'auteur et proportionnées à la faute.

Leur efficacité répressive varie également selon leur effectivité, et diffère selon les trois techniques de qualification de ce délit, selon les preuves devant être rapportées. Tout d'abord, la caractérisation du délit par présomption irréfragable semble satisfaisante – le manquement à l'obligation légale d'information en question constituant une pratique présumé déloyale en toute circonstance – mais ne concerne qu'une hypothèse particulière¹³⁶⁷. Ensuite, le délit peut

¹³⁶⁴ RAYMOND Guy, *op. cit.*

¹³⁶⁵ C. consom. fr., art. L. 132-10 [anc. art. L. 122-15].

¹³⁶⁶ C. consom. lux., art. L. 122-8, paragr. (2). V. n° 412 et s.

¹³⁶⁷ V. n° 426.

être caractérisé car la pratique fait partie de la liste des pratiques trompeuses par action ou par omission. Dans ce cas, trois éléments doivent être démontrés. Ainsi, le manquement à l'obligation légale d'information doit figurer dans la liste exhaustive des éléments sur lesquels doit porter la pratique commerciale trompeuse – condition qui sera facilement remplie puisque nous avons vu que le plupart de ces éléments faisaient écho à une obligation légale d'information consumériste, puis le consommateur doit prouver que cette information était fautive ou de nature à induire en erreur, ainsi que l'élément moral de l'infraction. L'élément moral de l'infraction peut être caractérisé par la preuve de la simple négligence ou imprudence du professionnel, ce qui semble largement admis par les juges. Cependant, si la preuve de l'exécution de l'obligation légale d'information est à la charge du professionnel en droit civil, elle repose sur le consommateur dans ce contexte, et pourra être plus ou moins complexe, notamment pour prouver une omission. Enfin, le délit de pratique commerciale trompeuse, sanctionnant une obligation légale d'information sans sanction expresse, peut être caractérisé lorsqu'en plus de l'élément moral, le consommateur rapporte la preuve que la pratique est déloyale, autrement dit est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen. Une première interprétation pourrait être que le manquement à toute obligation légale d'information remplit systématiquement ces deux critères cumulatifs. En effet, l'obligation d'information érigée en obligation légale reflète un caractère essentiel au consentement éclairé du consommateur. Cependant, les éléments de preuve peuvent se révéler plus complexes si le consommateur doit rapporter la preuve d'un éventuel vice du consentement à l'image du droit commun civil. Cette hypothèse semble peu probable puisque l'appréciation *in abstracto* des éléments constitutifs de ces délits pénaux contraste avec celle *in concreto* des vices du consentements. En effet, le droit pénal protège avant tout la société et non l'individu dans ses relations avec les autres.

Si l'efficacité répressive du délit de pratique commerciale déloyale à sanctionner le manquement à une obligation légale d'information sans sanction expresse varie en fonction de ses éléments constitutifs et des preuves à apporter par le consommateur, la pratique judiciaire révèle d'autres inconvénients. En effet, en France comme au Luxembourg, le délit de pratique commerciale trompeuse n'est pas majoritairement invoqué par les consommateurs. En France, le délit de pratiques commerciales trompeuses par action¹³⁶⁸ est invoqué majoritairement par

¹³⁶⁸ Rappelons que le délit de pratique commerciale trompeuse par omission ne peut être invoqué que par les consommateurs.

les professionnels tandis qu'au Luxembourg les décisions rendues en cette matière résultent d'actions en cessations initiées par le Ministre ayant la protection des consommateurs dans ses attributions. La faible popularité de cette action auprès des consommateurs s'explique par leur intérêt qui réside plus dans leur indemnisation que dans la condamnation pénale du professionnel. En outre, l'obstacle majeur à l'indemnisation du consommateur reste la nécessité d'agir en justice, dont le coût et la lenteur sont souvent disproportionnés par rapport au montant de la demande.

441. Outre le délit pénal de pratique commerciale trompeuse, le manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation ne recevant aucune sanction expresse peut être sanctionné par le délit pénal de tromperie.

§2 – Le délit de tromperie

442. Le manquement à une obligation légale d'information dans un contrat de consommation peut être constitutif du délit de tromperie¹³⁶⁹. En effet, la tromperie sanctionne pénalement l'information déloyale fournie à un contractant¹³⁷⁰. Elle consiste à tromper le cocontractant, par quelque moyen que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers¹³⁷¹. Ainsi, « *il peut y avoir tromperie dès lors que le contractant n'a pas été loyalement informé sans qu'il soit nécessaire d'apprécier la licéité du produit en cause* »¹³⁷². Par exemple, constitue le délit de

¹³⁶⁹ Le délit de tromperie ne s'applique pas exclusivement aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs. Il concerne également les contrats de droit commun conclus entre particuliers ou entre professionnels. V. PICOD Yves et DAVO Hélène, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey Université, 2010, n° 213 et s.

¹³⁷⁰ « Distinction entre tromperie et falsification », Lamy Droit économique 2016, n° 6799.

¹³⁷¹ Pour un exemple récent de tromperie sur la nature, l'origine, les qualités substantielles ou la composition par une personne morale (société Karist) par l'intermédiaire d'un tiers (le dirigeant de l'entreprise) : Cass. crim., 22 mars 2016, n° 15-82677 (« *pour confirmer le jugement et retenir la responsabilité de la personne morale, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, après avoir relevé que la tromperie, reposait non sur une erreur ponctuelle, mais sur une attitude systématisée, poursuivie dans un but lucratif pour la personne morale ne prenant aucun compte des contraintes légales et attestée par la multiplication d'incidents graves relevés par des contrôles sanitaires réguliers, énonce que M. Y..., en sa qualité de dirigeant de l'entreprise, avait la compétence pour mettre en œuvre les mesures de contrôle et de gestion des denrées rigoureuses, s'est abstenu d'agir en ce sens et s'est délibérément maintenu dans la méconnaissance de ses obligations* »).

¹³⁷² *Ibid.* La tromperie se distingue ici de la falsification (V. pour ce délit : C. consom. fr., art. L. 413-1 et s. et L. 451-1 et s. [anc. art. L. 213-3 et s.] ; ex. en droit luxembourgeois : loi modifiée du 25 sept. 1953 ayant pour objet la réorganisation du contrôle des denrées alimentaires, boissons et produits usuels (Mém. A – N° 62 du 10 oct. 1953, p. 1259) ; version mise à jour en 2012 : Recueil lois spéciales, vol. 2, v. « Denrées alimentaires », p. 3 et s. – la Cour de cassation luxembourgeoise a estimé que « [s]elon l'esprit de la loi du 25 septembre 1953 sur le contrôle alimentaire, la falsification s'entend de toute altération qu'on fait subir à la marchandise en vue de

tromperie sur les qualités substantielles le fait de mettre sur le marché en connaissance de cause « *un produit présentant des dangers pour le consommateur, sans l'assortir de l'étiquetage conforme à la réglementation des produits dangereux* », en l'espèce un produit d'entretien pour les meubles¹³⁷³. Trois moyens de tromperie peuvent être distingués : la tromperie par mensonge, la tromperie par manœuvre et la tromperie par réticence « *qui semblent faire écho au dol civil* »¹³⁷⁴. Quelques illustrations jurisprudentielles seront précédées par un bref rappel des éléments constitutifs de ce délit en droits français et luxembourgeois.

443. Pour que le délit de tromperie soit caractérisé en droit français comme en droit luxembourgeois, une offre de contrat ou un contrat à titre onéreux doit exister, par exemple un contrat de vente¹³⁷⁵. Ensuite, la victime de la tromperie doit être une partie au contrat, mais il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'infraction soit son cocontractant et peut être un tiers. En France, ce délit peut s'appliquer à tout bien, sauf les droits incorporels et les biens immobiliers¹³⁷⁶, ou toute prestation de service¹³⁷⁷, sauf immobilière. À l'inverse, le législateur luxembourgeois applique également ce délit aux biens incorporels et immobiliers¹³⁷⁸. En droit français, la tromperie doit porter sur un des éléments énumérés à l'article L. 441-1 du Code de la consommation [anc. art. L. 213-1] tels la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la quantité, la composition, la teneur en principe utile ou l'aptitude à l'emploi. Le délit luxembourgeois semble *a priori* avoir un champ d'application plus restreint, puisque

tromper l'acheteur, soit que les éléments de la chose aient été modifiés, soit qu'il y ait été introduit des produits d'une nature différente, soit que l'aspect ait été modifié », Cass. 10 déc. 1959, P. 18, 67).

La falsification est l'altération d'un produit en violation à un règlement ou à un usage professionnel. Cependant, ces deux délits relatifs à la fraude sont souvent confondus en pratique lorsque sont concernées des denrées alimentaires ou de substances médicamenteuses (Lamy Droit économique 2015, *op. cit.*). Ainsi les juges retiennent parfois indifféremment la qualification de tromperie ou de falsification pour sanctionner l'infraction en cause.

¹³⁷³ RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, n° 397, cite : CA Angers, 1^{er} avr. 2004, JurisData n° 2004-248360, Contrats-conc.-consom. 2005, comm. 20.

¹³⁷⁴ Lamy Droit pénal des affaires 2015, n° 2656 à 2659.

¹³⁷⁵ Cela ressort d'une jurisprudence constante en droit français. Les articles 498 et 499 du Code pénal luxembourgeois relatifs au délit de tromperie font explicitement référence au contrat de vente (« *bien vendu* »).

¹³⁷⁶ Par interprétation *a contrario* de l'art. L. L. 441-1 C. consom. fr. [anc. art L. 213-1].

¹³⁷⁷ Le champ d'application du délit de tromperie a été étendu aux prestations de service par les articles 6 et suivants de la loi du 10 janvier 1978 n° 78-23 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services dite « loi Scrivener » (JORF du 11 janvier 1978, p. 301), extension ensuite codifiée à l'ancien article L. 216-1 du Code de la consommation français (le contenu de cet article n'a pas été repris par l'ordonnance de recodification du 14 mars 2016). MM. Jean Calais-Auloy et Henri Temple estiment cependant que « *l'article L. 213-1, écrit pour les marchandises, s'adapte mal aux prestations de services et il est rarement utilisé dans ce domaine* » (CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2010, n° 216).

¹³⁷⁸ C. pén. lux., art. 498, al. 4.

la loi vise moins d'éléments. Ainsi le Code pénal luxembourgeois envisage uniquement la tromperie sur l'identité, la nature ou l'origine du bien¹³⁷⁹, ou sur la quantité de choses vendues¹³⁸⁰. Une autre différence entre ces droits réside dans la considération de la tentative qui est réprimée en France¹³⁸¹, mais pas au Luxembourg¹³⁸². Enfin, en droit français comme luxembourgeois, conformément au droit commun, la tromperie est un délit intentionnel et nécessite la preuve de la mauvaise foi du professionnel, la volonté d'induire en erreur¹³⁸³. Les jurisprudences françaises et luxembourgeoises se montrent sévères envers les professionnels puisqu'elles établissent une sorte de présomption d'intention¹³⁸⁴. En effet, les juges déduisent la mauvaise foi du professionnel de l'imprudence ou de la négligence du professionnel¹³⁸⁵, par exemple d'un défaut ou d'une insuffisance de surveillance et de contrôle de la conformité du produit ou du service aux réglementations en vigueur¹³⁸⁶. Ainsi, le fait pour le professionnel de ne pas avoir effectué les vérifications nécessaires avant la revente d'un véhicule d'occasion¹³⁸⁷, impliquant notamment la vérification des pièces administratives et les mentions figurant dans le numéro de série du type de véhicule¹³⁸⁸, suffit à caractériser l'élément intentionnel du délit. C'est encore le cas pour le professionnel « *de vendre un véhicule au prix en cours à la date de livraison sans s'être assuré de la date de fabrication par une simple vérification* »¹³⁸⁹. Selon un auteur, cette obligation de vérification « *résulterait*

¹³⁷⁹ C. pén. lux., art. 498.

¹³⁸⁰ C. pén. lux., art. 499.

¹³⁸¹ C. consom. fr., art. L. 441-1, al. 1 [anc. art. L. 213-1, al. 1].

¹³⁸² C. pén. lux., art. 498 (« *celui qui aura trompé* ») et 499 (« *ceux qui [...] auront trompé* »).

¹³⁸³ V. *op. cit.* CHEREL Alexandre, « L'élément intentionnel », C&C 1996, n° 93, pp. 10-16. Cependant, en droit français comme en droit luxembourgeois, en l'absence de mauvaise foi du professionnel ou si elle n'a pas pu être prouvée, ce dernier encourt généralement des peines contraventionnelles prévues pour les manquements aux textes réglementaires (dénommées les contraventions de fraude en droit français) pour lesquels la simple infraction matérielle suffit, voir *infra* (C. consom. fr., L. 412-1 [anc. art. L. 214-1] ; ex. en droit lux. : loi modifiée du 25 sept. 1953 ayant pour objet la réorganisation du contrôle des denrées alimentaires, boissons et produits usuels, *op. cit.* (version mise à jour en 2012 : Recueil lois spéciales, vol. 2, art. 2, al. 3).

En droits français et luxembourgeois, pour des mêmes faits et si les conditions nécessaires sont réunies, le délit de tromperie peut être requalifié en délit d'escroquerie (qui est sanctionnés par des peines plus lourdes) selon la gravité des faits (l'inverse est également possible, le délit d'escroquerie pouvant être requalifié en tromperie). Précisons enfin qu'il n'est pas nécessaire que la victime ait subi un préjudice pour caractériser le délit de tromperie.

¹³⁸⁴ Le terme de présomption peut être discuté. Selon certains, « *la jurisprudence [...] adopte de manière discrète un raisonnement qui emprunte tout à celui de la présomption* » (Lamy Droit pénal des affaires 2015, n° 2672). Le terme d'atténuation (du principe de la preuve de l'intention) est peut-être plus adapté que celui de présomption.

¹³⁸⁵ Divers professionnels sont concernés : les vendeurs professionnels et les prestataires de services mais aussi les fabricants, négociants, grossistes et distributeurs (Lamy Droit pénal 2015, n° 2672).

¹³⁸⁶ CHEREL Alexandre, « L'élément intentionnel », *op. cit.*, p. 14.

¹³⁸⁷ Cass. crim., 11 oct. 1989, n° 88-87168.

¹³⁸⁸ CA Paris, 16 mai 1994, BID n° 2, 1996, p. 14 (décision n° 5).

¹³⁸⁹ Lamy Droit économique 2015, n° 6828 (cite l'arrêt : Cass. crim., 26 mars 1979, n° 76-91898, RTD com. 1980, p. 387, obs. Bouzat P.).

d'une logique d'efficacité » puisque les professionnels ont « davantage que les consommateurs, les moyens de vérifier la « loyauté » de leurs produits »¹³⁹⁰. Le même auteur relève les nombreuses critiques existantes à l'égard de cette évolution de l'interprétation des textes qui aboutit à une « condamnation automatique » en droit pénal¹³⁹¹.

444. Il ressort des éléments constitutifs du délit de tromperie, que ce dernier peut résulter d'une fausse information ou d'un défaut d'information, et précisément dans notre hypothèse, d'un manquement à une obligation légale d'information qui ne reçoit pas de sanction expresse. Prenons le cas de la tromperie sur les qualités substantielles en droit français, dite tromperie sur la nature en droit luxembourgeois, qui n'est qu'une hypothèse envisagée par les textes mais qui s'avère être un cas de tromperie général et « de loin, le plus fréquemment visé par les décisions rendues en la matière »¹³⁹². Les « qualités substantielles » sur lesquelles le consommateur est trompé font écho aux « caractéristiques essentielles » dont doit il être informé, préalablement à la conclusion de tout contrat, en vertu de l'article L. 111-1 du Code de la consommation français et luxembourgeois. Ainsi la tromperie par mensonge, manœuvres ou réticence fait écho au dol civil qui peut se réaliser par ces trois moyens. La tromperie est un « dol pénal [qui] constitue une violation de l'obligation d'information consacrée à l'article L. 111-1 du code de la consommation » français et luxembourgeois¹³⁹³. Nous pouvons déjà préciser qu'en droit français comme en droit luxembourgeois, le commerce des véhicules d'occasion est un sujet récurrent en matière de tromperie¹³⁹⁴, ce qui explique que la plupart des exemples cités y sont relatifs¹³⁹⁵.

¹³⁹⁰ KESSOUS Emmanuel, « Qualités des produits consommés et genèse d'une police du commerce : Retour sur les débats de la loi de 1905 sur la répression des fraudes », Actes des 3^{èmes} Journées Normandes de Recherche sur la Consommation, Société et Consommation, 11 – 12 mars 2004, Rouen, France, p. 18 de l'article.

¹³⁹¹ *Ibid.* L'auteur ajoute : « [l]es condamnations sont de nature correctionnelles et entament l'honneur des personnes sanctionnés (les condamnations suivent les personnes en étant inscrites au casier judiciaire) ».

¹³⁹² Lamy Droit économique 2015, n° 6840.

¹³⁹³ Lamy Droit pénal des affaires 2015, n° 2659.

¹³⁹⁴ Pour une étude sur la tromperie en matière de véhicules d'occasion en droit français, V. CHEREL Alexandre, « Tromperie sur les véhicules d'occasion », BID n° 2, 1996, n° 96-048, p. 9 et s. (note de synthèse pp. 9-10 ; jurisprudence pp. 11-32). M. Alexandre Cherel distingue entre les éléments toujours constitutifs d'une qualité substantielle, comme le millésime et le kilométrage, les éléments parfois constitutifs d'une qualité substantielle, telle l'aptitude à l'emploi du véhicule, notamment constituée par l'existence d'un accident antérieur non signalé, et enfin l'élément qui n'est jamais constitutif d'une qualité substantielle, le prix marchand du véhicule (*op. cit.*, pp. 9-10). Ainsi, les tromperies les plus fréquentes sont relatives au kilométrage, à l'état du véhicule (accident antérieur), aux véhicules prétendus neufs ou de première main, aux pièces d'occasion vendues comme neuves, au contrôle technique et à la date de sortie (Lamy Droit économique 2015, n° 6842 à 6849).

¹³⁹⁵ En droit français, les autres secteurs concernés par le délit de tromperie sont notamment les suivants : l'ameublement, les matériels de télécommunication non agréés, les vins et autres boissons, les produits alimentaires, et divers produits tels les animaux et les matériaux de construction (V. Lamy Droit économique 2015, n° 6850 à 6854).

445. Constitue ainsi une tromperie par le mensonge en droit français « *le fait d'indiquer une fausse date de péremption sur un produit périssable* »¹³⁹⁶ ou « *le fait de mentionner sur la facture un moteur de 90 CV alors qu'il s'agit de 75 CV* »¹³⁹⁷. Ensuite, peut être caractérisé de tromperie par des manœuvres, le fait « *de modifier ou manipuler le compteur électrique d'une voiture pour faire croire à une usure inférieure à la réalité* »¹³⁹⁸. Enfin, la tromperie par réticence peut être réalisée par « *le fait de ne pas mentionner l'existence d'un traitement chimique appliqué à des denrées alimentaires* »¹³⁹⁹ ou l'existence d'un accident antérieur d'un véhicule. Ainsi, a été reconnu coupable de tromperie sur les qualités substantielles de la chose vendue une gérante de SARL qui a vendu un véhicule d'occasion en dissimulant à l'acheteur qu'elle avait acquis le véhicule à l'état d'épave, même si elle avait fait réparer le véhicule selon les règles de l'art. En effet, la Cour de cassation a affirmé que « *l'existence d'un accident antérieur ayant gravement endommagé, au point de le réduire à l'état d'épave, un véhicule d'occasion, est de nature à écarter certains acheteurs et doit être révélée par le vendeur même si les dégâts causés audit véhicule ont été normalement réparés* »¹⁴⁰⁰. Selon un auteur, une des caractéristiques de l'appréciation de la tromperie est l'incrimination pénale de la réticence¹⁴⁰¹. Ainsi dans cette dernière affaire, la dissimulation de l'accident constitue une réticence blâmable.

446. Nous pouvons ensuite préciser que la tromperie va généralement résulter d'une infraction aux décrets pris en application de l'article L. 412-1 du Code de la consommation français [anc. art. L. 214-1]¹⁴⁰². Cet article possède un champ d'application large et permet au pouvoir réglementaire de prendre des mesures d'exécution de la loi¹⁴⁰³, notamment en ce qui

¹³⁹⁶ LDPA 2015, n° 2657 : cite Cass. crim., 15 nov. 2005, n° 04-87604, Contrats-conc.-consom. 2006, comm. 60, obs. Raymond G.

¹³⁹⁷ LDPA 2015, n° 2657 : cite Cass. crim., 20 oct. 2009, n° 09-83678, Contrats-conc.-consom. 2010, comm. 62, obs. Raymond G., Dr. pén. 2010, comm. 50, obs. Robert J.-H.

¹³⁹⁸ LDPA 2015, n° 2658 : cite Cass. crim., 16 mai 2006, n° 05-87086.

¹³⁹⁹ LDPA 2015, n° 2659 ; exemple pour des oignons traités à l'hydrazine maléique : « [d]e même le vendeur d'une denrée alimentaire qui n'indique pas la présence, fût-ce à faible dose, d'un produit chimique, dès lors que l'absence du traitement chimique fait partie des qualités substantielles de cette denrée » (Cass. crim. 20 déc. 1988, n° 86-96295, D. 1990. Somm. 361, obs. Roujou de Boubée).

¹⁴⁰⁰ Cass. crim., 27 janv. 1987, n° 85-95759, D. 1988, N° 12 p. 156, note CARREAU C., D. 1990, p. 362, Roujou de Boubée G.

¹⁴⁰¹ *Op. cit.* note CARREAU C., spéc. p. 157.

¹⁴⁰² CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} édition, 2010, n° 207.

¹⁴⁰³ Si les infractions à ces décrets ne se confondent avec aucun délit de fraude ou de falsification, notamment si le caractère intentionnel du professionnel n'est pas rapporté pour le délit de tromperie, elles sont punies comme

concerne « *les modes de présentation ou les inscriptions de toute nature sur les marchandises elles-mêmes, les emballages, les factures, les documents commerciaux ou document de promotion* »¹⁴⁰⁴. Sont notamment concernées les législations relatives à l'obligation générale de conformité¹⁴⁰⁵ et aux fraudes et falsification¹⁴⁰⁶. Ainsi, dans un arrêt de 2005¹⁴⁰⁷, la Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux qui condamne le professionnel à 7 000 euros d'amende pour délit de tromperie sur les qualités substantielles et publicité de nature à induire en erreur. Le décret du 11 mars 1993 prévoyait que le règlement (CEE) n° 1576/89 du 29 mai 1989¹⁴⁰⁸ était une mesure d'application de l'article L. 214-1¹⁴⁰⁹. L'article 7 point 2 d) du règlement précisait que l'étiquetage ou la publicité d'une boisson spiritueuse peut en mentionner l'âge de vieillissement uniquement si celui-ci a été effectué sous contrôle fiscal ou équivalent. Or, « *l'arrêt relève qu'il n'existe pas, pour le cognac, de vieillissement sous un contrôle de cette nature au delà du compte 9, correspondant aux eaux-de-vie ayant plus de neuf ans d'âge, et qu'en conséquence, il n'est pas possible d'indiquer des durées de vieillissement supérieures, sur les étiquettes, la présentation et les publicités relatives au cognac* ». Les juges estiment alors « *qu'en diffusant des documents publicitaires comportant des indications d'âge dont l'entreprise ne pouvait justifier et en commercialisant¹⁴¹⁰ les produits ainsi désignés, étant au surplus précisé que la formulation "goûte", suivie d'un nombre d'années, accrédite faussement la conviction chez le consommateur qu'il achète un cognac ayant bénéficié d'un vieillissement de cette durée* ».

447. Nous pouvons ensuite citer quelques exemples issus de la jurisprudence luxembourgeoise relatifs au délit de tromperie sur l'identité, la nature ou l'origine du bien vendu édicté par l'article 498 du Code pénal. Commet le délit de tromperie sur la nature de la chose vendue « *le vendeur d'une voiture de démonstration qui omet d'informer son acheteur*

contraventions de cinquième classe (C. consom. fr., R. 451-1) – elles étaient punies par une contravention de troisième classe avant l'ordonnance du 14 mars 2016 [anc. art. L. 214-2, al. 1].

¹⁴⁰⁴ C. consom. fr., L. 412-1, 3° [anc. art. L. 214-1, 2°].

¹⁴⁰⁵ C. consom. fr., art. L. 411-1 [anc. art. L. 212-1].

¹⁴⁰⁶ C. consom. fr., art. L. 451-1 et s. (falsifications) et L. 454-1 et s. (fraudes) [anc. art. L. 213-1 et s.].

¹⁴⁰⁷ Cass. crim., 6 sept. 2005, n° 04-86919. Pour un autre ex. concernant notamment le manquement aux mentions relatives au mode d'élevage et à l'origine des œufs (Cass. crim., 19 oct. 2004, n° 04-82218).

¹⁴⁰⁸ Règlement (CEE) n° 1576/89 du Conseil du 29 mai 1989 établissant les règles générales relatives à la définition, à la désignation et à la présentation des boissons spiritueuses (JO n° L 160 du 12 juin 1989, p. 1-17).

¹⁴⁰⁹ Il s'agit actuellement du décret n° 2009-1083 du 1^{er} sept. 2009 introduit à l'article R. 214-5 du C. consom. et du règlement (CE) n° 110/2008 du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2008 concernant la définition, la désignation, la présentation, l'étiquetage et la protection des indications géographiques des boissons spiritueuses et abrogeant le règlement (CEE) n° 1576/89 du Conseil (JO n° L 39 du 13 févr. 2008, pp. 16-58).

¹⁴¹⁰ Écrit ainsi dans l'arrêt.

que le véhicule avait été accidenté »¹⁴¹¹. En effet, la chose est alors rendue impropre à l'usage auquel l'acquéreur la destinait. Les juges ont eu l'occasion de préciser que le terme « nature » s'entend de la substance de la chose mais aussi de ses qualités essentielles¹⁴¹² : « [s]pécialement, les fausses indications, données dolosivement et par esprit de lucre par le vendeur d'une voiture automobile d'occasion sur l'âge et l'état d'usure du moteur de cette voiture en vue de déterminer l'amateur à en faire l'acquisition, portent sur des qualités essentielles de la voiture d'occasion vendue »¹⁴¹³. Constitue également une tromperie sur la substance de la chose et sur les qualités essentielles le fait de manipuler le compteur kilométrique d'un véhicule avant de le vendre¹⁴¹⁴ ou le fait de vendre une vache affirmée comme étant « fraîche » alors qu'elle ne l'est pas « si, toutefois il est établi que le vendeur a agi de mauvaise foi et savait que l'affirmation par lui donnée à l'acheteur ne répondait pas à la vérité »¹⁴¹⁵. Comme en droit français, le juge luxembourgeois a pu affirmer que « [l]e délit de tromperie sur la nature ou l'origine de la chose vendue ne requiert pas l'emploi de manœuvres frauduleuses » et que « [l]e silence gardé par le vendeur sur une qualité essentielle peut constituer la tromperie »¹⁴¹⁶. Ainsi commet le délit de tromperie sur la nature de la chose le garagiste professionnel qui connaissait le nombre de kilomètres effectivement parcouru par le véhicule et qui laisse croire qu'il a parcouru un nombre de kilomètres largement inférieur¹⁴¹⁷.

448. Comme en droit français, l'administration publique peut adopter des règlements notamment afin de prescrire l'apposition de signe ou d'indication, et déterminer ceux-ci, afin d'empêcher la confusion, l'erreur sur la nature et la provenance des matières¹⁴¹⁸ en ce qui

¹⁴¹¹ Trib. Luxembourg, 3 juill. 1958, n° JUDOC 95813020, Pas. 17, p. 339. Autre ex. : CA, 22 mars 1965, n° JUDOC 96513102, Pas. 19, p. 508 (délit de tromperie sur la nature de la chose commis par le vendeur d'une automobile d'occasion par fausses affirmations du vendeur).

¹⁴¹² Trib. Luxembourg, 23 avr. 2009, n° 1321/2009 : « [p]ar qualités essentielles, il faut entendre l'ensemble des qualités bien déterminées que l'acheteur avait en vue lorsqu'il contractait et faute desquelles il n'aurait pas donné le prix mais refusé de l'acquiescer ».

¹⁴¹³ CA, 18 janv. 1969, n° JUDOC 96913018, Pas. 21, p. 77. Pour un contre exemple, Trib. Luxembourg, 24 juin 1987, rôle n° 1190/87, n° JUDOC 98710711 : selon les juges il n'y a pas tromperie sur la nature ni sur l'origine de la chose vendue du fait « que les platines commercialisées par B. et qui étaient d'ailleurs absolument identiques à celles exposées en vente, était effectivement des modèles compact-disc, tel que cela avait été annoncé par le prévenu et désiré par les clients ».

¹⁴¹⁴ Trib. Luxembourg, 17 oct. 2002, n° 2183/2002.

¹⁴¹⁵ CA, 29 juin 1912, n° JUDOC 91213457, Pas. L. 9, p. 49.

¹⁴¹⁶ Trib. Luxembourg, 16 mai 2002, n° 1228/2002.

¹⁴¹⁷ Trib. Luxembourg, 27 oct. 1993, n° 1564/93.

¹⁴¹⁸ Loi modifiée du 25 sept. 1953 ayant pour objet la réorganisation du contrôle des denrées alimentaires, boissons et produits usuels, Mém. A – N° 62 du 10 oct. 1953, p. 1259 (version mise à jour en 2012 : Recueil lois spéciales, vol. 2, v° « Denrées alimentaires », p. 3 et s. : art. 2, al. 2).

concerne : les denrées et boissons alimentaires ou médicamenteuses destinées à l'usage des hommes ou des animaux ; les objets de consommation et d'habillement ; les produits cosmétiques et articles de toilette ; les objets et produits usuels employés dans le ménage, tels que jouets, tapis, meubles, tapisseries, ustensiles, couleurs, essences et autres substances liquides ou solides¹⁴¹⁹. Tout manquement à ces règlements sera sanctionné par une amende pénale¹⁴²⁰ de 251 à 2 000 euros¹⁴²¹. Le manquement à ces réglementations peut, comme en droit français, constituer le délit de tromperie si les éléments constitutifs sont réunis, notamment l'intention de lucre.

449. Après avoir rappelé les éléments constitutifs du délit de tromperie en droit français et luxembourgeois et comment celui-ci pouvait sanctionner le manquement à une obligation légale d'information ne recevant pas de sanction expresse, en l'espèce les articles L. 111-1 des Codes de la consommation français et luxembourgeois, nous pouvons énoncer les sanctions encourues par le professionnel poursuivi du délit de tromperie. La cessation de la pratique illicite peut également être demandée au juge français et luxembourgeois¹⁴²².

À l'image de la répression des pratiques commerciales trompeuses, le législateur français se montre plus sévère que son voisin luxembourgeois en ce qui concerne les sanctions du délit de tromperie. Si la loi luxembourgeoise prévoit cette fois-ci une peine d'emprisonnement, son maximum n'atteint que la moitié de celle prévue en droit français. De plus, les peines complémentaires sont encore une fois présentes uniquement en droit français. Enfin, le montant maximum de l'amende est largement supérieur en droit français qu'en droit luxembourgeois puisqu'il est trente ou soixante fois supérieur (alors qu'à titre de comparaison il est seulement deux fois et demie plus élevé pour le délit de pratiques commerciales trompeuses).

450. Lorsqu'il est une personne physique, le professionnel français auteur de la tromperie ou de sa tentative encourt, à titre principal, une peine d'emprisonnement de deux ans et une amende de 300 000 euros¹⁴²³, qui était de 37 500 euros avant la loi du 17 mars 2014¹⁴²⁴. En

¹⁴¹⁹ *Ibid*, art. 1.

¹⁴²⁰ La nature pénale de l'amende est déduite du texte qui dispose que l'amende est « *prononcée par le juge de police* », autrement dit le juge judiciaire.

¹⁴²¹ *Ibid*, art. 2, al. 3.

¹⁴²² V. précédemment sur les pratiques commerciales trompeuses, n° 422 et s.

¹⁴²³ C. consom., art. 454-1 [anc. L. 213-1, al. 1].

¹⁴²⁴ C. consom. fr., anc. art. L. 213-1, al. 1.

plus d'avoir considérablement augmenté le montant maximum de l'amende, la loi Hamon permet désormais au juge de majorer le montant de l'amende, « *de manière proportionnée aux avantages tirés du délit* », à 10 % du chiffre d'affaire des trois dernières années¹⁴²⁵. En outre, la loi prévoit plusieurs circonstances aggravantes notamment en cas de danger pour la sécurité du consommateur¹⁴²⁶. Ensuite, le juge peut ordonner la publication et l'affichage en intégralité ou en partie du jugement¹⁴²⁷, et depuis l'ordonnance du 14 mars 2016, la diffusion d'un ou plusieurs messages¹⁴²⁸. Jusqu'à l'ordonnance du 14 mars 2016, la loi prévoyait que le juge pouvait confisquer les objets, marchandises et appareils litigieux¹⁴²⁹. Le texte précise désormais que le juge peut ordonner le retrait des produits sur lesquels a porté l'infraction et l'interdiction de la prestation de service¹⁴³⁰. D'autres peines complémentaires sont édictées. Depuis l'ordonnance du 14 mars 2016, le responsable personne physique encourt des peines complémentaires, qui peuvent être prononcées cumulativement, comme l'interdiction pour cinq ans au plus d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle le délit a été commis, ou l'interdiction de diriger ou gérer une entreprise commerciale ou industrielle¹⁴³¹.

Lorsque le professionnel est une personne morale, il n'encourt pas la peine d'emprisonnement mais uniquement la peine d'amende. Le montant de celle-ci s'élève au quintuple du montant de l'amende prévu pour les personnes physiques¹⁴³². La personne morale reconnue coupable encourt également les peines complémentaires prévues aux 2° à 9° de l'article 131-39 du Code pénal français¹⁴³³, telles la dissolution, la fermeture de plusieurs établissements de l'entreprise ou l'affichage ou diffusion de la décision.

451. Contrairement au droit français, le législateur luxembourgeois édicte des peines différentes selon l'objet de la tromperie. L'auteur personne physique de la tromperie quant à l'identité, la nature ou l'origine du bien encourt un emprisonnement d'un mois à un an et une

¹⁴²⁵ C. consom. fr., art. L. 454-4 [anc. art. L. 213-1, al. 2].

¹⁴²⁶ C. consom. fr., art. L. 454-2 et art. L. 454-3 [anc. art. L. 213-2 et L. 213-2-1].

¹⁴²⁷ C. consom., art. 454-7, 1° [anc. art. L. 216-3].

¹⁴²⁸ C. consom., art. 454-7, 2°.

¹⁴²⁹ C. consom. fr., anc. art. L. 216-2.

¹⁴³⁰ C. consom. fr., art. L. 454-7, 3°. *A priori* ce changement de vocabulaire n'implique pas de différence en pratique.

¹⁴³¹ C. consom. fr., art. L. 454-5, al. 1.

¹⁴³² C. consom. fr., art. L. 454-5, al. 2, renvoie à l'art. L. 131-38 du Code pénal [anc. art. L. 213-6 et C. pén. fr., art 131-38].

¹⁴³³ C. consom. fr., art. L. art. L. 454-5, al. 2 et 3 [anc. art. L. 213-6, al. 1 et 2].

amende de 500 à 10 000 euros¹⁴³⁴, tandis qu'il encourt de huit jours à un an d'emprisonnement et une amende de 251 à 5 000 euros s'il a trompé l'acheteur sur la quantité des choses vendues¹⁴³⁵. Enfin, les personnes morales encourent une amende dont le montant s'évèle au double de celui encouru par les personnes physiques¹⁴³⁶.

452. À l'image du délit de pratique commerciale trompeuse, l'efficacité répressive des peines prévues pour le délit de tromperie à sanctionner le manquement à l'obligation légale d'information ne recevant pas de sanction expresse dépendra des faits de l'affaire. La sanction répressive est efficace lorsqu'elle est adaptée au comportement prohibé et qu'elle est proportionnée à la gravité de la faute. Le professionnel cherchant la réalisation de profit, la peine la plus adéquate semble être la peine pécuniaire puisqu'elle porte directement atteinte au patrimoine du professionnel. Elle doit cependant rester proportionnée à la gravité de la faute et ne pas être trop sévère. Ainsi, le juge pourra se montrer plus ou moins sévère envers le professionnel et prononcer une ou plusieurs peines principales et complémentaires.

453. Quant aux conséquences civiles de ce délit pénal, le consommateur victime de la tromperie peut demander l'allocation de dommages-intérêts au juge répressif s'il apporte la preuve que son préjudice provient directement du délit. Il pourra également l'anéantissement du contrat au juge civil. À l'image du délit de pratique commerciale trompeuse, se pose la question du fondement de la nullité : est-ce l'erreur sur la substance, le dol relatif à une information essentielle, ou la violation de dispositions d'ordre public ? Le choix qui se présente au consommateur est d'agir devant le juge répressif, en invoquant le délit de tromperie, ou d'agir uniquement devant le juge civil. Si le consommateur décide d'agir au civil et de demander la nullité du contrat pour dol, la nullité sera relative. Le consommateur devra alors rapporter la preuve des manœuvres du professionnel qui ont provoqué une erreur déterminante de son consentement. Comme pour le délit de pratiques commerciales trompeuses, les éléments constitutifs du délit de tromperie sont appréciés *in abstracto* par rapport au consommateur moyen, interprétation qui se heurte à l'appréciation *in concreto* des éléments constitutifs du vice du consentement¹⁴³⁷, mais qui s'explique par le fait que « *presque toujours, le délit a un aspect collectif : ce qui est puni, c'est le fait de tromper ou de*

¹⁴³⁴ C. pén., art. 498, al. 1.

¹⁴³⁵ C. pén., art. 499.

¹⁴³⁶ C. pén. lux., art. 36, al. 3.

¹⁴³⁷ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henry, *Droit de la consommation*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2010, n° 216.

tenter de tromper un ensemble de contractants potentiels »¹⁴³⁸. Cependant, ceci importe peu si le consommateur décide d'agir au pénal. En effet, dans ce cas, la nullité du contrat sera absolue si le défendeur est reconnu coupable du délit de tromperie¹⁴³⁹. Ainsi, la possibilité de prononcer la nullité du contrat a été admise par la Cour de cassation française lorsque la tromperie a pour objet le manquement à un décret d'application pris en vertu de l'ancien article L. 214-1, alinéa 1 (actuel art. L. 412-1, al. 1) du Code de la consommation. En l'espèce, un décret du 14 mars 1986 imposait certaines mentions aux documents commerciaux indiquant le prix d'un ou plusieurs objets d'ameublement ou à défaut la remise d'une fiche technique d'identification. Dans cette affaire, la Cour a estimé¹⁴⁴⁰ que « *la méconnaissance de ces dispositions d'ordre public est sanctionnée non seulement pénalement, comme le prévoit le quatrième des textes susvisés [L. 214-2, al. 1 C. consom.], mais aussi, en vertu du dernier [art. 6 C. civ.], par la nullité du contrat de vente* »¹⁴⁴¹. Si la loi reste muette sur le caractère d'ordre public de certaines dispositions, il est généralement déduit par le juge de l'existence de sanctions pénales¹⁴⁴². Selon nous, cette solution est discutable. En effet, à l'image du délit de pratique commerciale trompeuse en droit français et luxembourgeois qui peut être caractérisé dès que la pratique est « susceptible » de tromper, le délit de tromperie, en droit français, est constitué au stade de la « tentative ». Dans ces deux situations, le consentement du consommateur n'a pas forcément été vicié puisque soit la pratique était susceptible de tromper, soit le professionnel a tenté de tromper, mais aucune altération du consentement n'est rapportée. En revanche, nous avons vu que le texte luxembourgeois ne réprime pas la tentative mais uniquement le professionnel « *qui aura trompé l'acheteur* », ce qui implique la preuve du caractère trompeur du comportement du professionnel. Dans ce cas, la nullité automatique pour violation de dispositions d'ordre public est acceptable puisque le consentement du consommateur a été altéré.

¹⁴³⁸ *Ibid.*

¹⁴³⁹ RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, n° 398.

¹⁴⁴⁰ Au visa des articles L. 214-1 du C. consom. – actuel art L. 412-1 (permettant l'adoption de décrets d'application), des articles 2 et 5 du décret n° 86-583 du 14 mars 1986 portant application au commerce de l'ameublement de la loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services (titre depuis le 29 juill. 2016 : portant application de l'article L. 214-1 du code de la consommation en ce qui concerne les produits d'ameublement ; JORF du 19 mars 1986, p. 4574), de l'article L. 214-2 alinéa 1 du Code de la consommation (sanctionnant le manquement aux dispositions des décrets d'application) et de l'article 6 du Code civil (prescrivant qu'on ne peut déroger aux dispositions d'ordre public).

¹⁴⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 2004, n° 01-11823, D. 2005, AJ, p. 75, obs. RONDEY C., JCP G 2005, II, n° 10160 note RZEPECKI, JCP E 2005, n° 30, p. 1291, obs. CONSTANTIN A., Dr. et patri., mars 2005, p. 85, obs. CHAUVEL, LPA 7 sept. 2005, note BAZIN É., RDC 2005, p. 323, obs. FENOUILLET D., RTD civ. 2005, p. 289, obs. MESTRE J. et FAGES B. Sur le lien entre le caractère d'ordre public des dispositions du Code de la consommation et la nullité du contrat pour manquement à une obligation légale d'information, n° 0 et s.

¹⁴⁴² RZEPECKI Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse, PUAM, 2002, n° 616.

454. Les peines prévues pour le délit de tromperie sur les qualités substantielles en droit français, dite tromperie sur la nature en droit luxembourgeois, permet de sanctionner le manquement aux obligations légales d'information relatives aux caractéristiques essentielles ne recevant pas de sanction expresse. L'efficacité répressive de ces peines va varier en fonction du comportement prohibé en cause. À l'image du délit de pratiques commerciales trompeuses, l'effectivité de la sanction est permise par la jurisprudence française et luxembourgeoise qui facilite la preuve du caractère intentionnel du délit en admettant qu'il est constitué par la simple imprudence ou négligence du professionnel ou le fait qu'il ait gardé le silence sur certains défauts ou caractéristiques du produit. Cependant, les mêmes remarques peuvent être faites en ce qui concerne les inconvénients inhérents au procès qui dissuadera le consommateur d'agir en justice à cause du faible montant du litige. De plus, celui-ci ne recherche pas forcément la condamnation pénale du professionnel auteur de la tromperie mais plutôt la réparation du préjudice qu'il a subi.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

455. Mme Dominique Fenouillet a pu constaté l'existence de lacunes dans la législation française et « *notamment dans la détermination de sanctions applicables* »¹⁴⁴³, ce qui nous venons de le démontrer est valable pour l'obligation légale d'information. L'auteur rappelle, comme nous l'avons démontré, que « *cet oubli, fréquent, du législateur conduira à recourir au droit commun des sanctions, contractuelles ou délictuelles, voire à l'utilisation du quasi-contrat : nullité pour vice du consentement, responsabilité délictuelle ou contractuelle pour faute, résolution éventuelle du contrat, exécution forcée de l'obligation, etc.* »¹⁴⁴⁴.

456. L'absence de sanction expresse de certaines obligations légales d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois entraîne le recours à des sanctions civiles et pénales applicables à d'autres mécanismes que l'obligation d'information. La réparation du préjudice subi par le consommateur s'opère principalement par les sanctions civiles du droit commun des contrat ou du droit de la consommation, ces divers fondements pouvant aboutir à l'éradication d'une clause, à l'anéantissement du contrat ou à son exécution forcée du contrat, ainsi qu'à à l'allocation de dommages-intérêts. La répression du professionnel est quant à elle assurée par les sanctions pénales prévues pour le délit de pratique commerciale trompeuse et le délit de tromperie, dont l'amende est la sanction commune aux droits français et luxembourgeois.

457. L'absence ponctuelle de sanction entraîne deux types d'effets négatifs, les premiers étant inhérent à la seule existence des lacunes, les seconds découlant du recours aux sanctions de droit commun. Tout d'abord sont constatées les conséquences négatives découlant de l'absence ponctuelle de sanction de l'obligation légale d'information. En effet, « *le nécessaire*

¹⁴⁴³ FENOUILLET Dominique, « Les préalables à l'effectivité spontanée du droit de la consommation », », in Centre Jean Bodin (sous la dir. de BERNHEIM-DESVAUX Sabine et BLANCHARD Christophe), *L'effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion d'Angers, 26 mars 2015, RLDA n°105, juin 2015, n° 17.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*

détour par d'autres normes et leurs conditions propres entame l'intelligibilité du droit, et son caractère dissuasif »¹⁴⁴⁵.

458. Ensuite, l'absence ponctuelle de sanction oblige à recourir à des sanctions civiles et pénales de droit des contrats ou de droit de la consommation applicables à d'autres mécanismes que l'obligation d'information. L'application de ces sanctions est souhaitable dans la mesure où elles jouent un rôle de filet de sécurité et permettent l'effectivité et le respect des dispositions du droit de la consommation. Elles peuvent en effet être des sanctions réparatrices et répressives efficaces lorsqu'elles remplissent certains critères.

459. Cependant, ces sanctions ne sont pas efficaces dans un rôle de substitution à une sanction expresse de l'obligation légale d'information. Si elles sont potentiellement des sanctions réparatrices et répressives efficaces lorsque leurs effets sont adéquats aux circonstances de l'espèce, l'application de la majorité de ces sanctions engendre des difficultés probatoires pour le consommateur qui empêchent souvent leur prononcé, seul le prononcé de l'inopposabilité de la clause et l'éradication des clauses illicites ne requiert par de preuve supplémentaires. Ainsi, « *en cas de violation du formalisme ou de l'obligation d'information précontractuelle, le recours de la responsabilité délictuelle ou de la nullité du contrat est illusoire car le consommateur devra rapporter la preuve du préjudice ou du vice du consentement, et car la condamnation sera anodine pour le professionnel* »¹⁴⁴⁶. De la même manière le consommateur devra notamment rapporter la preuve du déséquilibre pour caractériser une clause abusive, le caractère intentionnel du dol, l'élément matériel des délits de tromperie et de pratique commerciale trompeuse. L'effectivité de la sanction joue alors un rôle perturbateur sur son efficacité réparatrice et répressive puisqu'elles ne peuvent pas produire d'effets.

Ces remarques sont également valables lorsqu'une obligation légale d'information reçoit uniquement une sanction réparatrice ou répressive, puisqu'il faudra recourir à une autre sanction civile ou pénale, ou encore lorsque la sanction expresse n'est pas spécifique à l'obligation d'information et qu'elle est un simple rappel de l'application de la sanction de droit comme la possibilité pour le consommateur de demander la nullité du contrat pour vice du consentement.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁴⁶ FENOUILLET Dominique, *op. cit.*, n° 45.

460. La transposition de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs a été l'occasion pour les législateurs français et luxembourgeois de tenter de combler les lacunes des textes consuméristes, en apportant une sanction expresse aux obligations légales d'information qui n'en possédaient pas.

CHAPITRE III – LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE 2011/83/UE DU 25 OCTOBRE 2011 RELATIVE AUX DROITS DES CONSOMMATEURS COMME OPPORTUNITÉ LEGISLATIVE DE CORRECTION DU SYSTÈME DE SANCTION DE L'OBLIGATION LEGALE D'INFORMATION

461. La transposition de la directive relative aux droits des consommateurs¹⁴⁴⁷ a donné l'occasion aux législateurs français et luxembourgeois de tenter de corriger leur système de sanction, respectivement par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation¹⁴⁴⁸ et la loi 2 avril 2014 portant modification du Code de la consommation¹⁴⁴⁹. Ces lois de transposition ont été l'occasion de traiter un problème plus vaste de droit interne. En effet, la directive européenne en question n'avait pas pour objectif d'apporter des sanctions expresses à des obligations légales d'information qui n'en possédaient pas. Cependant, la France et le Luxembourg ont utilisé cette opportunité législative pour apporter une telle correction à leur droit national respectif et édicter des sanctions expresses à certaines obligations légales d'information qui n'en disposaient pas jusqu'alors.

462. Cette correction peut être qualifiée de tentative puisque les lacunes des législations françaises et luxembourgeoises n'ont été que partiellement corrigées par la transposition de la directive 2011/83/UE, et ce, pour deux raisons.

¹⁴⁴⁷ La directive 2011/83/UE a opéré une fusion entre deux directives établissant des droits contractuels pour les consommateurs lorsqu'ils concluent un certain type de contrat. Sont concernées la directive 85/577/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (JOCE n° L 372 du 31 décembre 1985, p. 31 et s.) et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (JOCE n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19 et s.).

¹⁴⁴⁸ Pour une présentation des modifications principales du Code de la consommation engendrées par la loi Hamon V. AUBERT DE VINCELLES Carole, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », D. 2014, p. 879.

Les propos préliminaires du décret n° 2014-1061 du 17 septembre 2014 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation (JORF n° 0217 du 19 septembre 2014, p. 15331, texte n° 49) précisent que « le présent décret achève l'exercice de transposition en droit interne de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs ».

¹⁴⁴⁹ Mém. A – N° 64 du 22 avril 2014, p. 659. La directive est également transposée en droit luxembourgeois par le règlement grand-ducal du 2 avril 2014 portant modification de la partie réglementaire du Code de la consommation (Mém. A – N° 64 du 22 avril 2014, p. 674).

La première raison est qu'en droit français, comme en droit luxembourgeois, seules certaines obligations légales d'information sans sanction expresse reçoivent désormais une sanction expresse. D'autres obligations légales d'information demeurent toujours sans sanction expresse, telles certaines obligations d'information précontractuelles relatives aux contrats de crédit en droits français¹⁴⁵⁰ et luxembourgeois¹⁴⁵¹, ainsi qu'aux contrats de voyage à forfait¹⁴⁵² et aux contrats conclus à distance portant sur un service financier en droit luxembourgeois¹⁴⁵³. Sont ensuite en cause des informations dues pendant l'exécution du contrat. C'est le cas de plusieurs obligations relatives au contrat de crédit français, et plus précisément, l'obligation pour le prêteur d'informer l'emprunteur des risques encourus lorsque celui manque pour la première fois à son obligation de remboursement pour le contrat de crédit à la consommation¹⁴⁵⁴, ainsi que l'obligation pour le prêteur d'informer l'emprunteur au moins une fois par an, dans le cadre d'un crédit immobilier, lorsque le taux d'intérêt est variable, du capital restant à rembourser¹⁴⁵⁵. Peut enfin être citée l'obligation du professionnel luxembourgeois d'informer le consommateur avant le départ et dans un délai de trois jours de la modification d'un élément essentiel du contrat de voyage à forfait et de sa faculté de résiliation¹⁴⁵⁶, obligation légale d'information qui reste également sans sanction expresse. Bien sûr nous avons vu dans nos développements que les juges ne laissent pas ces obligations légales d'information sans sanction et appliquent celles du droit commun, même si elles ne sont pas adaptées aux litiges de consommation.

463. La seconde raison pour laquelle ces corrections législatives restent imparfaites est que le législateur français s'est intéressé uniquement à la fonction répressive de la sanction, en imposant systématiquement une amende administrative. Ainsi, si les nombreuses obligations légales d'information qui n'étaient pas sanctionnées expressement le sont désormais par une

¹⁴⁵⁰ Ainsi, est toujours sans sanction spécifique l'obligation d'information française relative au seuil d'usure relative aux contrats de crédit à la consommation et immobilier (C. consom. fr., art. D. 314-17 [anc. art. D. 313-8]).

¹⁴⁵¹ Est toujours sans sanction expresse l'obligation pour le prêteur luxembourgeois de fournir à l'emprunteur les explications nécessaires à la comparaison des offres de crédits à la consommation, ainsi que son obligation d'attirer l'attention sur les caractéristiques essentielles et les conséquences du crédit à la consommation (C. consom. lux., art. L. 224-7).

¹⁴⁵² Restent également sans sanction expresse l'obligation luxembourgeoise de remettre au consommateur un certificat de garantie du contrat de voyage à forfait (C. consom. lux., art. R. 225-3 et 225-7).

¹⁴⁵³ Ne reçoit pas de sanction expresse l'obligation pour le professionnel luxembourgeois de fournir au consommateur de nombreuses informations précontractuelles relatives au contrat conclu à distance portant sur un service financier (C. consom. lux., art. L. 222-14 et s.).

¹⁴⁵⁴ C. consom. fr., art. L. 312-36 [anc. art. L. 311-22-2, al. 1].

¹⁴⁵⁵ C. consom. fr., art. L. 313-46 [anc. art. L. 312-14-2].

¹⁴⁵⁶ C. consom. lux., art. L. 225-15, al. 1.

amende administrative, la réparation du préjudice subi par le consommateur relève toujours du droit commun qui nous l'avons vu peut présenter des difficultés probatoires rendant la sanction ineffective (A). Le bilan est encore plus mitigé en droit luxembourgeois puisque si le Code de la consommation précise désormais que le consommateur peut invoquer la nullité du contrat pour le manquement d'une obligation d'information essentielle, cette sanction expresse qui se contente de rappeler le droit commun et en possède donc les inconvénients (B).

SECTION 1 – UNE OCCASION PARTIELLEMENT SAISIE PAR LE LÉGISLATEUR FRANÇAIS : L'INTRODUCTION DES AMENDES ADMINISTRATIVES

464. Depuis la loi Hamon du 17 mars 2014¹⁴⁵⁷, « l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation »¹⁴⁵⁸ peut prononcer une amende administrative¹⁴⁵⁹ à l'encontre du professionnel qui ne respecte pas les obligations générales d'information précontractuelles concernant les contrats de vente de bien ou de service¹⁴⁶⁰, les diverses obligations d'information relatives au contrat de service de communication électronique¹⁴⁶¹ et au contrat de prestation de service après-vente¹⁴⁶². Le montant de l'amende est de 3 000 euros maximum pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale. La loi

¹⁴⁵⁷ Le décret n° 2014-1061 du 17 septembre 2014 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation « achève l'exercice de transposition en droit interne de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs ».

¹⁴⁵⁸ C. consom., art. L. 141-1-2, paragr. 1.

¹⁴⁵⁹ L'amende est prononcée dans les conditions prévues aux articles L. 522-1 et s. du C. consom. fr. [anc. art. L. 141-1-2].

¹⁴⁶⁰ Depuis l'ord. du 14 mars 2016 : C. consom. fr., art. L. 111-1 (caractéristiques principales des contrats de vente de biens et de prestation de services, dont les caractéristiques essentielles), art. L. 111-2 (informations complémentaires pour les contrats de prestation de service non écrits) – sanction : art. L. 131-1 ; art. L. 111-4 (information relative à la disponibilité sur le marché des pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens meubles achetés) – sanction : art. L. 131-2.

Entre la loi Hamon du 17 mars 2014 et l'ord. du 14 mars 2016 : anc. art. L. 111-1 et L. 111-2, paragr. II (obligations d'information relatives aux caractéristiques essentielles, respectivement des contrats de vente de biens et des contrats de prestation de services), anc. art. L. 111-3 ((information relative à la disponibilité sur le marché des pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens meubles achetés) – sanction : anc. art. L. 111-6.

Antérieurement à la loi Hamon : anc. art. L. 111-1, paragr. I et L. 111-2 (obligations d'information relatives aux caractéristiques essentielles, respectivement des contrats de vente de biens et des contrats de prestation de services) ; anc. art. L. 111-1, paragr. II (information relative à la disponibilité sur le marché des pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens meubles achetés).

¹⁴⁶¹ C. consom. fr., art. L. 224-30 [anc. art. L. 121-83 et s.] (obligations d'information) et art. L. 242-20 [anc. art. L. 121-85-1] (sanction).

¹⁴⁶² C. consom. fr., art. L. 217-17 [art. L. 211-19 et s.] (obligations d'information) et art. L. 241-7 [anc. art. L. 211-23] (sanction). Le contrat de réparation est son équivalent en droit luxembourgeois.

Hamon a donc apporté une sanction dissuasive à ces obligations légales d'information¹⁴⁶³. Il sera intéressant de comparer ces nouvelles sanctions à celles existantes en droit luxembourgeois.

465. Tout d'abord, la loi Hamon a introduit une amende administrative aux articles L. 131-1, L. 131-2, L. 131-3 et L. 131-4 [anc. art. L. 111-6] du Code de la consommation français pour sanctionner les obligations générales d'information précontractuelles édictée aux articles L. 111-1 à L. 111-4 [anc. art. L. 111-1, L. 111-2 et L. 111-3] du même code relatives aux caractéristiques principales des biens et services ainsi qu'à la disponibilité des pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens meubles. Le nouvel article L. 111-7 dispose que ce chapitre est d'ordre public. Cela confirme la jurisprudence antérieure qui admettait l'annulation d'un contrat conclu en violation de l'ancien article L. 111-1 sur le fondement de l'article 6 du Code civil.

Nous pouvons rappeler que l'obligation générale d'information précontractuelle prévue en droit luxembourgeois à l'article L. 111-1 du Code de la consommation a reçu une sanction expresse répressive entre 2011 et 2014. La sanction de l'article L. 111-1 du Code de la consommation luxembourgeois a en fait été l'objet d'une certaine confusion législative. En effet, avant la loi du 8 avril 2011 portant introduction d'un Code de la consommation, l'obligation précontractuelle d'information ne disposait pas de sanction expresse. L'article L. 112-9 du Code de la consommation disposait alors que pouvait être prononcé une amende ou un avertissement taxé à l'encontre du professionnel qui ne respectait pas cette obligation d'information¹⁴⁶⁴. Ce ne sera qu'à l'occasion de la loi du 2 avril 2014 portant modification du Code de la consommation qu'un document parlementaire révélera que l'article L. 111-1 avait été inclus « *par inadvertance* »¹⁴⁶⁵ dans le champ d'application de la sanction édictée par l'article L. 112-9, celui-ci n'ayant vocation à s'appliquer qu'à l'obligations d'indication des prix des produits et des services¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶³ Nous pouvons également mentionner une loi du 20 décembre 2014 (L. n° 2014-1545 du 20 déc. 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises, art. 55) qui permet désormais de sanctionner le professionnel qui manque à ses obligations précontractuelles d'information ainsi qu'au formalisme informatif relatifs au contrat de voyage à forfait par une amende administrative (l'art. 55 de la loi modifie l'art. L. 211-23 du C. tour. fr. et créer le paragr. III).

¹⁴⁶⁴ Paragr. (1) et (2).

¹⁴⁶⁵ Doc. parl. n° 6478, Projet de loi portant modification du Code de la consommation, p. 34.

¹⁴⁶⁶ C. consom. lux., art. L. 112-1 et s.

466. Une amende administrative est également prévue par l'article L. 242-20 [anc. art. L. 121-85-1] du Code de la consommation français depuis la loi Hamon, dotant ainsi d'une sanction expresse le manquement aux obligations d'information concernant les contrats de services de communications électroniques¹⁴⁶⁷. Le législateur français rejoint le législateur luxembourgeois en prévoyant expressément une sanction répressive pour ce type de contrat¹⁴⁶⁸. En effet, la loi luxembourgeoise prévoit diverses sanctions administratives dont une amende d'ordre.

467. Certaines obligations légales d'information françaises¹⁴⁶⁹ et luxembourgeoises¹⁴⁷⁰ ont trait aux prestations de services après-vente, notamment les réparations. Avant la loi du 17 mars 2014, le Code de la consommation français ne mentionnait aucune sanction expresse. Depuis cette loi, le professionnel encourt une amende administrative¹⁴⁷¹. Il aura donc fallu

¹⁴⁶⁷ C. consom. fr., art. L. 224-27 [anc. art. L. 121-83 et s.].

¹⁴⁶⁸ En droit luxembourgeois, les contrats de services de communications électroniques sont réglementés par la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques (Mém. A – N° 43 du 8 mars 2011, p. 610). Son article 73, paragraphe (1), précise que tout consommateur ou autre « *utilisateur final* » qui le demande a le droit de recevoir un contrat écrit. Ce contrat doit contenir certaines mentions obligatoires relatives à diverses informations. Le paragraphe (2) de cet article dispose, comme en droit français, que les abonnés doivent être informés des modifications des conditions contractuelles au moins un mois avant leur entrée en vigueur ainsi que de leur droit de résilier gratuitement le contrat.

¹⁴⁶⁹ En droit français, ces obligations ont été créées par la loi du 4 août 2008 (Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie dite LME). Il est intéressant de noter que l'article 88 qui crée ces articles figure au chapitre I^{er} « Renforcer la protection du consommateur » du titre II « Mobiliser la concurrence comme nouveau levier de croissance », ce qui est une manifestation supplémentaire du lien étroit entre les droits de la consommation et de la concurrence (ce chapitre n'existait pas dans le projet de loi – Projet de loi de modernisation de l'économie, n° 842) et concernent plus précisément « *[l]es prestations de service après-vente exécutées par le vendeur et ne relevant pas de la garantie commerciale* » (C. consom. fr., art. L. 217-17 [anc. art. L. 211-19]). Avant la loi du 17 mars 2014 étaient concernées ces prestations exécutées « à titre onéreux ». Tout d'abord, ces prestations doivent faire l'objet d'un contrat remis à l'acheteur (*ibid.*). S'il y a lieu, le professionnel fournit par écrit au consommateur lors de l'achat « *le coût de la livraison et de la mise en service du bien* » (C. consom. fr., art. L. 217-19, al. 1 [anc. art. L. 211-21, al. 1]). Ensuite, le professionnel doit remettre une notice d'emploi et s'il y a lieu, un certificat de garantie, lors de la livraison ou de la mise en service de l'appareil (C. consom. fr., art. L. 217-18, al. 2 [anc. art. L. 211-20, al. 2]). De plus, lorsque le consommateur entre en possession du bien, le vendeur doit lui fournir un écrit « *mentionnant la possibilité pour l'acheteur de formuler des réserves, notamment en cas de défauts apparents de l'appareil ou de défaut de remise de la notice d'emploi* » (C. consom. fr., art. L. 217-19, al. 2 [anc. art. L. 211-21, al. 2]). Enfin, le législateur a envisagé le cas particulier dans lequel le professionnel propose des forfaits de réparation. Dans ce cas, il doit informer l'acheteur par écrit « *de l'origine de la panne, de la nature de l'intervention et des pièces ou fournitures remplacées* » (C. consom. fr., art. L. 217-20 [anc. art. L. 211-22]).

¹⁴⁷⁰ Le droit luxembourgeois, quant à lui, envisage plus spécifiquement le cas du « *réparateur d'une chose ou celui qui effectue sur elle des travaux* » (C. consom., art. L. 212-12, al. 1 : cet article fait parti de la Section 3 « Réparation » du Chapitre 2 « Garanties »), qui doit alors indiquer certaines informations sur la facture remise au consommateur : « *la nature des travaux effectués, en précisant, le cas échéant, les éléments remplacés ou ajoutés, ainsi que la durée des travaux* ».

¹⁴⁷¹ Le montant de l'amende administrative ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale (C. consom. fr., art. L. 241-7 [anc. art. L. 211-23]).

presque six ans au législateur pour édicter une sanction expresse à ces obligations légales d'information.

À l'inverse du droit français, le droit luxembourgeois avait déjà doté ces obligations d'information d'une sanction expresse. Lorsque le professionnel ne respecte pas ces obligations d'information et que la chose est impropre à son usage normal, il doit « *rapporter la preuve que ce fait n'est pas dû à son intervention* »¹⁴⁷². Ainsi les mentions obligatoires ne déterminent pas la validité du contrat de réparation mais constituent, lors de leur absence, une présomption de responsabilité à la défaveur du professionnel et donc à la faveur du consommateur puisque le professionnel ayant réparé la chose sera présumé responsable du fait qu'elle n'est pas en état de marche, et devra réparer ou indemniser le consommateur. Cela signifie peut-être que cette présomption est assez dissuasive pour les professionnels. En effet, cette obligation d'information leur permet de se prémunir contre un consommateur de mauvaise foi. En faisant figurer les mentions obligatoires sur les documents, le professionnel s'assure que la preuve pèsera sur le consommateur. Ainsi, si la chose n'est pas en état de marche, le consommateur devra prouver que cela relève de l'intervention du professionnel.

468. De nombreuses amendes administratives s'appliquent désormais à de nombreuses obligations légales d'information qui ne recevaient pas de sanction expresse. Cependant, nous avons constaté que certaines en restaient dépourvues. Le constat du manquement du professionnel à l'obligation légale d'information par l'administration suffit au prononcé de l'amende. Cette sanction qui est facilement mise en œuvre l'est aussi rapidement puisqu'elle est extrajudiciaire.

La sanction expresse étant répressive, le consommateur qui souhaite obtenir réparation du dommage découlant du manquement de l'obligation légale d'information devra continuer de recourir aux sanctions civiles applicables à d'autres mécanismes que l'obligation d'information. Or nous avons précédemment constaté que ces sanctions sont souvent source de difficulté probatoire empêchant le prononcé de la sanction.

469. Le constat est également décevant en droit luxembourgeois. En effet, le législateur s'est concentré uniquement sur la fonction réparatrice des sanctions des obligations d'information en opérant un simple rappel du droit commun.

¹⁴⁷² C. consom. lux., art. L. 212-12, al. 2.

SECTION 2 – UNE OCCASION MANQUÉE PAR LE LÉGISLATEUR LUXEMBOURGEOIS : LE SIMPLE RAPPEL DE LA NULLITÉ RELATIVE POUR VICE DU CONSENTEMENT

470. La sanction civile introduite dans le Code de la consommation luxembourgeois, à l'occasion de la transposition de la directive du 25 octobre 2011 par la loi du 2 avril 2014 portant modification du droit de la consommation¹⁴⁷³, applicable au manquement par le professionnel à une obligation d'information essentielle est un rappel de la possibilité pour le consommateur de demander la nullité du contrat pour vice du consentement. Cependant, ce constat n'est pas évident à la première lecture du texte. En effet, sa formulation peut soulever une interrogation quant à ses conditions de mises en œuvre et par conséquent sur la détermination de la fonction réparatrice ou répressive de la nullité.

471. Deux nouveaux articles du Code de la consommation disposent, à propos de deux grandes catégories de contrats, que le non-respect d'une ou plusieurs obligations d'informations essentielles peut entraîner la nullité du contrat.

Tout d'abord sont concernés « *les contrats autres que les contrats conclus à distance ou hors établissement* »¹⁴⁷⁴, à l'exception de quelques contrats particuliers¹⁴⁷⁵. La nullité prévue par l'article L. 113-1, paragraphe (6), du Code de la consommation vise à s'appliquer aux obligations précontractuelles d'information citées au paragraphe 1 du même article. Ensuite, la même sanction est énoncée à l'article L. 222-11, paragraphe (3) du Code de la consommation quant aux contrats conclus à distance ou hors établissement ne portant pas sur un service financier. Certains contrats sont également exclus du champ d'application des obligations légales d'information prescrites. Il s'agit des contrats cités par l'article L. 113-1¹⁴⁷⁶ – sauf les contrats « *portant sur des transactions intéressant la vie quotidienne et qui*

¹⁴⁷³ Mém. A – N° 64 du 22 avril 2014, p. 660.

¹⁴⁷⁴ Intitulé du chapitre 3 comprenant les articles L. 113-1 et s. du C. consom. lux.

¹⁴⁷⁵ Le paragraphe (3) de l'article L. 113-1 du Code de la consommation luxembourgeois énonce une liste exhaustive de contrats pour lesquelles l'obligation d'information précontractuelle prescrite au paragraphe 1 n'est pas due. Sont donc exclus du champ d'application de l'obligation d'information les contrats portant sur les services sociaux, des services de santé, les jeux d'argent, les services financiers, les biens immobiliers ou les droits portant sur de tels biens, les voyages à forfait, les *timeshare*, les contrats devant être conclus par acte authentique, portant sur la fourniture de denrées alimentaires livrées au consommateur, les services de transport de passagers, les contrats conclus au moyen de distributeurs automatiques, l'utilisation de téléphones publics ou accès de connexion uniques, et enfin les contrats « *portant sur des transactions intéressant la vie quotidienne et qui sont exécutés dès leur conclusion* » (par ex. l'achat d'une baguette de pain ou d'un journal).

¹⁴⁷⁶ C. consom. lux., art. L. 222-2, paragr. (1), al. 1.

sont exécutés dès leur conclusion »¹⁴⁷⁷ – ainsi que des contrats conclus hors établissement inférieurs à 50 euros, exceptés les contrats de porte à porte¹⁴⁷⁸.

Tandis que nullité prévue à l'article L. 113-1 relatif aux contrats autres que ceux conclus à distance ou hors établissement concerne uniquement l'obligation précontractuelle d'information édictée par le même article, la nullité citée par l'article L. 222-11, paragraphe (3), a un champ d'application plus large¹⁴⁷⁹. La nullité peut ainsi sanctionner d'une part le manquement aux informations précontractuelles communes aux contrats à distance et les contrats hors établissement¹⁴⁸⁰, ainsi que celles spécifiques à chacun de ces contrats¹⁴⁸¹, et d'autre part le manquement aux obligations formelles concernant les contrats à distance¹⁴⁸² et celles relatives aux contrats hors établissement¹⁴⁸³.

472. Une disposition similaire relative contrat d'utilisation de bien à temps partagé, de produits de vacances à long terme, de revente et d'échange et contrats à distance et contrats hors établissement existait déjà. Lorsque le professionnel ne fournit pas les informations précontractuelles dans le délai de trois mois et quatorze jours ou qu'il ne remet pas le formulaire standard de rétractation dans le délai de douze mois et quatorze jours à compter de la conclusion du contrat, « le consommateur peut invoquer la nullité du contrat »¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁷⁷ C. consom. lux., art. L. 222-2, paragr. (2).

¹⁴⁷⁸ C. consom. lux., art. L. 222-2, paragr. (1), al. 2.

¹⁴⁷⁹ En effet, l'article L. 222-11 C. consom. lux. fait partie d'une sous-section 8 intitulée « [d]ispositions spécifiques et sanctions » et a donc *a priori* vocation à s'appliquer à toutes les obligations d'informations édictées dans la section 1 dont elle fait partie et intitulée « Contrats à distance et hors établissement hors service financier ».

¹⁴⁸⁰ C. consom. lux., art. L. 221-1 (champ d'application) et L. 221-2 (informations précontractuelles communes aux contrats particuliers).

¹⁴⁸¹ Certaines obligations précontractuelles d'information sont spécifiques aux contrats conclus à distance (C. consom. lux., art. L. 222-3) et d'autres aux contrats conclus hors établissement (C. consom. lux., art. L. 222-6) afin de s'adapter à la technique utilisée.

¹⁴⁸² Sont imposées les modalités de présentation et de transmission des informations précontractuelles, notamment de manière lisible et compréhensible et sur un support durable (C. consom. lux., art. L. 222-4) ainsi que de la confirmation du contrat conclu qui doit être transmis dans un certain délai et reproduit sur un support durable comprenant les informations précontractuelles si elles n'ont pas déjà été transmises (C. consom. lux., art. L. 222-5).

¹⁴⁸³ Les modalités de présentation et transmission des informations précontractuelles sont également décrites (C. consom. lux., art. L. 222-7, paragr. (1)) ainsi que l'obligation pour le professionnel de fournir une copie signée du contrat ou la confirmation de l'accord au consommateur sur support papier ou un autre support durable (paragr. 2). Certaines modalités sont spécifiques aux travaux de réparation ou de maintenance à exécution immédiate dont le paiement est inférieur à 200 euros (C. consom. lux., art. L. 222-7, paragr. (4)).

¹⁴⁸⁴ C. consom. lux., art. L. 223-6, paragr. (5), der. al.

473. La nullité introduite par la loi du 2 avril 2014 présente des avantages certains liés à son large champ d'application mais également un inconvénient majeur relatif à l'incertitude de son régime juridique.

Les obligations précontractuelles d'information concernant les contrats à distance hors services financiers reçoivent désormais une sanction expresse. L'avantage de cette sanction est que malgré l'exclusion de certains contrats de son champ d'application, elle concerne de nombreux contrats de consommation. En pratique, cette sanction pourra bien évidemment s'appliquer au manquement de l'obligation précontractuelle prescrite par l'article L. 111-1 du Code de la consommation luxembourgeois imposant au professionnel de fournir au consommateur les caractéristiques essentielles du bien ou service qu'il propose et qui ne recevait pas de sanction expresse jusqu'alors. En effet, cette obligation précontractuelle d'information est reprise par l'article L. 113-1, paragraphe (1), point a), concernant les contrats autres que ceux conclus à distance ou hors établissement, l'article L. 222-3, paragraphe (1), a) relatif aux contrats à distance¹⁴⁸⁵, et enfin l'article L. 222-6, paragraphe (1), point a), quant aux contrats conclus hors établissement¹⁴⁸⁶. Un article général, par exemple inséré après l'article L. 111-1, aurait présenté plus d'intérêt en terme de clarté et donc d'efficacité dissuasive de cette sanction.

474. Peu de précisions existent quant au régime juridique et aux conditions du prononcé de cette nullité relative. Tout d'abord, la loi précise que la nullité est facultative puisqu'il édicte que « *le non-respect d'une ou plusieurs obligations d'information essentielles peut entraîner la nullité du contrat* », et non pas « entraîne » la nullité du contrat. Ensuite, les deux articles précités précisent que seul le consommateur peut invoquer la nullité du contrat, ce qui révèle sa nature relative.

S'agit-il d'une nullité pour vice du consentement ou d'une nullité pour violation de dispositions d'ordre public ? Il reviendra notamment aux juges luxembourgeois d'interpréter ce texte et de définir le régime de cette sanction ainsi que l'« *obligation d'information essentielle* ». Ces termes désignent-ils toutes les obligations légales informations prescrites pour les contrats en question, ou uniquement certaines d'entre elles telles les caractéristiques essentielles ou le prix par exemple ? Les magistrats pourront s'inspirer de la jurisprudence préexistante relative à l'obligation d'information précontractuelle édictée par l'article L. 111-

¹⁴⁸⁵ Plus précisément, l'expression « *les principales caractéristiques* » est utilisée dans ce texte. Les termes « principales » et « essentielles » sont cependant synonymes.

¹⁴⁸⁶ La même remarque peut être faite quant à l'expression utilisée et ses conséquences.

1 du Code de la consommation concernant les caractéristiques essentielles du bien ou service, ainsi que des dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales et plus précisément les pratiques trompeuses par omission qui s'appliquent aux informations substantielles¹⁴⁸⁷.

475. Il semble que la première hypothèse soit la plus probable, c'est-à-dire que le consommateur puisse demander la nullité du contrat s'il rapporte l'existence d'une erreur ou d'un dol ayant vicié son consentement. Ceci semble pouvoir se déduire de trois éléments. Tout d'abord, le caractère facultatif de la nullité (« *peut entraîner* ») semble sous-entendre l'existence d'une condition nécessaire à son prononcé, telle la preuve d'un vice ou d'un préjudice. Ensuite, le caractère facultatif est accentué par le caractère relatif de la nullité, seul le consommateur pouvant la demander, le juge serait donc incompétent pour la relever d'office. Enfin, seul le non-respect d'obligations d'information « essentielles » est visé, ce qui rappelle le caractère déterminant de l'information inhérent aux vices du consentement que son le dol et l'erreur, et s'oppose à la nullité d'ordre public qui s'applique également aux obligations d'information accessoires ou secondaires et pour laquelle le juge n'a pas de marge d'appréciation.

476. De plus, ces dispositions contrastent avec un cas de nullité automatique expressément envisagé par le Code de la consommation luxembourgeois. En effet, l'article L. 222-8, paragraphe (1), dispose que tout contrat conclu en dehors d'un établissement commercial à la suite d'un démarchage ou d'une sollicitation commerciale alors que le consommateur avait manifesté son refus d'être démarché – en apposant une vignette ou un autocollant sur sa porte d'entrée ou en adhérant à une liste de consommateurs refusant ces pratiques – est « *nul de plein droit* »¹⁴⁸⁸. Autrement dit, la nullité s'impose au juge. Ces agissements constituent également une infraction puisque leur auteur encourt une sanction pénale, et plus précisément une peine d'amende¹⁴⁸⁹. Nous pouvons en déduire qu'en l'absence de précision des textes

¹⁴⁸⁷ C. consom. lux., art. L. 122-3, paragr. (4) et (5), art. R. 121-1 (listes des informations considérées comme substantielles dans une invitation à l'achat).

¹⁴⁸⁸ Ici encore, le texte précise que seul le consommateur peut invoquer la nullité. En effet, le consommateur peut, malgré son refus initial d'être démarché, trouver un intérêt à la conclusion d'un contrat à la suite d'une telle technique. Le texte simplifie l'anéantissement rétroactif d'un contrat conclu par une personne dite faible, par exemple étant très âgée. Cependant, le texte permet également au consommateur de mauvaise foi de se défaire facilement d'un accord valablement passé.

¹⁴⁸⁹ C. consom. lux., art. L. 222-8, paragr. (2), al. 1. Le juge peut ordonner la confiscation aux frais du contrevenant des biens objets démarchage ainsi que les véhicules ayant servis au transport du matériel et de la main d'œuvre ou le paiement de leur valeur (al. 2). La confiscation de ces biens ou le paiement de leur valeur devient obligatoire en cas de récidive dans l'année (der. al.).

quant au caractère d'ordre public des dispositions ou du caractère automatique de la nullité, la nullité pour vice du consentement est concernée.

477. Le doute quant à l'interprétation du régime de la nullité relative sanctionnant les obligations d'information essentielles, introduite dans le Code de la consommation luxembourgeois par la loi du 2 avril 2014, est levé à la lecture des travaux parlementaires relatifs, d'une part, au projet de loi portant introduction d'un code de la consommation de 2008, et d'autre part, au projet de loi portant modification du code de la consommation en date de 2012.

Tout d'abord, dans son avis sur le projet de loi d'introduction d'un Code de la consommation en date de 2008, l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs faisait part de ses critiques à l'égard des sanctions. À ce titre, l'Union déclarait que « *l'éparpillement et l'incohérence des règles n'ont pas été pleinement résolus dans le projet* »¹⁴⁹⁰. Elle avait notamment regretté que le projet de loi ne précise pas toujours le régime des sanctions du Livre 2 intitulé « *Contrats conclus avec les consommateurs* ». Était par exemple cité le non-respect des obligations d'information précontractuelles prévues à l'article L. 221-2 pour tous les contrats particuliers autrement dit le contrat conclu à distance et hors établissement, le contrat de *timeshare*, le contrat de crédit à la consommation et le contrat de voyages à forfait. L'ULC avait ajouté que « *[s]'agissant d'informations essentielles pour le consommateur, nous présumons que la nullité du contrat peut être invoqué, le cas échéant, pour vice de consentement. La lisibilité et l'application du Code seraient facilitées par des renvois utiles aux sanctions de droit commun* »¹⁴⁹¹.

Puis dans son avis sur le projet de loi de modification du Code de la consommation en date de 2012, l'ULC déclarait qu'« *elle se félicite de la plus grande homogénéité des sanctions poursuivie par les auteurs du projet en considérant que la nullité relative qui ne peut être invoquée que par le consommateur lésé, constitue effectivement l'instrument adéquat. Il en est ainsi du non-respect des informations essentielles à fournir par le professionnel, les instances de règlement extrajudiciaire et les tribunaux devant apprécier au cas par cas si tel est le cas* »¹⁴⁹².

En conclusion, la nullité introduite dans le Code de la consommation luxembourgeois pour sanctionner le manquement par le professionnel à une obligation d'information essentielle est

¹⁴⁹⁰ Doc. parl. n° 5881/02, « Avis de l'ULC », 17 juillet 2008, p. 2.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*

¹⁴⁹² Doc. parl. n° 6478/01, « Avis de l'ULC », 31 octobre 2012, p. 2.

un simple rappel du droit commun, ce qui est insatisfaisant puisque les conditions du prononcé de la nullité pour vice du consentement est inadaptée aux litiges consommateurs à cause des difficultés probatoires.

CONCLUSION DU CHAPITRE III

478. Le succès de la tentative de correction des systèmes de sanction des obligations légales d'information par les législateurs français et luxembourgeois est relatif. Tout d'abord, l'apport de la transposition réside dans l'introduction d'une sanction expresse à certaines obligations légales d'information qui n'en possédaient pas. Ainsi, de nombreuses amendes administratives ont été introduites dans le Code de la consommation français afin de sanctionner des obligations légales d'information. Ensuite, le Code de la consommation luxembourgeois opère désormais d'un rappel expresse de l'application du droit commun et précise la possibilité pour le consommateur de demander la nullité du contrat lorsque le professionnel ne respecte pas une ou plusieurs obligations d'information essentielles, autrement dit de demander la nullité pour vice du consentement. Le caractère expresse de la sanction participe à son efficacité dissuasive puisqu'elle peut être plus facilement connue de l'auteur du manquement qui craindra alors son prononcé.

L'apport des lois de transposition de la directive est cependant limité. Tout d'abord, le droit français ne s'est doté que de sanctions répressives, obligeant le consommateur souhaitant obtenir la réparation de son préjudice à avoir recours à d'autres mécanismes, notamment issus du droit commun des contrats. Or, ceux-ci sont souvent insatisfaisants notamment pour les difficultés probatoires qu'ils peuvent présenter. Ensuite, le Code de la consommation luxembourgeois édicte une sanction expresse mais qui n'est que le rappel de l'application d'une sanction de droit commun, la nullité du contrat pour vice du consentement, et présente donc les inconvénients.

479. La cohérence des systèmes français et luxembourgeois de sanction de l'obligation légale d'information des contrats de consommation progresse positivement puisque la plupart des obligations légales d'information françaises et luxembourgeoises possèdent désormais une sanction expresse. Cependant, des améliorations restent possibles et nécessaires afin d'obtenir un système de sanction plus efficace. Notamment, les législateurs français et luxembourgeois pourraient veiller à limiter la possibilité de cumuls de sanctions inopportuns de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation.

CONCLUSION DU TITRE I

480. Les droits de la consommation français et luxembourgeois ont en commun un système de sanction hétérogène de l'obligation légale d'information. La variété de sanctions est commune à ces deux droits puisqu'il regroupe des sanctions de nature civile, pénale et administrative, ainsi que des actions exercées dans l'intérêt collectif des consommateurs. Parmi l'ensemble de ces sanctions, certaines sont expresses et spécifiques ou non à l'obligation d'information. Cependant, dans de nombreuses hypothèses, peut être constatée une absence ponctuelle de sanctions expresses, autrement dit, aucune sanction n'est déterminée par la loi relative à l'obligation d'information et il reviendra au juge de la définir. De nombreux problèmes inhérents à cette absence de sanction ont été relevés dont le manque de connaissance de ces sanctions, leur inadaptabilité à l'obligation d'information ainsi que la difficulté des preuves nécessaires à leur prononcé.

Ce système de sanctions hétérogène renferme donc des sanctions expresses et des sanctions implicites de l'obligation légale d'information. Une autre problématique concerne le régime juridique de ces sanctions ainsi que leur lien entre elles.

481. Il est parfois nécessaire d'adapter le régime juridique d'une sanction et d'admettre qu'une même sanction se cumule, à l'image des contraventions. Cependant, ce cumul ne se révèle pas systématiquement efficace. De plus, le système de sanctions hétérogène de l'obligation légale d'information induit une articulation complexe entre les sanctions, ce qui pose fréquemment la délicate question du cumul (ou non) de ces sanctions entre elles.

TITRE II – LE CUMUL DES SANCTIONS

483. « *Le droit de la consommation ne se limite pas à une simple compilation de divers dispositifs protecteurs étanches entre eux, mais constitue une matière cohérente où les textes doivent être combinés* »¹⁴⁹³. En effet, nous avons constaté que le système de sanction de l'obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois est un système hétérogène composé de sanctions expresses et implicites, issues tantôt du droit de la consommation, tantôt du droit commun des contrats, pouvant être de nature civile, pénale et administrative, et assumant des fonctions dissuasives, réparatrices ou répressives. La diversité et la multiplication des sanctions aboutit à un réseau complexe qui nous amène à nous interroger sur leur articulation, autrement dit si leur relation est envisagée par la loi, comment cette articulation est mise en œuvre par les juges, et surtout si elle aboutit à une sanction efficace de l'obligation légale d'information.

Pour analyser l'efficacité du cumul de sanctions, autrement dit de la ou des sanctions qui en résultent, il est nécessaire de tenir compte de leur finalité, et non de leur nature. En effet, si les sanctions civiles assument principalement une fonction réparatrice et les sanctions pénales ou administratives une fonction répressive, certaines sanctions civiles peuvent être qualifiées de peines privées et endossent un rôle répressif. Or, il convient de tenir compte de cette particularité et d'envisager le cumul entre sanctions de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation sous l'angle de leur fonctionnalité afin d'en mesurer l'efficacité.

484. Nous avons précédemment constaté que certaines obligations légales d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois ne reçoivent aucune sanction expresse. Nous allons désormais démontrer qu'à l'inverse, plusieurs sanctions sont parfois édictées pour un même manquement à une obligation légale d'information. Dans ce sens, M. Christophe Blanchard affirme que la diversité des sanctions peut en engendrer une « *sur-effectivité* », un risque de « *surchauffe de la sanction* » et aboutit à ce qu'un même

¹⁴⁹³ TI Roubaix, 8 janv. 2004, RG n° 11-03-000533 cite : FLORÈS Ph. et BIARDEAUD G., note sous CJCE, 21 nov. 2002, Gaz. Pal. 4-6 mai 2003, p. 12.

comportement puisse être réprimé par des infractions et par des sanctions différentes¹⁴⁹⁴. La multiplication des sanctions résulterait de « *l'angoisse permanente de laisser impunie une infraction* »¹⁴⁹⁵.

Nous avons constaté qu'il existe diverses situations de cumul entre les sanctions de l'obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois qui limitent parfois l'efficacité de la sanction qui en résulte (Chapitre I), et peuvent également générer d'autres problèmes (Chapitre II).

¹⁴⁹⁴ BLANCHARD Christophe, « Quelle sanction pour faire cesser les infractions au droit de la consommation ? », in Centre Jean Bodin (sous la dir. de BERNHEIM-DESVAUX Sabine et BLANCHARD Christophe), *L'effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion d'Angers, 26 mars 2015, LDA, juin 2015.

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*

CHAPITRE I – LES DIVERSES SITUATIONS DE CUMUL

485. Tout d'abord, afin d'apprécier l'efficacité de la sanction résultant d'un cumul de sanctions, il convient de rappeler brièvement les paramètres pris en considération pour mesurer l'efficacité de la sanction de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation. Ces paramètres sont composés, d'une part, des conditions nécessaires au prononcé de la sanction du manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation, et d'autre part des critères de l'efficacité de cette sanction.

Tout d'abord, le manquement à une obligation légale d'information peut recevoir une sanction réparatrice, fonction principalement assurée par les sanctions civiles, uniquement lorsque le consommateur a subi un préjudice. À l'inverse, l'inexécution d'une obligation légale d'information constitue toujours une faute du professionnel¹⁴⁹⁶. Une sanction répressive devrait donc systématiquement être prononcée, fonction majoritairement assumée par les sanctions pénales et administratives.

Ensuite, la sanction est efficace lorsque ses effets sont en adéquation avec la fonction qui lui a été attribuée¹⁴⁹⁷. L'efficacité réparatrice d'une sanction se mesure à la capacité qu'ont ses effets de réparer les conséquences de la violation, c'est-à-dire de réparer le préjudice subi par le consommateur. L'efficacité répressive dépend quant à elle d'une part, de l'adaptation de la peine au comportement prohibé, qui doit être adaptée à l'intérêt de l'auteur de la violation, comme la recherche du profit pour le professionnel (la sanction pécuniaire qui porte atteinte au patrimoine est donc adaptée en l'espèce), et d'autre part de sa proportionnalité à la gravité de la faute (doivent notamment être pris en compte selon nous la répétition de la violation et l'existence de l'intention frauduleuse). Enfin, en amont de la violation, les sanctions réparatrices et répressives exercent une fonction dissuasive. Pour que la sanction soit dissuasive et que ses effets incitent les contractants à respecter la loi, la sanction doit être adaptée au type de déséquilibre en cause et être proportionnelle aux effets de la violation.

¹⁴⁹⁶ En effet, nous avons vu lors des développements sur la responsabilité que le manquement par le professionnel à l'obligation légale d'information constitue toujours une faute civile.

¹⁴⁹⁷ Nous rappelons que nous nous inspirons des critères de l'efficacité de la sanction dégagés par Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles dans sa thèse.

Le cumul entre les sanctions de l'obligation légale d'information semble procéder de deux situations principales. Dans un premier temps, le cumul de sanctions peut être expressément prévu par la loi : le législateur prévoit que plusieurs sanctions peuvent être prononcées pour un même manquement ou qu'une sanction peut se cumuler en fonction du nombre d'infractions constatées. Dans ces cas, le législateur estime que le consommateur est particulièrement vulnérable à cause de l'importance des conséquences découlant du contrat ou de la technique de vente utilisée. Cette situation peut être illustrée par le cumul entre une peine d'amende prévue pour les contraventions et la déchéance du droit aux intérêts lorsque le professionnel ne respecte pas le formalisme informatif du crédit à la consommation en droit français, ou encore par le cumul des amendes contraventionnelles entre elles en matière d'indication des prix en droit luxembourgeois.

Dans un second temps, le cumul de sanctions peut résulter de l'articulation des divers textes existant en droits français et luxembourgeois. Cette situation peut être représentée, par le cumul entre les sanctions pénales prévues pour le délit de tromperie et la nullité du contrat pour vice du consentement.

486. La sanction résultant du cumul de sanctions est efficace lorsqu'elle présente les critères énoncés précédemment. Tout d'abord, le cumul de sanctions réparatrices est efficace lorsqu'il répare intégralement le préjudice du consommateur¹⁴⁹⁸. La réparation ne doit pas être en deçà ni aller au delà : la sanction résultant du cumul ne sera pas efficace si elle répare insuffisamment le préjudice ou si, à l'inverse, elle procure un avantage au consommateur. Ensuite, le cumul de sanctions répressives est efficace lorsque la peine qui en résulte est adaptée au comportement prohibé et proportionnelle à la gravité de la faute. La peine est donc inefficace si elle n'interfère pas avec l'intérêt recherché par l'auteur de la violation ou si elle est trop ou trop peu sévère. Puis, la possibilité de cumuler certaines sanctions aura un impact sur l'effet dissuasif de celles-ci. La sanction qui peut résulter de ces cumuls sera dissuasive si elle est adaptée au type de déséquilibre en cause et est proportionnelle aux effets de la violation. Une sanction non adaptée ou qui est trop ou trop peu sévère ne sera pas de nature à inciter le professionnel à respecter la loi. Doivent également être prises en considération les conditions favorisant l'effet dissuasif de la sanction, notamment la connaissance de la

¹⁴⁹⁸ Le Code civil « ne dit rien des modes de réparation du dommage. Il se contente de poser le principe de l'obligation de réparer, dont la jurisprudence a tiré le principe de la réparation intégrale » (BORGHETTI Jean-Sébastien, « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 263, n° 12).

sanction par le professionnel et le consommateur, ainsi que leur croyance en la possible réalisation de la sanction. En effet, l'effectivité de la sanction peut perturber son efficacité puisqu'une sanction qui n'est jamais prononcée ne sera pas crainte, ni ne pourra produire ses effets réparateurs ou répressifs.

487. À travers ces critères de l'efficacité de la sanction, il peut être déduit que les droits français et luxembourgeois rendent la sanction de l'obligation légale d'information en droit de la consommation inefficace lorsqu'ils prévoient ou permettent un cumul inopportun entre ces sanctions. Or, le cumul entre sanctions se révèle inopportun lorsqu'il est disproportionné (Section 1) ou incohérent (Section 2). Afin d'apprécier les diverses situations de cumul entre les sanctions, il convient préalablement de rappeler les règles principales qui s'y appliquent en droit pénal (Section préliminaire).

SECTION PRÉLIMINAIRE – RAPPEL DE QUELQUES RÈGLES DE CUMUL EN DROIT PÉNAL

488. Le droit pénal français et le droit pénal luxembourgeois règlementent de manière identique d'une part, le cumul d'infractions (§ 1) et d'autre part, le cumul des peines (§ 2)¹⁴⁹⁹.

§1 – Le cumul d'infractions

489. Il convient de rappeler les principes similaires de droit pénal en France et au Luxembourg. Une distinction classique existe entre le concours réel d'infractions et le concours idéal d'infractions¹⁵⁰⁰. Le cumul réel d'infractions, aussi dénommé concours réel d'infractions, peut être défini comme la « [p]luralité, de la part d'un même auteur, d'actes

¹⁴⁹⁹ Les dispositions relatives aux différents concours d'infractions et aux peines applicables qui leurs sont applicables sont énoncées aux articles 132-2 et suivants du Code pénal français et aux articles 58 et suivants du Code pénal luxembourgeois.

¹⁵⁰⁰ Ces deux concepts se distinguent mais peuvent coexister. Ex. en droit luxembourgeois : CSJ corr. 3 juill. 2012, 355/12 V (cité par PUTZ Jean-Luc, Recueil de jurisprudence pénale 2012, Promoculture-Larcier, 2012, n° 2.6.2, p. 23). En l'espèce, le délit de circulation dans un état alcoolique prohibé était en concours idéal avec la contravention de ne pas s'être comporté raisonnablement et prudemment de façon à ne pas constituer un danger pour la circulation, ce « *groupe d'infractions* » étant lui même en concours réel (et non pas en concours idéal comme « *indiqué par erreur* » dans le jugement de première instance déféré) avec trois contraventions connexes, elles-mêmes en concours idéal entre elles.

matériels successifs, chacun constitutif d'une infraction »¹⁵⁰¹ et « sans qu'elles soient séparées entre elles par une condamnation définitive »¹⁵⁰². C'est le cas par exemple d'une personne condamnée pénalement pour un fait constituant une infraction à la législation sur le démarchage et un autre fait caractérisant le délit de publicité trompeuse¹⁵⁰³. L'infraction à la réglementation des prix constitue aussi une violation distincte du délit de pratique commerciale trompeuse¹⁵⁰⁴.

490. À l'inverse, il y a un cumul idéal d'infraction ou concours idéal d'infraction lorsqu'il y a une « [p]luralité d'infractions réalisées simultanément par un seul fait »¹⁵⁰⁵. Autrement dit, c'est la « [s]ituation dans laquelle le comportement d'un délinquant relève a priori de plusieurs textes d'incrimination, si bien que se pose la question du cumul ou du non-cumul des qualifications pénales en concours [...]. La solution est fonction des valeurs sociales protégées : le cumul est la règle en cas de valeurs différentes, alors que le non cumul

¹⁵⁰¹ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, PUF, 8^e éd., mise à jour « Quadriges », 2007, p. 259.

¹⁵⁰² C. pén. fr., art. 132-2. Il faut distinguer le cumul réel d'infraction avec la récidive, cette dernière étant la situation dans laquelle « la seconde infraction est postérieure à la condamnation définitive ayant sanctionné la précédente » (PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Dalloz, 2008, n° 570).

¹⁵⁰³ C. pén. fr., art. 132-2. Cass. crim., 4 déc. 2001, n° 00-88077. La chambre criminelle de la Cour de cassation française a rejeté le pourvoi des demandeurs précédemment condamnés. Le premier des deux prévenus a été condamné par la chambre correctionnelle de la cour d'appel de Toulouse du 16 novembre 2000 pour infraction à la législation sur le démarchage à domicile à un an d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve et 20 000 francs d'amende notamment pour « présentation de contrats ne comportant pas la mention de la nature et des caractéristiques des prestations de services proposées et des conditions d'exécution des prestations de services » et « présentation de contrats non datés de la main du client ». Le second prévenu a été condamné pour infraction à la législation sur le démarchage à domicile notamment pour « la présentation de contrats de démarchage dont tous les exemplaires n'auraient pas été datés de la main même du client » (C. consom. fr., anc. art. L. 121-24 et L. 121-28) et « la présentation de contrats qui n'auraient pas comporté la mention de la désignation précise de la nature et des caractéristiques des biens offerts ou proposés et des conditions d'exécution du contrat » (C. consom. fr., anc. L. 121-23 et L. 121-28), ainsi que pour publicité de nature à induire en erreur pour avoir passé une publicité mensongère dans « Corse matin » en omettant de préciser que son émetteur était une agence immobilière et pour faire croire que des résidences étaient recherchées alors qu'il cherchait de potentiels clients à démarcher. Il a été condamné à deux ans d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve et 50 000 francs d'amende.

¹⁵⁰⁴ Ex. : CA Bordeaux, 24 janv. 2006, RG 05/1030. La cour d'appel de Bordeaux confirme le jugement du TGI de Bergerac rendu le 15 mars 2005 condamnant la prévenue des chefs de publicité fausse ou trompeuse (C. consom. fr., anc. L. 121-1, L. 121-4 à L. 121-6 et anc. art. L. 213-1) et d'omission totale d'information du consommateur de l'affichage des prix à l'extérieur de ses établissements hôteliers et partielle à l'intérieur d'un d'entre eux (C. consom. fr., anc. R. 113-1 al. 2, al. 1, et anc. art. L. 113-3). La publicité fausse ou trompeuse portait sur les caractéristiques des hôtels ; Cass. crim., 6 févr. 2001, n° 00-83283 : la Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 19 janv. 2000 qui a condamné le demandeur au pourvoi pour publicité trompeuse et infraction à la réglementation sur la publicité des prix – arrêté n° 77-105/P du 2 sept. 1977 réglementant la publicité en matière de réduction de prix (20 000 F d'amende, 249 amendes de 100 F et une mesure de publication et les intérêts civils).

¹⁵⁰⁵ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, PUF, 8^e éd., mise à jour « Quadriges », 2007, p. 199. Le cumul idéal d'infractions est favorisé par la multiplicité des textes (CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2010, n° 132).

s'impose si ces valeurs sont les mêmes »¹⁵⁰⁶. M. Bernard Bouloc explique qu'« [e]n pareille hypothèse, le prétendu concours idéal est traité comme un concours réel d'infraction »¹⁵⁰⁷. A ainsi été admis par les juridictions françaises le cumul des infractions de tromperie et de pratique commerciale déloyale¹⁵⁰⁸, ou encore de pratique commerciale déloyale et d'escroquerie¹⁵⁰⁹. Le second cumul semble justifié, contrairement au premier. En effet, l'infraction de publicité trompeuse vise à protéger le consommateur tandis que l'infraction d'escroquerie a pour objectif la protection du droit de propriété. Cependant, la publicité trompeuse et la tromperie semblent être des infractions axées sur la protection du consommateur¹⁵¹⁰. Ainsi, la jurisprudence décide, selon les affaires concernées, de poursuivre les faits sous une seule qualification ou sous plusieurs qualification. Le choix de poursuivre sous plusieurs qualifications ou non semble notamment dépendre de la possibilité de prouver l'intention frauduleuse, ou encore de la répression qui apparaît la plus adaptée à la gravité des faits.

491. La distinction entre cumul réel et idéal d'infractions n'est pas toujours aisée en pratique, notamment car de nombreuses incriminations se recourent et possèdent un élément matériel

¹⁵⁰⁶ GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques 2014*, Dalloz, 21^e éd., 2014, p. 218.

¹⁵⁰⁷ BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, 20^e éd., Précis Dalloz, 2007, n° 687.

¹⁵⁰⁸ LDPA 2011, n° 2472.

¹⁵⁰⁹ La sanction du délit d'escroquerie est en théorie plus sévère en droit français qu'en droit luxembourgeois. En effet, le délinquant français encourt une peine d'emprisonnement de cinq ans et une amende pouvant atteindre 375 000 euros contre un emprisonnement de un mois à cinq ans et une amende de 251 à 30 000 euros pour un délinquant luxembourgeois. Si la peine d'emprisonnement est équivalente, le maximum de l'amende encourue est douze fois et demie plus élevé en droit français. Ensuite, les deux pays condamnent la tentative d'escroquerie (C. pén. fr., art. 313-3 ; C. pén. lux., art. 496). Les deux législations édictent aussi des peines complémentaires mais d'envergure différente. En effet, le Code pénal français prévoit entre autre : l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, l'affichage ou la décision du jugement de condamnation (C. pén. fr., art. 313-7). Le Code pénal luxembourgeois quant à lui envisage uniquement les peines complémentaires suivantes : « 1) de remplir des fonctions, emplois ou offices publics; 2) de vote, d'élection, d'éligibilité ; 3) de porter aucune décoration ; 4) d'être expert, témoin instrumentaire ou certificateur dans les actes; de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements ; 5) de faire partie d'aucun conseil de famille, de remplir aucune fonction dans un régime de protection des incapables mineurs ou majeurs, si ce n'est à l'égard de leurs enfants et sur avis conforme du juge des tutelles et du conseil de famille, s'il en existe ; 6) de port ou de détention d'armes ; 7) de tenir école ou d'enseigner ou d'être employé dans un établissement d'enseignement » (l'art. 496 C. pén. lux. renvoie à l'art. 24 du même Code, renvoyant lui même à l'art. 11). Ces peines complémentaires semblent bien peu utiles car elles ne permettent ni d'interdire l'exercice d'une profession en dehors des emplois publics, ni de publier ou d'afficher la décision de condamnation.

¹⁵¹⁰ CLARET Hélène, « Fasc. 980 : Étiquetage », J.Cl. Conc.-consom, 26 oct. 2014, n° 188. Cite : sous l'empire de l'ancien Code pénal, Cass. crim., 10 mai 1978 : Bull. crim. 1978, n° 148, D. 1978, RTD com. 1978, p. 816, obs. P. Bouzat). L'auteur critique notamment la solution de la Cour de cassation qui admet la poursuite des faits reprochés sur le fondement des fraudes et falsifications et du délit de publicité trompeuse alors que les objectifs semblent identiques (*ibid.*, cite : Cass. crim., 29 janv. 1997, Bull. crim. 1997, n° 42, Contrats, conc. consom. 1997, comm. 90, note G. Raymond préc. – CA Montpellier, 12 janv. 2006 : JurisData n° 2006-293214).

similaire. Par exemple, le directeur général d'une société était « *poursuivi devant la chambre correctionnelle des trois chefs de tromperie, de publicité fausse ou de nature à induire en erreur, et de contraventions à l'article 1^{er} du décret n° 50-813 du 29 juin 1950 modifié, relatif à l'étiquetage des meubles* »¹⁵¹¹. Les agents de la DGCCRF avaient relevé, lors d'un contrôle, des « *anomalies d'étiquetage* » consistant en de fausses indications du matériau de fabrication de tout ou partie de certains meubles exposés à la vente » ainsi que « *divers meubles [...] accompagnés d'une étiquette « portant des mentions incomplètes et non réglementaires* ». En l'espèce, le juge avait condamné le professionnel pour le délit de publicité fausse ou de nature à induire en erreur et condamné à 15 000 francs d'amende et avait ordonné la publication de la décision¹⁵¹².

492. Suivant la chronologie du procès, le droit pénal envisage le cumul des infractions et le cumul des peines. Les principes de ce dernier varient en fonction du type d'infraction et de la nature de la peine en cause.

§2 – Le cumul des peines

493. En cas de cumul réel d'infractions, le principe retenu en droit pénal français et luxembourgeois est celui du non-cumul des peines de même nature dans la limite de la peine la plus sévère. Seules les contraventions font exception à ce principe et se voient toujours appliquer le principe de cumul des peines. En présence d'un cumul d'idéal d'infractions, même si le juge retient deux ou plusieurs qualifications, il prononcera uniquement la peine la plus sévère. Il convient de revenir brièvement sur ces deux situations.

494. Tout d'abord, en cas de cumul réel d'infractions, s'applique le principe de non-cumul des peines qui est défini comme le « [p]rincipe en vertu duquel les peines prononcées

¹⁵¹¹ L'article 1^{er} du décret relatif à l'étiquetage des meubles neufs, portant application de la loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsification, oblige le professionnel à informer le consommateur quand au prix du meuble, l'énumération des marchandises offertes pour ce prix, les principales matières ou essences constituant ces marchandises et les dimensions de chaque article. Selon le deuxième article du décret, les informations doivent être inscrites sur « *les bons de commande, factures, prospectus, catalogues, annonces, réclames de quelque nature qu'elles soient* ».

France : Cass. crim. 25 juin 1984, n° 83-92808 (était en vigueur la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 dite loi Royer relative à la publicité trompeuse).

¹⁵¹² Le tribunal a constaté l'amnistie des contraventions ainsi que l'absence de preuve de la mauvaise foi de l'inculpé, élément moral nécessaire pour caractériser le délit de tromperie.

contre une même personne pour divers crimes ou divers délits (en concours réel) ne peuvent être cumulativement exécutées »¹⁵¹³. Ainsi, « [i]l est autant de responsabilités qu'il est d'infractions réalisées, mais le principe du non-cumul des peines interdit que soient prononcées ou exécutées des peines de même nature au-delà du maximum légal le plus élevé »¹⁵¹⁴, et « c'est en cela que subsiste le système du non cumul »¹⁵¹⁵. À l'occasion de poursuites distinctes, on parle alors de confusion des peines¹⁵¹⁶, « [f]ait de réunir plusieurs peines prononcées distinctement en une seule et de n'exécuter que la plus forte »¹⁵¹⁷. La confusion ne peut avoir lieu qu'en cas de concours réel et ne joue pas pour les contraventions. Ainsi lorsque diverses infractions sont caractérisées, il y a confusion des peines de même nature dans la limite de la peine la plus élevée¹⁵¹⁸, « même nature » de la peine faisant référence à la peine privative de liberté ou à la peine d'amende¹⁵¹⁹.

495. Ensuite, en cas de cumul idéal d'infractions, la qualification la plus adéquate à l'infraction sera soit la plus sévère, soit la plus spéciale. Le juge prononcera uniquement la peine assortie à l'infraction dont la qualification a été retenue¹⁵²⁰. Par exemple, l'infraction à la réglementation des prix entre parfois en concours idéal de qualification avec le délit de pratique commerciale déloyale. Dans ce cas, les juges français et luxembourgeois retiennent traditionnellement la qualification la plus haute c'est-à-dire celle qui édicte la peine la plus

¹⁵¹³ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, PUF, 8^e éd., mise à jour « Quadrige », 2007, p. 614.

¹⁵¹⁴ GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *op. cit.*

¹⁵¹⁵ PRADEL Jean, *op. cit.*

¹⁵¹⁶ GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, 6^e éd., Dalloz, 2006, p. 63. Sur le cumul et la confusion des peines, v. VERMELLE Georges, « Le maximum et le minimum », in *Mélanges offerts à Pierre COUV RAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 354 et s., spéc. p. 362.

¹⁵¹⁷ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, PUF, 8^e éd., mise à jour « Quadrige », 2007, p. 209.

¹⁵¹⁸ C. pén. fr., art. 132-3 : « Lorsque, à l'occasion d'une même procédure, la personne poursuivie est reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé.

Chaque peine prononcée est réputée commune aux infractions en concours dans la limite du maximum légal applicable à chacune d'entre elles. » ;

C. pén. lux. art. 60 : « En cas de concours de plusieurs délits, la peine la plus forte sera seule prononcée. Cette peine pourra même être élevée au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différents délits.

(L. 13 juin 1994) Toutefois, les peines de substitution seront prononcées cumulativement. »

¹⁵¹⁹ GIUDICELLI-DELAGE, *op. cit.*, p. 62.

¹⁵²⁰ BOULOUC Bernard, *Droit pénal général*, 20^e éd., Précis Dalloz, 2007, n° 686.

sévère¹⁵²¹, en l'espèce le délit de pratique commerciale trompeuse, ancienne publicité mensongère et publicité fausse ou de nature à induire en erreur¹⁵²².

Cependant, Jean Pradel affirme qu'en pratique « *le juge retient en général toutes les qualifications, en considérant qu'il y a plusieurs infractions, tout en ne prononçant [...] qu'une seule peine, celle relative à l'infraction la plus grave* »¹⁵²³. Ainsi une jurisprudence a admis le cumul de qualifications lorsque les éléments moraux de chaque infraction sont différents et que divers intérêts sont protégés. Lorsque le juge retient deux ou plusieurs qualifications cumulativement, la peine qui en résulte ne peut dépasser le maximum légal le plus élevé. La Cour de cassation française a déjà jugé en ce sens en retenant cumulativement la qualification d'escroquerie et celle de publicité de nature à induire en erreur¹⁵²⁴.

A priori une solution identique ne pourrait pas être retenue pour le délit de publicité de nature à induire en erreur et celui de tromperie puisque ces incriminations ont toutes deux vocations à protéger les consommateurs, tandis que l'escroquerie protège la propriété¹⁵²⁵. Cependant la Cour de cassation a déjà admis une telle solution¹⁵²⁶. La même remarque est applicable pour

¹⁵²¹ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2010, n° 132, p. 154. Ex en droit luxembourgeois : CSJ corr. 14 févr. 2012, 102/12 V (cité par PUTZ Jean-Luc, *Recueil de jurisprudence pénale 2012*, Promoculture-Larcier, 2012, n° 6, p. 26) : « *c'est le maximum de cette peine d'emprisonnement qui détermine le caractère de peine la plus forte* » (en l'espèce la peine prévue par l'art. 29 de la loi modifiée du 30 juill. 1960 concernant la création d'un fonds national de solidarité est plus forte que celle prévue par l'art. 496-3 du Code pénal).

¹⁵²² Les exemples qui suivent sont antérieurs à la loi du 17 mars 2014 et à l'ordonnance du 14 mars 2016. Ex. : Cass. crim., 28 nov. 1991, n° 90-86624. En l'espèce, le prévenu avait affiché le prix standard sur des modèles de cuisine exposés dans son magasin, alors qu'il différait du prix réel de ceux-ci. La cour d'appel de Toulouse avait constaté d'une part, le non-respect de l'arrêté ministériel du 3 déc. 1987 imposant l'affichage du prix de chaque élément de meuble entrant dans la composition de l'ensemble exposé et d'autre part, que les prix affichés pouvaient créer une confusion pour le consommateur. La Cour d'appel avait donc condamné le prévenu par un arrêt rendu le 11 oct. 1990, pour publicité de nature à induire en erreur et l'avait condamné à 20 000 francs d'amende, ordonné la publication de la décision et a prononcé sur les réparations civiles. La Cour de cassation confirme cet arrêt.

¹⁵²³ PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Dalloz, 2008, n° 571. C. pén. lux., art. 65. Ex : CSJ corr., 26 févr. 2013, 121/13 (cite : Cass. cassation pénale, 24 janv. 2013, n° 5/2013), cité par : PUTZ Jean-Luc, *Recueil de jurisprudence pénale 2016. Tome 1 Droit pénal*, 5^e éd., Promoculture-Larcier, 2016, p. 241.

¹⁵²⁴ Cass. crim., 10 mai 1978, n° 77-91445, D. 1978, IR 348 – ex. antérieur à la loi du 17 mars 2014 et à l'ordonnance du 14 mars 2016.

¹⁵²⁵ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2010, n°132, p. 154.

¹⁵²⁶ Ex. antérieur à la loi du 17 mars 2014 et à l'ordonnance du 14 mars 2016 : Cass. crim., 30. oct. 1995, n° 95-80361, D. aff. 1996, chron. p. 117.

Ex. postérieur à la loi du 17 mars 2014 : un professionnel a été reconnu coupable du délit de pratique commerciale trompeuse et du délit de tromperie, Cass. crim., 9 sept. 2014, n° 13-85079 : « *la SAS Les Sénioriales, par la seule présentation à ses clients de catalogues qui comportaient des indications fausses ou de nature à induire en erreur sur la composition du bien proposé à la vente, a commis une publicité trompeuse, dans des conditions où le caractère essentielle des éléments en cause, espace hydrothérapie et podologie, spa, dont l'indemnisation n'a été soumise au vote des copropriétaires qu'à posteriori et piscine qui n'a pas été intégrée au club house, est exclusif de la bonne foi ; qu'à l'occasion des ventes effectivement réalisées, à de la même façon sciemment trompé les clients qui n'étaient pas informés de ce que la piscine n'était pas intégrée au club house, et de ce fait non utilisable à l'année et de la non-réalisation du spa, du chauffage solaire, de l'espace*

le délit de falsification et le délit de tromperie. Ainsi, dans un arrêt du 7 mars 2006, l'étiquetage trompeur de bouteilles de vin constituait l'élément matériel des deux délits : leur exposition constituait le délit de publicité de nature à induire en erreur et leurs ventes effectives celui de tromperie¹⁵²⁷. La Cour de cassation française avait confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 1^{er} mars 2005 qui condamnait les prévenus des chefs de tromperie et de publicité trompeuse à dix-huit mois d'emprisonnement dont huit avec sursis et à des pénalités douanières pour le premier (prévenu reconnu également coupable d'usurpation d'appellations d'origine et transport de vins sous couvert de titres inapplicables), à 20 000 euros d'amende pour le deuxième, à 15 000 euros d'amende pour trois autres, et à 10 000 euros d'amende pour le dernier. La cour d'appel avait également ordonné une mesure de publication. De la même manière, les juges français ont pu condamner un professionnel pour le délit de tromperie sur la nature, les qualités essentielles, l'origine ou la quantité d'une marchandise, et le délit de falsification de denrée alimentaire, boisson, substance médicamenteuse ou produit agricole¹⁵²⁸. La falsification (modification illicite) des produits constituait le délit du même nom tandis que la détention et la mise en vente des produits falsifiés caractérisaient le délit de tromperie.

496. Le principe de non-cumul ne vaut que pour les crimes et délits : le principe est celui du cumul pour les contraventions¹⁵²⁹. Le cumul des peines est « [f]ait, pour une personne qui a

d'hydrothérapie et de podologie, alors qu'ils avaient opté pour l'achat d'un bien, du fait de ces équipements et services dont les qualités leur étaient essentielles, ce qui caractérise de façon distincte du délit susvisé une tromperie sur les qualités substantielles et la composition des services vendues » (l'arrêt est cependant cassé car les juges du fond n'ont pas recherché « par quel organe ou représentant le délit reproché à la personne morale avait été commis pour son compte »).

¹⁵²⁷ Cass. crim., 7 mars 2006, n° 05-81773 : « Pour déclarer les prévenus coupables de publicité de nature à induire en erreur et de tromperie, l'arrêt retient que, pour le compte de sociétés qu'ils dirigeaient, ils ont acheté à la société Vitivinicole, qui est une société de négoce, du vin qui a été embouteillé dans les chais de celle-ci et qu'ils ont fait apposer sur les bouteilles des étiquettes portant la mention "mise en bouteille au château" ; que les juges ajoutent que d'importantes quantités de ces bouteilles ont été commercialisées, que la mise en bouteille au château constitue pour le consommateur une qualité substantielle garantissant l'authenticité du produit et qu'est exclue la bonne foi de professionnels ayant fait livrer bouteilles et bouchons, non pas aux châteaux, mais aux chais de la société Vitivinicole, les titres de circulation faisant en outre apparaître le lieu réel de l'embouteillage ; qu'enfin,vc [tel quel dans le texte] ils énoncent que la seule exposition des étiquettes apposées sur les bouteilles a constitué le délit de publicité de nature à induire en erreur, celui de tromperie, distinct, l'étant à l'occasion des ventes effectivement réalisées ».

¹⁵²⁸ Cass. crim., 18 nov. 2014, n° 13-86660 (méthode de production traditionnelle de Cognac, manipulation illicite du produit, infusion de copeaux dans un produit autre que l'eau distillée).

¹⁵²⁹ C. pén. fr., art. 132-7 :

« Par dérogation aux dispositions qui précèdent, les peines d'amende pour contraventions se cumulent entre elles et avec celles encourues ou prononcées pour des crimes ou délits en concours. » ; Art. 58. C. pén. luxembourgeois : « Tout individu convaincu de plusieurs contraventions encourra la peine de chacune d'elles. » ; Selon B. Bouloc, « Encore faut-il qu'il s'agisse réellement d'une pluralité de contraventions et non d'une contravention successive ou de contraventions ne correspondant pas à des fautes distinctes ; les

été reconnue coupable de plusieurs infractions, d'avoir à subir successivement les diverses peines prononcées pour chaque infraction »¹⁵³⁰. M. Jean Pradel énonce d'ailleurs que les contraventions connaissent « *le système du cumul des peines à l'état pur* »¹⁵³¹. Il en résulte que « *le juge prononce et additionne toutes les peines sanctionnant chaque infraction* »¹⁵³². Concrètement, lorsque cent infractions sont constatées, cent contraventions seront prononcées. L'application de ce principe aboutit parfois au prononcé d'amendes importantes. Il peut être mentionné à titre de comparaison que « *le principe de non-cumul des peines ne s'applique pas en matière de répression administrative dès lors qu'il ne s'agit pas de punir de deux peines les mêmes faits* »¹⁵³³.

Par exception au principe de non-cumul, les peines d'amende pour délits ou crimes en concours se cumulent avec les peines d'amendes pour contraventions, autrement dit elles ne peuvent pas être confondues¹⁵³⁴.

497. Ce bref rappel des règles de droit pénal français et luxembourgeois applicables au cumul d'infractions et au cumul de peines est essentiel à la compréhension des développements suivants. En effet, nous allons tenter de démontrer que le cumul disproportionné de sanctions d'une part, et le cumul incohérent de sanctions d'autre part, produisent une sanction inefficace de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation.

contraventions qui procèdent de la même action coupable donnent lieu à une condamnation unique », *op. cit.*, n° 694.

¹⁵³⁰ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, PUF, 8^e éd., mise à jour « *Quadriges* », 2007, p. 259.

¹⁵³¹ PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Dalloz, 2008, n° 571.

¹⁵³² *Ibid.*

¹⁵³³ EVEILLARD Gweltaz, « Les sanctions en droit administratif. Entre approfondissement de la soumission à l'égalité et recherche de l'efficacité », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 16, p. 498.

¹⁵³⁴ C. pén. fr., art. 132-7 : « *Par dérogation aux dispositions qui précèdent, les peines d'amende pour contraventions se cumulent entre elles et avec celles encourues ou prononcées pour des crimes ou délits en concours.* » ;

C. pén. lux., art. 59 : « *En cas de concours d'un ou de plusieurs délits avec une ou plusieurs contraventions, les peines de police seront cumulativement prononcées; la peine correctionnelle la plus forte sera seule prononcée et pourra même être élevée au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différentes infractions.* »

« *Aux termes de l'article 59 du Code pénal, en cas de concours d'un ou de plusieurs délits avec une ou plusieurs contraventions, les peines de police seront cumulativement prononcées, la peine correctionnelle la plus forte sera seule prononcée et pourra être élevé au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différentes infractions* » (CSJ corr. 7 mai 2012, 241/12 VI, cité par : PUTZ Jean-Luc, *Recueil de jurisprudence pénale 2012*, Promoculture-Larcier, 2012, n° 2.6.2, p. 23. En l'espèce la peine du délit de destruction volontaire des biens mobiliers d'autrui prévue par l'art. 258, al. 1^{er} du Code pénal).

SECTION 1 – LE CUMUL DISPROPORTIONNÉ

498. Le cumul de sanctions se révèle disproportionné lorsqu'une même peine peut se cumuler pour sanctionner un concours réel d'infractions. Ces peines sont expressément prévues par les législateurs français et luxembourgeois pour sanctionner le manquement du professionnel à l'obligation légale d'information concernée. Cette hypothèse est illustrée par le cumul des peines pécuniaires (§1) pour lequel aucun plafond n'est prévu et peut donc aboutir à une sanction répressive et dissuasive inefficace car inadaptée à la gravité de la faute du professionnel (§2).

§1 – Le cumul des sanctions pécuniaires de même nature

499. Il convient d'envisager successivement le cumul des peines d'amende prévues pour les contraventions en droits français et luxembourgeois (A) et le cumul des amendes administratives en droit français (B).

A. Le cumul des amendes contraventionnelles entre elles

500. Le législateur français et le législateur luxembourgeois sanctionnent de nombreuses obligations légales d'information par une peine d'amende prévue pour les contraventions. De plus, il faut rappeler que les administrations française et luxembourgeoise peuvent transiger : pour la majorité des contraventions du Code de la consommation français et pour les contraventions en matière d'indication des prix en droit luxembourgeois, les fonctionnaires compétents peuvent proposer au contrevenant de s'acquitter d'une transaction. La transaction est une sanction (administrative) alternative à la sanction pénale puisqu'elle éteint l'action publique, empêchant ainsi toute poursuite devant le juge pénal. Cependant, à l'image des amendes contraventionnelles pénales, les transactions sont des sanctions pécuniaires administratives cumulables entre elles. En conclusion, la transaction n'est pas une exception ou une limite au cumul contraventionnel, elle constitue simplement un cumul d'une autre nature.

Les obligations légales d'information sanctionnées par une peine d'amende contraventionnelle, majoritairement issues du droit français, peuvent être générales et

concerner tous les contrats en droits français et luxembourgeois (1), ou être spécifiques à un type de contrat (2) ou à une réglementation particulière en droit français (3).

1. Les obligations générales d'information

501. Les vendeurs de biens et prestataires de services français et luxembourgeois ont l'obligation d'indiquer les prix au consommateur (b). En plus, les professionnels français ont l'obligation de remettre une convention type à tout consommateur qui en fait la demande (a).

a. L'obligation de remise des contrats en droit français

502. L'article L. 114-1 [anc. art. L. 134-1] du Code de la consommation français énonce que le professionnel vendeur ou prestataire de service doit remettre un exemplaire des conventions qu'il propose habituellement à toute personne intéressée qui en fait la demande. Le fait pour le professionnel de ne pas remettre le contrat demandé à la personne intéressée qui en fait la demande est puni des peines d'amende prévues pour les contraventions de cinquième classe¹⁵³⁵. L'Administration peut transiger¹⁵³⁶.

b. L'obligation d'indiquer les prix des biens et des services en droit luxembourgeois

503. La directive 98/6/CE UE du 16 février 1998 impose aux États membres de prescrire l'obligation pour les professionnels d'informer les consommateurs du prix de vente et du prix à l'unité de mesure des produits¹⁵³⁷.

504. Les articles L. 112-1 et suivants du Code de la consommation luxembourgeois reprennent ces obligations et prévoient l'obligation du professionnel, par voie de marquage, étiquetage, affichage ou autre procédé, d'informer le consommateur du prix des biens et

¹⁵³⁵ C. consom. fr., R. 131-1, al. 1 [anc. art. R. 134-1, al. 1]. Le second alinéa précise que m'amende peut atteindre 3 000 euros en cas de récidive [anc. art. R. 134-1, al. 2].

¹⁵³⁶ C. consom. fr., art. L. 523-1 [anc. art. L. 141-2, al. 1].

¹⁵³⁷ Directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs (JO L 80 du 18 mars 1998, pp. 27–31). Classiquement, l'article 8 de la directive laisse le choix aux États membres d'en déterminer la sanction.

services qu'il propose. Ces articles envisagent les diverses modalités d'exécution de cette obligation légale d'information, notamment l'obligation d'indiquer le prix des biens et services de manière non équivoque et en euros.

Le professionnel encourt une amende pénale de 25 à 1 000 euros dont la « *nature contraventionnelle* » a été précisée par la loi du 2 avril 2014¹⁵³⁸. La loi du 2 avril 2014 a également introduit la possibilité de sanctionner la récidive. Le professionnel encourt une amende de 50 à 2 000 euros s'il a commis une nouvelle infraction à l'obligation d'indication des prix dans un délai de trois ans à partir du jour où une précédente condamnation en matière d'indication des prix est devenue irrévocable ou du jour où l'intéressé s'est acquitté d'un avertissement taxé encouru du même chef de contravention¹⁵³⁹.

De plus, l'Administration peut décider de transiger. Cette précision est importante car il s'agit de la seule obligation légale d'information édictée dans le Code de la consommation luxembourgeois qui peut faire l'objet d'une transaction administrative. Les fonctionnaires de la Police grand-ducale peuvent ainsi proposer au professionnel une alternative à la sanction pénale en s'acquittant immédiatement d'un avertissement taxé¹⁵⁴⁰, chacun d'entre eux étant de 145 ou 250 euros¹⁵⁴¹ selon l'infraction considérée¹⁵⁴².

505. Nous pouvons évoquer le droit français à titre de comparaison. Avant la loi Hamon du 17 mars 2014¹⁵⁴³, le professionnel français qui ne respectait pas les arrêtés d'application pris en vertu de l'article édictant l'obligation générale d'indiquer les prix encourait une peine d'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe¹⁵⁴⁴ (nous verrons qu'il est désormais puni par une amende administrative) ou une transaction administrative¹⁵⁴⁵. En l'absence d'arrêté, l'article prescrivant l'obligation générale d'indiquer les prix pouvait servir

¹⁵³⁸ C. consom. lux., art. L. 112-9, paragr. (1). Avant la loi du 2 avril 2014, la nature contraventionnelle ou délictuelle de l'amende pénale était incertaine. En effet, son montant était alors de 251 à 50 000 euros. Sur le cumul des contraventions en droit luxembourgeois, v. SPIELMANN Dean et SPIELMANN Alphonse, *Droit pénal général luxembourgeois*, J. VERHAEGEN (Préf.), BRUYLANT Bruxelles, 2002, p. 461 (comme en droit français, le principe est le cumul des « *peines de police en cas de concours matériel de contravention* », il y aura autant de contravention prononcée que d'infractions constatées).

¹⁵³⁹ C. consom. lux., art. L. 112-9, paragr. (9).

¹⁵⁴⁰ C. consom. lux., art. L. 112-9, paragr. (2).

¹⁵⁴¹ C. consom. lux., art. R. 112-1 (introduit par loi 2 avr. 2014). Les modalités d'exécution sont prévues par les articles R. 112-2 à R. 112-5 (également introduits par la loi du 2 avr. 2014).

¹⁵⁴² V. en annexe du Code de la consommation le catalogue des avertissements taxés en matière d'indication des prix (introduits par loi 2 avr. 2014).

¹⁵⁴³ Sur l'obligation d'information du consommateur relative aux prix en droit français avant la loi Hamon, v. CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2010, n^o 57, p. 65.

¹⁵⁴⁴ C. consom. fr., anc. L. 113-3, al. 1 (obligation d'indiquer les prix) et anc. R. 113-1, al. 2 (sanction). Ex. : Cass. crim 24 avr. 1997, B. 146, R. 1998, p. 125, obs. Giudicelli.

¹⁵⁴⁵ C. consom. fr., anc. art. L. 141-2, al. 1.

de fondement à une action en responsabilité civile délictuelle. Le délit de pratiques commerciales trompeuses pouvait également être constitué en cas d'information fautive ou trompeuse sur les prix.

Les arrêtés adoptés sur la base de l'ancien article L. 113-3, alinéa 1, (actuel art. L. 112-1) du Code de la consommation ont pour but de réglementer les modalités d'application de l'obligation générale d'information des prix. L'article précité dispose qu'ils sont de la compétence du ministre chargé de l'économie et doivent faire l'objet d'une consultation du Conseil national de la consommation. Ces arrêtés sont toujours en vigueur, la seule différence est que leur manquement est désormais sanctionné par une amende administrative et non plus par une contravention de cinquième classe. De nombreux arrêtés ont été adoptés en application de l'ancien texte, dont une cinquantaine sont cités dans le Code de la consommation. Ils sont par exemple relatifs à l'information des consommateurs sur les prix et services offerts par les mandataires automobiles¹⁵⁴⁶, les prix des fruits et légumes¹⁵⁴⁷ ou encore les prix des établissements d'hébergement¹⁵⁴⁸.

Un arrêt de la Cour de cassation française du 9 septembre 2014¹⁵⁴⁹ peut constituer une illustration du cumul de contraventions résultant du manquement de l'obligation d'indiquer les prix au consommateur. Faisait l'objet du pourvoi, l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 5 juillet 2013 qui avait condamné la société demanderesse au pourvoi à 97 amendes de 75 euros chacune et 35 amendes de 75 euros chacune après le constat de 132 infractions aux dispositions de l'arrêt du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de prix pris en application

¹⁵⁴⁶ Arrêté du 28 octobre 1996 relatif à l'information des consommateurs sur les prix et services offerts par les mandataires automobiles (JORF n° 277 du 28 novembre 1996, p. 17291), art. 1, 3 et 4.

¹⁵⁴⁷ Arrêté du 3 août 1994 relatif à l'information du consommateur sur les prix des fruits et légumes (JORF n° 180 du 5 août 1994, p. 11408), art. 1.

¹⁵⁴⁸ Arrêté du 18 décembre 2015 relatif à la publicité des prix des hébergements touristiques marchands autres que les meublés de tourisme et les établissements hôteliers de plein air (JORF n° 0299 du 26 décembre 2015, p. 24056, texte n° 139), art. 2 et s. ; Arrêté du 18 octobre 1988 relatif à l'affichage des prix dans les hôtels et les autres établissements similaires d'hébergement (JORF du 26 octobre 1988, p. 13504), art. 1 et s. (abrogé le 1^{er} janvier 2016).

¹⁵⁴⁹ Cass. crim., 9 sept. 2014, n° 13-85927, sursis à statuer. À l'occasion de cet arrêt, une autre question préjudicielle relative aux pratiques commerciales déloyales a récemment été posée par la Cour de cassation en ce qui concerne non plus les éléments constitutifs d'une infraction mais la conformité d'une législation nationale avec la directive : « [l]es dispositions des articles 5 à 9 de la directive 2005/29/CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur font-elles obstacle à ce que soient interdites, en toutes circonstances, quelle que soit leur incidence possible sur la décision du consommateur moyen, des réductions de prix qui ne seraient pas calculées par rapport à un prix de référence fixé par voie réglementaire ? ». Selon la société demanderesse au pourvoi, la Cour d'appel a notamment violé les articles L. 113-3, L. 121-1 et R. 113-1 al. 1^{er} et 2 du Code de la consommation, de la directive 2005/29 du 11 mai 2005 et de l'arrêt du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de prix à l'égard du consommateur. Devant le tribunal de police elle avait invoqué la non-conformité de l'arrêt du 31 décembre 2008 à la directive 2005/29/CE car il serait plus strict que la directive. Or, celle-ci impose une harmonisation complète. Le tribunal avait écarté cette argumentation et condamné la société, la Cour d'appel confirmant cette décision.

de l'article L. 113-3 du Code de la consommation, ces infractions étant réprimées par l'article R. 113-1, al. 2 du même Code¹⁵⁵⁰. En effet, l'Administration avait constaté l'absence de justificatifs du prix de référence de 97 produits et l'omission de la mention « prix conseillé » accompagnée de l'année de référence du prix pour 35 produits.

506. En droits français et luxembourgeois, le manquement aux obligations générales d'information peut être sanctionné par des peines contraventionnelles. De telles sanctions sont également prévues pour un certain type de contrat en droit français.

2. Le contrat de service de fourniture d'énergie en droit français

507. Les marchés européens du gaz¹⁵⁵¹ et de l'électricité¹⁵⁵² ont été ouverts dans les années quatre-vingt-dix. Ce processus a notamment été poursuivi par la directive n° 2003/55/CE du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE¹⁵⁵³. Celle-ci a ensuite été abrogée et remplacée par la directive 2009/73/CE¹⁵⁵⁴ du 13 juillet 2009. Les deux directives n'imposent pas d'obligation d'information spécifique mais font une déclaration générale presque identique relative à la protection des consommateurs : « *[Les États membres] garantissent un niveau de protection élevé des consommateurs, notamment en ce qui concerne la transparence des conditions contractuelles [2009 : « des termes et conditions des contrats »], l'information générale et les mécanismes de règlement des litiges* »¹⁵⁵⁵. Il faut donc se reporter aux textes nationaux pour connaître les obligations légales d'information relatives à ces contrats.

¹⁵⁵⁰ Cet article a été modifié par l'article 38 du décret n° 2014-1109 du 30 septembre 2014.

¹⁵⁵¹ Directive n° 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel.

¹⁵⁵² Directive n° 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

¹⁵⁵³ Elle est transposée par la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières en droit français et par la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel (Mém. A – N° 153 du 21 août 2007, p. 2798) en droit luxembourgeois.

¹⁵⁵⁴ Dir. 2009/73/CE du 13 juill. 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE.

¹⁵⁵⁵ Dir. 2003/55/CE, art., art. 3, paragr. 3 ; dir. 2009/73/CE, art. 3, paragr. 3.

508. En France, les obligations légales d'information et les sanctions sont communes aux contrats de fourniture d'électricité¹⁵⁵⁶ et aux contrats de fourniture de gaz naturel¹⁵⁵⁷. Les dispositions de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 ont été introduites dans le Code de la consommation aux anciens articles L. 121-86 et suivants, actuels L. 224-1 et suivants. Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007, le décret n° 2007-1230 du 20 août 2007 en a précisé les sanctions aux anciens articles R. 121-14 et suivants, actuels R. 242-7 et suivants. L'offre de contrat doit être faite sur un support durable et contenir certaines informations¹⁵⁵⁸. En plus de reproduire les informations contractuelles, le contrat sur support durable doit intégrer des informations complémentaires¹⁵⁵⁹. Ensuite, tout projet de modification contractuel doit être communiqué au consommateur au moins un mois avant leur entrée en vigueur¹⁵⁶⁰ et lui préciser qu'il peut gratuitement mettre fin au contrat¹⁵⁶¹. De plus, le contrat doit permettre « au moins une fois par an, une facturation en fonction de l'énergie »¹⁵⁶². Les factures doivent suivre certaines règles de présentations fixées¹⁵⁶³ par un arrêté du 18 avril 2012¹⁵⁶⁴. Enfin, il est précisé que « [l]es fournisseurs doivent adapter la communications des contrats et informations aux handicaps des consommateurs »¹⁵⁶⁵.

Tout manquement à ces obligations d'information ou à leurs modalités d'exécution fait encourir à son auteur une peine d'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe¹⁵⁶⁶, c'est-à-dire 1 500 euros¹⁵⁶⁷. En cas de récidive, le montant maximum de l'amende est porté au double¹⁵⁶⁸. L'administration peut transiger à cette sanction pénale¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁵⁶ Pour information, la directive 2003/54/CE sur le marché de l'électricité a été transposée en France par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité et sept décrets (de 2004 à 2006).

¹⁵⁵⁷ À l'inverse, nous verrons que le législateur luxembourgeois a prévue une réglementation distincte pour chacun de ces contrats.

¹⁵⁵⁸ C. consom. fr., art. L. 224-3, art. L. 224-4 et art. L. 224-6 [anc. art. L. 121-87].

¹⁵⁵⁹ C. consom. fr., art. L. 224-7 [anc. art. L. 121-88].

¹⁵⁶⁰ C. consom. fr., art. L. 224-10 [anc. art. L. 121-90, al. 2].

¹⁵⁶¹ *Idem*, al. 2.

¹⁵⁶² C. consom. fr., art. L. 224-11 [anc. art. L. 121-91, al. 1].

¹⁵⁶³ *Idem*, al. 2.

¹⁵⁶⁴ Arrêté du 18 avril 2012 relatif aux factures de fourniture d'électricité ou de gaz naturel, à leurs modalités de paiement et aux conditions de report ou de remboursement des trop-perçus (JORF n° 0099 du 26 avril 2012, p. 7448, texte n° 31).

¹⁵⁶⁵ C. consom. fr., art. L. 224-2 [anc. art. L. 121-93].

¹⁵⁶⁶ C. consom. fr., art. R. 242-7 [anc. art. R. 121-14] ; art. R. 242-8 et R. 242-9 [anc. art. R. 121-15] ; art. R. 242-11 [anc. art. R. 121-17] ; art. R. 242-12 et R. 242-13 [anc. art. R. 121-18] ; art. R. 242-6 [anc. art. R. 121-20].

¹⁵⁶⁷ C. pén., art. 131-13, 5°.

¹⁵⁶⁸ C. consom., art. R. 242-15 [anc. art. R. 121-21].

¹⁵⁶⁹ C. consom., art. L. 523-1 [anc. art. 141-2, al. 1].

3. Les réglementations particulières en droit français

509. Le pouvoir exécutif français est notamment compétent pour garantir une information complète et standardisée au consommateur. Il a ainsi réglementé, d'une part, la présentation des écrits afin de lutter contre les clauses abusives (a), et d'autre part, l'étiquetage des produits et services pour assurer leur conformité (b) et leur sécurité (c).

a. La réglementation des clauses abusives et la présentation des écrits

510. Un des moyens de lutte contre l'existence des clauses abusives est de réglementer et uniformiser les contrats proposés aux consommateurs. Ainsi, l'ancien article L. 133-1 du Code de la consommation français prévoyait que les décrets prévus à l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation français, relatif aux clauses abusives, peuvent réglementer la présentation des écrits. *A priori*, un seul décret a été adopté sur le fondement de cet article. Il s'agit du décret n° 87-1045 du 22 décembre 1987 relatif à la garantie et au service après vente des appareils électroménagers qui avait été codifié aux anciens articles R. 211-1 et R. 211-2 du Code de la consommation français. Ces dispositions imposait un modèle type de contrats de garantie. Le manquement à ce formalisme était sanctionné par une peine d'amende prévue pour les contraventions de troisième classe¹⁵⁷⁰ ou une transaction¹⁵⁷¹.

511. Les anciens articles R. 211-1 à et R. 211-3 ont été abrogés par le décret n° 2014-1109 du 30 sept. 2014¹⁵⁷², puis l'ordonnance du 14 mars 2016 a abrogé l'article L. 133-1 et a créé l'article L. 211-1. Le troisième et dernier alinéa de cet article précise qu'un décret en Conseil d'État précise « *en vue d'assurer l'information du consommateur, les modalités de présentation des contrats* » proposés par les professionnels aux consommateurs. Il conviendra d'attendre l'adoption de ces décrets afin de constater s'ils sont toujours sanctionnés par une peine d'amende prévue pour les contraventions.

¹⁵⁷⁰ C. consom. fr., anc. art. R. 211-3

¹⁵⁷¹ C. consom. fr., art. L. 523-1 [anc. art. L. 141-2, al. 1].

¹⁵⁷² Art. 38.

b. La conformité des produits et des services et la réglementation de l'étiquetage

512. Le rôle de l'étiquetage s'est accru au XX^e siècle avec le développement de la distribution des produits standardisés en grande surface et est devenu « *un des modes principaux d'information du consommateur* »¹⁵⁷³.

513. La notion d'étiquetage est large et a été définie par la directive n° 79/112/CEE du 18 décembre 1978 comme « *les mentions, indications, marques de fabrique ou de commerce, images ou signes se rapportant à une denrée alimentaire et figurant sur tout emballage, document, écriteau, étiquette, bague ou collerette, accompagnant ou se référant à cette denrée alimentaire* »¹⁵⁷⁴. Bien que relative aux denrées alimentaires dans ce contexte, la définition donnée de l'étiquetage peut s'étendre aux autres produits.

L'étiquetage des produits alimentaires et des produits non alimentaires est largement régulé par l'Union européenne, les premiers faisant l'objet « *d'une réglementation beaucoup plus poussée et complète* »¹⁵⁷⁵ que les seconds. Est ainsi régulé l'étiquetage relatif aux denrées alimentaires en général¹⁵⁷⁶, à une denrée alimentaire particulière ou à un composant, tels les aliments surgelés¹⁵⁷⁷, produits biologiques¹⁵⁷⁸, organismes génétiquement modifiés¹⁵⁷⁹, préparations pour nourrissons¹⁵⁸⁰, viande bovine¹⁵⁸¹, les produits dérivés du lait tel le lait de

¹⁵⁷³ CLARET Hélène, « Fasc. 980 : Étiquetage », J.Cl. Conc.-consom, 26 oct. 2014, n° 1.

¹⁵⁷⁴ Directive n° 79/112/CEE du 18 décembre 1978 relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que la publicité faite à leur égard, art. 1^{er}, paragr. 3, point a) (JO n° L 033 du 8 févr. 1979, pp. 0001-0014).

¹⁵⁷⁵ CLARET Hélène, « Fasc. 980 : Étiquetage », *op. cit.*, n° 7.

¹⁵⁷⁶ Règlement (UE) n° 1169/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires, modifiant les règlements (CE) n° 1924/2006 et (CE) n° 1925/2006 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 87/250/CEE de la Commission, la directive 90/496/CEE du Conseil, la directive 1999/10/CE de la Commission, la directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil, les directives 2002/67/CE et 2008/5/CE de la Commission et le règlement (CE) n° 608/2004 de la Commission, dit règlement « INCO » (JOUE L 304 du 22 nov. 2011, pp. 18–63).

¹⁵⁷⁷ Directive 89/108/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative au rapprochement des législations des États membres concernant les aliments surgelés destinés à l'alimentation humaine (JOCE L 40 du 11 févr. 1989, pp. 34-37).

¹⁵⁷⁸ Règlement (CE) n° 834/2007 du Conseil du 28 juin 2007 relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques et abrogeant le règlement (CEE) n° 2092/91 (JOUE L 189 du 20 juill. 2007, pp. 1-23).

¹⁵⁷⁹ Règlement (CE) n° 65/2004 de la Commission du 14 janvier 2004 instaurant un système pour l'élaboration et l'attribution d'identificateurs uniques pour les organismes génétiquement modifiés (JOUE L 10 du 16 janv. 2004, pp. 5–10).

¹⁵⁸⁰ Directive 2006/141/CE de la Commission du 22 décembre 2006 concernant les préparations pour nourrissons et les préparations de suite et modifiant la directive 1999/21/CE (JOUE L 401 du 30 déc. 2006, pp. 1–33).

¹⁵⁸¹ Règlement (CE) n° 1760/2000 du Parlement européen et du Conseil du 17 juillet 2000 établissant un système d'identification et d'enregistrement des bovins et concernant l'étiquetage de la viande bovine et des produits à base de viande bovine, et abrogeant le règlement (CE) n° 820/97 du Conseil (JOCE L 204 du 11 août 2000, pp.

conserve¹⁵⁸², les vins¹⁵⁸³ et jus de fruits¹⁵⁸⁴, les sucres¹⁵⁸⁵, le miel¹⁵⁸⁶, les cacao¹⁵⁸⁷, les extraits de café ou de chicorée¹⁵⁸⁸, les aliments diététiques destinés à des fins médicales spéciales¹⁵⁸⁹, les denrées alimentaires sans gluten¹⁵⁹⁰ ou encore les vitamines et sels minéraux¹⁵⁹¹. Les produits non alimentaires sont également concernés comme les textiles¹⁵⁹², les chaussures¹⁵⁹³, l'efficacité énergétique des équipements de bureau¹⁵⁹⁴, les détergents¹⁵⁹⁵, les produits cosmétiques¹⁵⁹⁶, les voitures neuves¹⁵⁹⁷, les substances chimiques¹⁵⁹⁸ et les substances dangereuses¹⁵⁹⁹.

1–10).

¹⁵⁸² Directive 2001/114/CE du Conseil du 20 décembre 2001 relative à certains laits de conserve partiellement ou totalement déshydratés destinés à l'alimentation humaine (JOCE L 15 du 17 janv. 2002, pp. 19–23).

¹⁵⁸³ Règlement (CE) n° 607/2009 de la Commission du 14 juillet 2009 fixant certaines modalités d'application du règlement (CE) n° 479/2008 du Conseil en ce qui concerne les appellations d'origine protégées et les indications géographiques protégées, les mentions traditionnelles, l'étiquetage et la présentation de certains produits du secteur vitivinicole (JOUE L 193 du 24 juill. 2009, pp. 60–139).

¹⁵⁸⁴ Directive 2001/112/CE du Conseil du 20 décembre 2001 relative aux jus de fruits et à certains produits similaires destinés à l'alimentation humaine (JOCE L 10 du 12 janv. 2002, pp. 58–66).

¹⁵⁸⁵ Directive 2001/111/CE du Conseil du 20 décembre 2001 relative à certains sucres destinés à l'alimentation humaine (JOCE L 10 du 12 janv. 2002, pp. 53–57).

¹⁵⁸⁶ Directive 2001/110/CE du Conseil du 20 décembre 2001 relative au miel (JOCE L 10 du 12 janv. 2002, pp. 47–52).

¹⁵⁸⁷ Directive 2000/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2000 relative aux produits de cacao et de chocolat destinés à l'alimentation humaine (JOCE L 197 du 3 août 2000, pp. 19–25).

¹⁵⁸⁸ Directive 1999/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 février 1999 relative aux extraits de café et aux extraits de chicorée (JOCE L 66 du 13 mars 1999, pp. 26–29).

¹⁵⁸⁹ Directive 1999/21/CE de la Commission, du 25 mars 1999, relative aux aliments diététiques destinés à des fins médicales spéciales (JOCE L 91 du 7 avr. 1999, pp. 29–36).

¹⁵⁹⁰ Règlement (CE) n° 41/2009 de la Commission du 20 janvier 2009 relatif à la composition et à l'étiquetage des denrées alimentaires convenant aux personnes souffrant d'une intolérance au gluten (JOUE L 16 du 21 janv. 2009, pp. 3–5).

¹⁵⁹¹ Règlement (CE) n° 1925/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 concernant l'adjonction de vitamines, de minéraux et de certaines autres substances aux denrées alimentaires (JOUE L 404 du 30 déc. 2006, pp. 26–38).

¹⁵⁹² Règlement (UE) n° 1007/2011 du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 relatif aux dénominations des fibres textiles et à l'étiquetage et au marquage correspondants des produits textiles au regard de leur composition en fibres, et abrogeant la directive 73/44/CEE du Conseil et les directives 96/73/CE et 2008/121/CE du Parlement européen et du Conseil (JOUE L 272 du 18 oct. 2011, pp. 1–64).

¹⁵⁹³ Directive 94/11/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 mars 1994, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'étiquetage des matériaux utilisés dans les principaux éléments des articles chaussants proposés à la vente au consommateur (JOCE L 100 du 19 avr. 1994, pp. 37–41).

¹⁵⁹⁴ Décision du Conseil 2006/1005/CE du 18 décembre 2006 relative à la conclusion de l'accord entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et la Communauté européenne concernant la coordination des programmes d'étiquetage relatifs à l'efficacité énergétique des équipements de bureau (JOUE L 381 du 28 déc. 2006, pp. 24–25).

¹⁵⁹⁵ Règlement (CE) n° 648/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relatif aux détergents (JOCE L 104 du 8 avr. 2004, pp. 1–35).

¹⁵⁹⁶ Règlement (CE) n° 1223/2009 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 relatif aux produits (JOUE L 342 du 22 déc. 2009, pp. 59–209).

¹⁵⁹⁷ Directive 1999/94/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, concernant la disponibilité d'informations sur la consommation de carburant et les émissions de CO₂ à l'intention des consommateurs lors de la commercialisation des voitures particulières neuves (JOCE L 12 du 18 janv. 2000, pp. 16–23).

514. En droit français, il n'y a pas de texte général imposant une obligation d'étiquetage, mais une multitude de textes, notamment d'origine européenne, qui réglemente les produits et service par catégories¹⁶⁰⁰. Ainsi un auteur affirme que la « *vitalité de la catégorie des contraventions de fraude* » n'a plus à être prouvée¹⁶⁰¹.

Les textes relatifs à l'étiquetage en droit français, majoritairement d'origine européenne¹⁶⁰², constituent principalement des textes d'application de l'article L. 412-1, 3°, issu de la loi du 1^{er} août 1905 relative aux fraudes et falsifications [anc. L. 214-1 et s., anc. art. 11 de la loi du 1^{er} août 1905]. Cet article permet au pouvoir réglementaire de fixer les modes de présentation ou les inscriptions sur les marchandises, les emballages, les factures et les documents commerciaux.

Actuellement, cent vingt cinq décrets principaux sont cités dans le Code de la consommation français. Par exemple, l'article 2 du décret n° 86-583 du 14 mars 1986 en ce qui concerne l'ameublement oblige le professionnel à imposer certaines mentions sur l'étiquette telles que le prix et les objets compris dans ce prix¹⁶⁰³, « *la ou les principales matières, essences ou matériaux les composant* »¹⁶⁰⁴ et « *leurs dimensions d'encombrement* »¹⁶⁰⁵. Peuvent également être cités les produits ou services en ce qui concerne les véhicules automobiles¹⁶⁰⁶. L'alinéa 1 de l'article 2 prévoit que lors d'une vente d'un véhicule neuf ou d'occasion « *la dénomination de vente doit comporter l'indication de la marque, du type, du modèle, de la version et, le cas échéant, de la variante de ce modèle* ». D'après l'alinéa 1 de l'article 5, la dénomination de vente doit également figurer « *[s]ur les bons de livraison et de commande,*

¹⁵⁹⁸ Règlement (CE) n° 1272/2008 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relatif à la classification, à l'étiquetage et à l'emballage des substances et des mélanges, modifiant et abrogeant les directives 67/548/CEE et 1999/45/CE et modifiant le règlement (CE) n° 1907/2006 (JOUE L 353 du 31 déc. 2008, p. 1–1355).

¹⁵⁹⁹ Règlement (CE) n° 1272/2008 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relatif à la classification, à l'étiquetage et à l'emballage des substances et des mélanges, modifiant et abrogeant les directives 67/548/CEE et 1999/45/CE et modifiant le règlement (CE) n° 1907/2006 (JOUE L 353 du 31 déc. 2008, pp. 1–1355).

¹⁶⁰⁰ Les premières lois relatives à l'étiquetage en droit français sont celles du 27 mars 1851, 5 mai 1855 et 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes, intégrée au Code de la consommation (CLARET Hélène, « Fasc. 980 : Étiquetage », J.Cl. Conc.-consom, 26 oct. 2014, n° 4).

¹⁶⁰¹ JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal des affaires*, 5^e éd., Précis Dalloz, 2003, p. 556.

¹⁶⁰² L'article L. 412-2 du Code de la consommation [anc. art. L. 214-3] assure la sanction des dispositions d'origine communautaire. En effet, si les dispositions d'un règlement de l'Union européenne entrent dans le champ d'application de la loi de 1905, l'article précité dispose qu'un décret en Conseil d'État constate que ces dispositions sont considérées comme des mesures d'exécution visées notamment par l'article L. 412-1 du même code [anc. art. L. 214-1]. Ainsi les règlements de l'UE constituant des mesures d'exécution de l'art. L. 412-1 sont précisées aux art. R. 412-17 et s. [anc. art. R. 214-1 et s.]. Il s'agit du système dit de « *l'intégration par référence* » (JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal des affaires*, 5^e éd., Précis Dalloz, 2003, p. 556).

¹⁶⁰³ Point 1°.

¹⁶⁰⁴ Point 2°.

¹⁶⁰⁵ Point 3°.

¹⁶⁰⁶ Décret n° 78-993 du 4 octobre 1998.

factures, attestations de vente et sur tous autres documents commerciaux utilisés dans les transactions de véhicules neufs » et « *doivent être inscrites en caractères apparents et de mêmes dimensions* ». Peuvent enfin être mentionnés les décrets relatifs au miel¹⁶⁰⁷, aux vinaigres¹⁶⁰⁸ et aux matières fertilisantes et supports de culture¹⁶⁰⁹.

515. Les obligations d'étiquetage en droit français sont donc nombreuses et diverses mais reçoivent une sanction identique. Les infractions aux décrets pris en Conseil d'État en application de l'ancien L. 214-1 et s. (auxquels étaient inclus les règlements européens qui entraient dans le champ d'application – L. 412-2 [anc. L. 214-3]) étaient sanctionnées par des peines d'amende prévues pour les contraventions de troisième classe¹⁶¹⁰ lorsqu'elles ne se confondaient « *avec aucun délit de fraude et de falsification* »¹⁶¹¹, autrement dit lorsque l'intention de tromper n'est pas établie. La contravention de fraude est une faute matérielle tandis que le délit de fraude nécessite la preuve d'un dol général. Cependant, M. Wilfrid Jeandidier explique que cette distinction n'est pas si aisée en pratique car l'élément moral du délit de fraude est « *protéiforme* » et tend parfois se rapprocher d'une infraction matérielle¹⁶¹². L'auteur en conclut que ce « *magma mi-correctionnel, mi-contraventionnel* » procure un pouvoir arbitraire aux autorités de poursuite et qu'il serait « *plus simple de se satisfaire d'une qualification correctionnelle unique et tentaculaire* »¹⁶¹³.

L'article R. 451-1, alinéa 1, ne précise plus les détails de cette incrimination et indique simplement que les infractions aux dispositions des décrets pris en application de l'article L. 412-1 sont punies d'une peine d'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe. La répression des manquements aux obligations d'étiquetage a donc gagnée en sévérité avec l'ordonnance du 14 mars 2016.

D'autres peines contraventionnelles sont édictées en dehors du Code de la consommation français en matière d'étiquetage. Ainsi, encourt une amende prévue pour les contraventions de cinquième classe le distributeur qui met sur le marché un produit cosmétique non conforme

¹⁶⁰⁷ Décret n° 2003-587 du 30 juin 2003, art. 3.

¹⁶⁰⁸ Décret n°88-1207 du 30 décembre 1988, art. 6.

¹⁶⁰⁹ Décret n° 80-478 du 16 juin 1980, art. 3.

¹⁶¹⁰ C. consom. fr., anc. art. L. 214-2, al. 1.

¹⁶¹¹ C. consom. fr., art. R. 451-1 [anc. art. L. 214-2, al. 1].

¹⁶¹² JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal des affaires*, 5^e éd., Précis Dalloz, 2003, p. 555.

¹⁶¹³ JEANDIDIER Wilfrid, *op. cit.*, pp. 555-556.

aux règles européennes fixées en matière d'étiquetage¹⁶¹⁴, ou qui ne met pas à disposition du public les informations relatives notamment à « *la formule quantitative et qualitative du produit cosmétique* » et à l'existence de potentiels effets indésirables¹⁶¹⁵.

Sont prononcées autant d'amendes que de contraventions distinctes, autrement dit autant qu'il y a d'étiquettes non-conformes, défectueuses¹⁶¹⁶. L'administration peut également proposer au contrevenant une transaction¹⁶¹⁷. Les personnes responsables sont généralement les producteurs¹⁶¹⁸, les fabricants, ou les importateurs, notamment car ils sont responsables de la mise sur le marché du produit¹⁶¹⁹.

516. Des dispositions similaires existent en droit luxembourgeois. La loi modifiée du 25 septembre 1953 ayant pour objet la réorganisation du contrôle des denrées alimentaires, boissons et produits usuels permet à l'administration publique de réglementer l'étiquetage de nombreux produits alimentaires et non alimentaires en prescrivant l'apposition de signe ou d'indication, et déterminer ceux-ci, afin d'empêcher la confusion, l'erreur sur la nature et la provenance des matières¹⁶²⁰. Ont ainsi vu leur étiquetage être réglementés : les denrées et boissons alimentaires ou médicamenteuses destinées à l'usage des hommes ou des animaux ; les objets de consommation et d'habillement ; les produits cosmétiques et articles de toilette ; les objets et produits usuels employés dans le ménage, tels que jouets, tapis, meubles, tapisseries, ustensiles, couleurs, essences et autres substances liquides ou solides¹⁶²¹. De nombreux règlements d'application ont été pris en vertu de cette loi et ont réglementé

¹⁶¹⁴ CSP fr., art. R. 5431-2. Les règles d'étiquetage en question sont imposées par l'art. 6, paragr. 2, du règlement (CE) n° 1223/2009 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2009 relatif aux produits cosmétiques (JOUE L 342 du 22 déc. 2009, pp. 59–209).

¹⁶¹⁵ CSP. fr., art. R. 5431-1. Cet article renvoie aux informations édictées par l'article 21 du règlement n° 1223/2009 précité.

¹⁶¹⁶ Cass. crim., 10 mars 1959 : Bull. crim. 1959, n° 161 ; Cass. crim., 3 janv. 1979 : Bull. crim. 1979, n° 3, Gaz. Pal. 1979, 2, somm. p. 434, D. 1979, inf. rap. p. 179, obs. G. Roujou de Boubée ; Cass. crim., 3 sept. 1986 : Bull. crim. 1986, n° 253.

¹⁶¹⁷ C. consom. fr., art. L. 216-11, al. 1 : « *Pour les contraventions prévues au présent livre, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation a droit, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, de transiger, après accord du procureur de la République, selon les modalités fixées par décret en Conseil d'État – voir art. R. 216-3* ».

¹⁶¹⁸ L'appréciation l'obligation d'étiquetage du producteur dépendra de leur marge de manœuvre dans ce processus, notamment quant au fait de savoir s'ils avaient la possibilité d'effectuer certaines vérifications avant la mise sur le marché du produit.

¹⁶¹⁹ CLARET Hélène, « Fasc. 980 : Étiquetage », J.CI. Conc.-consom, 26 oct. 2014, n° 170 et s.

¹⁶²⁰ Loi modifiée du 25 sept. 1953 ayant pour objet la réorganisation du contrôle des denrées alimentaires, boissons et produits usuels, (Mém. A. – N° 62 du 10 oct. 1953, p. 1259 – version mise à jour en 2012 : Recueil lois spéciales, vol. 2, art. 2, al. 2, v. « denrée alimentaire »).

¹⁶²¹ *Ibid*, art. 1.

l'étiquetage de produits particuliers¹⁶²² dont : le miel¹⁶²³, les préparations pour nourrissons¹⁶²⁴, les compléments alimentaires¹⁶²⁵, les additifs alimentaires¹⁶²⁶ ou encore les produits cosmétiques¹⁶²⁷.

Tout manquement à ces règlements sera sanctionné par une amende pénale¹⁶²⁸ de 251 à 2 000 euros¹⁶²⁹. Le législateur luxembourgeois a donc choisi de sanctionner ces infractions par une amende de nature délictuelle tandis que le législateur français a opté pour une amende contraventionnelle qui échappe au principe de non-cumul des peines et peut atteindre une somme élevée.

517. En France, le pouvoir réglementaire est également compétent pour fixer des règles d'étiquetage relatif à la sécurité des produits et services, dispositions qu'il sanctionne par une amende contraventionnelle.

¹⁶²² Règlement grand-ducal du 25 août 2015 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires, les allégations nutritionnelles et de santé ainsi que le marquage du numéro de lot (Mém. A – N° 176 du 10 sept. 2015, p. 4302) : abroge le règlement grand-ducal du 25 octobre 1996 relatif à l'indication de l'étiquetage des denrées alimentaires d'autres mentions obligatoires que celles prévues dans le règlement grand-ducal modifié du 16 avril 1992 concernant l'étiquetage et la présentation de denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard (Mém. A – N° 75 du 5 nov. 1996, p. 2198) et le règlement grand-ducal du 14 décembre 2000 concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard (Mém. A – N° 138 du 27 déc. 2000, p. 2990).

¹⁶²³ Règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 relatif au miel (Mém. A – N° 100 du 18 juill. 2003, p. 2237), Règlement grand-ducal du 31 décembre 2014 modifiant le règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 relatif au miel (Mém. A – N° 3 du 8 janv. 2015, p. 13).

¹⁶²⁴ Règlement grand-ducal du 19 mars 2008 concernant les préparations pour nourrissons et les préparations de suite (Mém. A – N° 38 du 3 avr. 2008, p. 602), règlement grand-ducal du 22 mai 2014 modifiant le règlement grand-ducal du 19 mars 2008 concernant les préparations pour nourrissons et les préparations de suite (Mém. A – N° 88 du 27 mai 2014, p. 1402).

¹⁶²⁵ Règlement grand-ducal modifié du 11 déc. 2003 concernant les compléments alimentaires (Mém. A – N° 180 du 19 déc. 2003, p. 3416), règlement grand-ducal du 26 nov. 2013 modifiant le règlement grand-ducal modifié du 11 déc. 2003 concernant les compléments alimentaires (Mém. A – N° 212 du 10 déc. 2013, p. 3842).

¹⁶²⁶ Règlement grand-ducal du 3 août 2005 relatif à l'indication sur l'étiquetage de certaines denrées alimentaires d'autres mentions obligatoires que celles prévues dans le règlement grand-ducal modifié du 16 avril 1992 concernant l'étiquetage et la présentation de denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard (Mém. A – N° 141 du 31 août 2005, p. 2514).

¹⁶²⁷ Règlement grand-ducal du 18 juill. 2013 relatif aux produits cosmétiques (Mém. A – N° 134 du 26 juill. 2013, p. 2750).

¹⁶²⁸ La nature pénale de l'amende est déduite du texte qui dispose que l'amende est « *prononcée par le juge de police* », autrement dit le juge judiciaire.

¹⁶²⁹ Loi modifiée du 25 sept. 1953, *op. cit.*, art. 2, al. 3. La confiscation des biens objets ou instruments de l'infraction peuvent être prononcée si leur propriété appartient au condamné (art. 2, der. al.).

c. La sécurité des produits et des services et la réglementation de l'étiquetage

518. L'étiquetage des produits dangereux concerne des informations relatives aux normes en vigueur ainsi qu'aux précautions d'utilisation. En effet, un produit non-conforme à la réglementation en vigueur peut présenter un danger pour la sécurité du consommateur. Il convient donc de l'informer de l'existence de certaines normes. De plus, certains produits peuvent s'avérer dangereux par nature et la précision des précautions d'utilisation est nécessaire. Ainsi, les décrets pris sur le fondement de l'article L. 422-2, 1° [anc. art. L. 221-3, 1°] du Code de la consommation français après avis de la commission compétente¹⁶³⁰ permettent de réglementer l'étiquetage des produits et services en ce qui concerne leur sécurité.

519. Quarante décrets d'application sont actuellement listés dans le Code de la consommation français. Peut être cité en exemple le décret n° 2010-323 du 23 mars 2010 relatif à la prévention des risques résultant de l'usage des générateurs d'aérosols. L'article 5 impose au professionnel certaines mentions. Doivent notamment être apposés « *de manière visible, lisible et indélébile* » : « *le symbole de conformité : signe « 3 » (epsilon renversé)* »¹⁶³¹, « *des indications codées permettant d'identifier le lot de production* »¹⁶³² et « *le contenu net en poids et en volume* »¹⁶³³. Si le professionnel ne respecte pas ces prescriptions, il encourt une peine d'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe¹⁶³⁴.

520. L'article précité sert de fondement à la création de nombreuses obligations d'information relatives à des catégories de produits très divers : les produits contenant de l'amiante¹⁶³⁵, les arbres de Noël naturels ou artificiels recouverts par flochage¹⁶³⁶ ou encore la

¹⁶³⁰ Sous l'anc. art. L. 221-3 : la Commission de la sécurité des consommateurs était compétente pour les produits et services en général (l'anc. art. L. 221-3 renvoie à l'anc. art. L. 534-4), l'Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) (anc. art. L. 221-10 C. consom. fr.) et l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) (anc. art. L. 221-10 C. consom. fr.).

Depuis l'ordonnance du 14 mars 2016, les avis préalables sont prévus par le nouvel article R. 422-1. La Commission de la sécurité des consommateurs n'est plus citée. À l'inverse, l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (1°) ainsi que l'Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (2°) restent compétentes.

¹⁶³¹ Art. 5, paragr. I, point b).

¹⁶³² Art. 5, paragr. I, point c).

¹⁶³³ Art. 5 paragr. I, point e).

¹⁶³⁴ Article 6, al. 1.

¹⁶³⁵ Décret n° 88-466 du 28 avril 1988, art. 4. L'article 6 édicte une peine d'amende prévue pour les contraventions de la 3^{ème} classe.

prévention des risques liés à l'usage des sièges pliants de type chilienne, transatlantique et flâneuse¹⁶³⁷. L'administration possède une alternative aux peines d'amendes prévues ponctuellement et peut proposer une transaction¹⁶³⁸.

521. Le cumul des peines pécuniaires sanctionnant le manquement à l'obligation légale d'information concerne les sanctions de nature pénale mais aussi celles de nature administrative.

B. Le cumul des amendes administratives entre elles en droit français

522. La loi Hamon du 17 mars 2014 a introduit de nombreuses amendes administratives afin de sanctionner le manquement à certaines obligations légales d'information, soit car celles-ci ne possédaient pas de sanction expresse, soit pour substituer les amendes administratives aux amendes contraventionnelles édictées. M. Stéphane Detraz précise que ces amendes administratives s'appliquent à des manquements pouvant être qualifiés d'« *indisciplines professionnelles* »¹⁶³⁹ telles la violation de l'obligation précontractuelle d'information¹⁶⁴⁰ ou l'inclusion d'une clause abusive¹⁶⁴¹. Le régime général de ces amendes administratives¹⁶⁴² emprunte les concepts et les règles du droit pénal selon l'auteur. Il assimile ces amendes administratives, selon leur montant (généralement de 3 000 euros maximum pour la personne physique, et 15 000 euros pour la personne morale, en ce qui concerne le manquement d'obligations légales d'information, d'autres s'élevant respectivement à 15 000 et 75 000 euros), à des manquements contraventionnels et correctionnels.

¹⁶³⁶ Décret n° 91-1175 du 13 novembre 1991 relatif à la sécurité des consommateurs en ce qui concerne certains objets, art. 3. Selon l'article 4, 1° le non respect de cette obligation entraîne une peine d'amende prévue pour les contraventions de 5^{ème} classe.

¹⁶³⁷ Décret n° 99-777 du 9 septembre 1999 relative à la prévention des risques liés à l'usage des sièges pliants de type chilienne, transatlantique et flâneuse, art. 5 et 6. L'art. 7 paragr. I édicte une peine d'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe.

¹⁶³⁸ Art. L. 216-11, al. 1 C. consom. fr.

¹⁶³⁹ DETRAZ Stéphane, « Les pouvoirs de l'Administration chargée de la consommation et de la concurrence et les sanctions », LPA 2014, n° 128, p. 22.

¹⁶⁴⁰ C. consom. fr., art. L. 131-1 [anc. L. 111-6].

¹⁶⁴¹ C. consom. fr., art. L. 241-2 [anc. L. 132-2, al. 1].

¹⁶⁴² C. consom. fr., art. L. 512-2, L. 522-1 à L. 522-10, R. 522-2 [anc. L. 141-1-2] – seule la disposition qui envisageait l'éventuel cumul entre une amende pénale et une amende administrative pour les mêmes faits, dont le montant global des amendes prononcées ne pouvait dépasser le maximum légal le plus élevé, n'a pas été reprise.

523. Le législateur a dû déterminer les principes applicables à une situation de cumul. L'article L. 522-7 [anc. art. L. 141-1-2, paragr. VII] du Code de la consommation français dispose que « *lorsque, à l'occasion d'une même procédure ou de procédures séparées, plusieurs sanctions administratives ont été prononcées à l'encontre du même auteur pour des manquements en concours passibles d'amendes dont le montant maximal excède 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale, ces sanctions s'exécutent cumulativement, dans la limite du maximum légal le plus élevé* ». Un doute peut subsister quant à la notion de « concours » en l'espèce. En l'absence de précision textuelle, il nous semble possible et pertinent de l'interpréter dans le sens pénal du concours autrement dit, à l'image des contraventions, il y aura autant d'amendes encourues que de violation à la législation. Le législateur français pose le principe de non-cumul des amendes administratives au delà d'un certain seuil. Or, les nombreuses amendes administratives introduites par la loi du 17 mars 2014 pour sanctionner des obligations légales d'information sont toujours d'un montant maximal de 3 000 euros pour les personnes physiques et 15 000 euros pour les personnes morales.

En conclusion, les amendes administratives sanctionnant des obligations légales d'information en droit des contrats de consommation français peuvent se cumuler entre elles sans limite maximale légale. Il y aura autant d'amendes administratives prononcées que de manquements constatés. Le régime du cumul des amendes administratives est identique à celui du cumul des amendes contraventionnelles et permet de prononcer un montant élevé. Enfin, le Code de la consommation prévoit que la décision prononcée par l'autorité administrative peut être publiée aux frais de la personne sanctionnée¹⁶⁴³.

524. Sur l'ensemble des règles étudiées, un seul exemple d'amende administrative sanctionnant une obligation légale d'information dont le montant est supérieur au seuil a été trouvé. La loi Hamon a créé une obligation d'information supplémentaire afin de respecter la volonté du consommateur d'être démarché ou pas. Ainsi, le Code de la consommation dispose que « *[l]orsqu'un professionnel est amené à recueillir auprès d'un consommateur des données téléphoniques, il l'informe de son droit à s'inscrire sur la liste d'opposition au démarchage téléphonique. Lorsque ce recueil d'information se fait à l'occasion de la conclusion d'un*

¹⁶⁴³ C. consom. f., art. L. 522-6, al. 1.

*contrat, le contrat mentionne, de manière claire et compréhensible, l'existence de ce droit pour le consommateur »*¹⁶⁴⁴.

Le manquement à cette obligation est sanctionné par une amende administrative de maximum 15 000 euros pour les personnes physiques et 75 000 euros pour les personnes morales¹⁶⁴⁵. Le montant maximal de ces amendes est supérieur à celui généralement prescrit par la loi Hamon, respectivement 3 000 euros et 15 000 euros¹⁶⁴⁶ : il est multiplié par trois. Cette hypothèse entre dans le champ d'application du principe de non-cumul, prévu par le code, des sanctions administratives dont le montant maximal dépasse un certain seuil. Or, cette hypothèse est rare en ce qui concerne l'amende administrative sanctionnant une obligation légale d'information puisqu'elles sont majoritairement en dessous de ce seuil et leur est donc appliqué le principe de cumul des peines.

Ainsi, en application des règles de cumul établies par le Code de la consommation, si plusieurs amendes administratives sont prononcées à l'encontre du même auteur pour des manquements en concours, ces sanctions s'exécuteront cumulativement, dans la limite du maximal le plus élevé¹⁶⁴⁷. Concrètement, le montant global des amendes prononcées ne pourra pas excéder respectivement 15 000 euros et 75 000 euros.

525. De nombreuses obligations légales d'information en droit des contrats de consommation sont sanctionnées par une amende administrative. Sont concernées des obligations générales d'information (1), des contrats particuliers (2) ainsi que certaines pratiques commerciales (3).

1. Les obligations générales d'information

526. La loi du 17 mars 2014, dite loi Hamon, a apporté une sanction administrative à l'obligation générale d'information précontractuelle qui n'avait pas de sanction expresse (b). De plus, la loi a substitué l'amende administrative à l'amende contraventionnelle pour sanctionner les manquements à l'obligation générale d'indiquer les prix aux consommateurs (a).

¹⁶⁴⁴ C. consom., art. L. 121-34, al. 3.

¹⁶⁴⁵ C. consom., art. L. 121-34-1.

¹⁶⁴⁶ Ex. : C. consom., art. L. 111-6.

¹⁶⁴⁷ C. consom. fr., art. L. 522-7.

a. L'obligation d'indiquer les prix des biens et des services

527. Nous avons précédemment énoncé qu'avant la du 17 mars 2014, l'article imposant l'obligation générale d'information des prix n'était pas sanctionné directement, seul le manquement aux arrêtés pris en son application étaient sanctionnés par une contravention de cinquième classe. Cette loi a introduit une sanction directe au manquement à l'obligation générale d'indiquer les prix¹⁶⁴⁸. Ainsi, tout manquement à l'article L. 112-1 ou aux arrêtés pris en son application est puni d'une amende administrative¹⁶⁴⁹.

528. D'autres obligations d'information relatives au prix ont été introduites par la loi Hamon. Tout d'abord, l'article L. 112-3 [anc. art. L. 113-3-1, paragr. 1] du Code de la consommation de l'article envisage la situation dans laquelle le prix du bien ou du service ne peut pas être calculé à l'avance. Le professionnel a alors l'obligation de fournir au consommateur le mode de calcul utilisé ainsi que les frais supplémentaires éventuels par exemple de transport ou de livraison. Ensuite, l'article L. 112-4 [anc. art. L. 113-3-1, paragr. 2] considère la situation particulière du contrat à durée indéterminée et du contrat assorti d'un abonnement et précise que « *le prix total inclut le total des frais exposés pour chaque période de facturation. Lorsque de tels contrats sont facturés à un tarif fixe, le prix total inclut également le total des coûts mensuels. Lorsque le coût total ne peut être raisonnablement calculé à l'avance, le mode de calcul du prix est communiqué.* » Le manquement à ces obligations d'informations est également sanctionné par une amende administrative¹⁶⁵⁰.

b. L'obligation générale précontractuelle d'information

529. Les articles L. 111-1 du Code de la consommation prescrivent une obligation générale d'information précontractuelle à la charge des vendeurs et prestataires de service. Ces dispositions ne recevaient aucune sanction expresse avant la loi Hamon. Tout manquement à cet article est désormais sanctionné par une amende administrative¹⁶⁵¹.

Nous avons observé que jusqu'alors le manquement à l'obligation générale d'information précontractuelle ne restait pas impuni et pouvait se faire appliquer les sanctions pénales

¹⁶⁴⁸ C. consom. fr., art. L. 112-1 [anc. L. 113-3, al. 1].

¹⁶⁴⁹ C. consom. fr., art. L. 131-5 [anc. L. 113-3-2].

¹⁶⁵⁰ C. consom. fr. art. L. 131-6 [anc. L. 113-3-2].

¹⁶⁵¹ C. consom. fr., art. L. 131-1 [anc. art. L. 111-6].

prévues pour le délit de pratique commerciale trompeuse et le délit de tromperie lorsque tous les éléments constitutifs étaient réunis. Cependant, certaines preuves sont difficiles à apporter et peuvent empêcher le prononcé des sanctions. À l'inverse, l'amende administrative est plus simple à mettre en œuvre, puisque son prononcé requiert uniquement l'inexécution de l'obligation précontractuelle d'information.

530. L'amende administrative sanctionne le manquement à deux obligations générales d'information ayant vocation à s'appliquer à tous les contrats. Elle punit également les obligations légales d'information prévues pour certains contrats particuliers.

2. Les contrats particuliers

531. Le législateur a choisi de sanctionner le manquement aux obligations légales d'information prévues pour le contrat de vente de voyages et de séjours (a) et celles prescrites pour le contrat de transport aérien (b) par une amende administrative.

a. Le contrat de vente de voyages et de séjours

532. Les articles L. 224-104 et R. 224-12 du Code de la consommation disposent que les règles applicables aux contrats portant sur les voyages à forfait sont celles des articles L. 211-1 et suivants du Code du tourisme. Les articles L. 211-8 et suivants du Code du tourisme forment la section 2 intitulée « Contrats de vente de voyages et de séjours ». Ces articles imposent diverses obligations d'information, comme la fourniture au consommateur des informations précontractuelles, le formalisme du contrat qui doit être écrit et comporter certaines mentions, etc.

533. L'article L. 211-23, paragraphe III, du Code du tourisme dispose que tout manquement à la section 2 est passible d'une amende administrative, prononcée dans les conditions prévues dans le Code de la consommation.

Un autre contrat voit son obligation légale d'information sanctionnée par une amende administrative.

b. Le contrat de transport aérien

534. L'article R. 322-4 du Code de l'aviation civile français¹⁶⁵² relatif au contrat de transport aérien dispose que tout professionnel qui commercialise des titres de transport aérien doit informer le consommateur de l'identité du transporteur contractuel, et le cas échéant du transporteur de fait¹⁶⁵³. Cette information doit être communiquée par écrit ou par voie électronique dès que l'identité du transporteur « *effectif* » est connue et au plus tard lors de la conclusion du contrat¹⁶⁵⁴.

535. Le professionnel personne physique ou morale qui n'exécute pas cette obligation légale d'information encourt une amende administrative¹⁶⁵⁵ prononcée par le ministre chargé de l'aviation civile après consultation de la commission administrative de l'aviation civile. De manière surprenante, le montant de l'amende administrative semble librement déterminée par le ministre. En effet, l'article R. 330-22 précise que le ministre, après avis de la commission, fixe s'il y a lieu le montant de l'amende précitée « *en tenant compte du type et de la gravité des manquements constatés et éventuellement des avantages qui en sont tirés* »¹⁶⁵⁶.

Cependant, le même article fixe un maximum légal à l'amende administrative : « [c]e montant ne peut excéder, par manquement constaté, 1 500 euros pour une personne physique et 7 500 euros pour une personne morale »¹⁶⁵⁷, ce qui équivaut à la peine d'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe.

536. Ensuite, le second alinéa éclaircît les termes du cumul et dispose que « *chaque manquement constaté* » s'entend « *par obligation du transporteur non respectée et par personne physique concernée* ». Concrètement, il y aura autant d'amendes administratives prononcées que de consommateurs n'ayant pas reçu ou de manière conforme l'information prescrite relative à l'identité du transporteur aérien. À titre de comparaison, l'article édicte par exemple pour une autre disposition que le manquement constaté est entendu du vol, ce qui

¹⁶⁵² Ces obligations découlent du règlement (CE) n° 2111/2005 du 14 décembre 2005.

¹⁶⁵³ Al. 1.

¹⁶⁵⁴ Al. 2. Enfin, lorsque le contrat est conclu par téléphone, le consommateur doit recevoir un document écrit ou électronique qui confirme cette information (al. 3).

¹⁶⁵⁵ C. aviation fr., R. 330-20, al. 1, point 5.

¹⁶⁵⁶ Al. 1.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.* « Ces plafonds sont doublés en cas de nouveau manquement commis dans le délai d'un an à compter du jour où la sanction administrative infligée au titre d'un précédent manquement de même nature est devenue définitive » (*ibid.*).

n'aurait pas de sens en l'espèce et ne permettrait pas une sanction assez sévère, qui ne serait ni dissuasive ni répressive.

Enfin, il peut être précisé que le ministre compétent a l'obligation de publier en totalité ou en partie la décision de sanction sur le site du ministère de l'aviation civile, sans divulguer l'identité des personnes physiques¹⁶⁵⁸.

537. L'amende administrative sanctionne des obligations légales d'information générales ou spécifiques à un type de contrat, mais également aux contrats conclus selon une pratique commerciale réglementée.

3. Le contrat conclu par démarchage téléphonique

538. La loi du 17 mars 2014 a introduit des dispositions renforçant l'information du consommateur démarché par téléphone. L'article L. 221-16, alinéa 1 [anc. art. L. 121-20, al. 1] : « [s]ans préjudice de l'article L. 221-12, le professionnel qui contacte un consommateur par téléphone en vue de conclure ou de modifier un contrat portant sur la vente d'un bien ou sur la fourniture d'un service indique au début de la conversation son identité, le cas échéant l'identité de la personne pour le compte de laquelle il effectue cet appel et la nature commerciale de celui-ci »¹⁶⁵⁹. L'alinéa 2 édicte l'obligation pour le professionnel de confirmer l'offre au consommateur, qui doit comprendre les informations précontractuelles et être faite sur un support durable.

L'article L. 242-12 [anc. art. L. 121-22] prévoit que toute infraction à cet article est sanctionnée par une sanction administrative.

539. De nombreuses obligations légales d'information en droit des contrats de la consommation français sont sanctionnées par des peines pécuniaires cumulables entre elles, de nature contraventionnelle ou administrative. Ces hypothèses sont plus exceptionnelles en droit luxembourgeois puisque dans les exemples considérés dans cette étude, seul le manquement à l'obligation d'indication des prix des produits et des services est puni d'une amende contraventionnelle.

¹⁶⁵⁸ C. aviation. fr., art. R. 330-22-1.

¹⁶⁵⁹ Le nouvel article L. 221-12 reprend les dispositions de l'ancien article L. 121-19-1.

§2 – L’inefficacité répressive et dissuasive de la peine inadaptée à la gravité de la faute

540. L’inefficacité répressive et dissuasive de la peine résulte de son inadaptation à la gravité de la faute. L’absence d’un maximum légal au cumul de certaines peines pécuniaires, en l’espèce contraventionnelles en droits français et luxembourgeois, ou administratives en droit français, permet le prononcé d’un montant élevé qui peut être jugé comme trop sévère car disproportionné et donc inefficace (A). Cependant, la pratique révèle que si le cumul est prévu ou permis en théorie, il n’est pas toujours prononcé par l’autorité sanctionnatrice compétente (B).

A. L’absence de limite légale au cumul

541. Le manquement à l’obligation légale d’information en droit des contrats de consommation peut être sanctionné par des sanctions pécuniaires, une peine d’amende contraventionnelle en droits français et luxembourgeois, pour lesquelles l’Administration française et la Police grand-ducale peuvent transiger, ou une amende administrative en droit français.

542. Prises individuellement, ces sanctions possèdent des montants peu élevés : 1 500 euros maximum pour la peine d’amende prévue pour les contraventions de cinquième classe et 1 000 euros maximum pour la contravention luxembourgeoise, et 145 euros ou 250 euros pour les avertissements taxés luxembourgeois, et enfin 3 000 euros et 15 000 maximum pour l’amende administrative française respectivement pour les personnes physiques et morales. Cependant, ces sanctions peuvent se cumuler sans limite légale.

543. En effet, les contraventions, par exception, peuvent se cumuler entre elles et font ainsi exception au principe de non-cumul des peines¹⁶⁶⁰. Ensuite, le législateur français n’a pas prévu de plafond pour les amendes administratives d’un montant inférieur ou égal à 3 000 euros pour les personnes physiques et 15 000 euros pour les personnes morales, ce qui est le cas de la majorité des amendes administratives sanctionnant les obligations légales

¹⁶⁶⁰ LARGUIER Jean et CONTE Philippe, *Droit pénal des affaires*, 10^e éd., Armand Colin, 2001, p. 448.

d'information¹⁶⁶¹. Enfin, nous pouvons rappeler que la transaction administrative française et les avertissements taxés luxembourgeois, alternative aux contraventions, font exception comme ces dernières, à la règle du non-cumul des peines. Il y aura autant de transactions et d'avertissement que d'infractions constatées, sans limite légale. La sanction pécuniaire prononcée peut donc atteindre un montant très élevé. À propos de la peine d'amende prévue pour les contraventions, un auteur affirme que « [c]ette modeste amende de police est une arme redoutable de répression en raison de la règle du cumul des peines en matière contraventionnelle »¹⁶⁶².

C'est notamment le cas, pour l'information des consommateurs, des dispositions relatives à l'affichage ou à l'étiquetage dont les modalités sont fixées par arrêtés ou décrets en droit français, qui peut arriver au prononcé d'un montant élevé¹⁶⁶³. En effet, les juges français ne retiennent pas la notion de lot de fabrication qui permettrait de retenir une peine unique¹⁶⁶⁴. Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles constate que « [l]a solution ainsi adoptée par la Cour de cassation peut conduire à des sommes extravagantes pouvant atteindre des millions de francs pour une simple omission sur une étiquette, ou sur un contrat-type, alors que l'infraction n'est qu'au rang des contraventions, infractions considérées comme les moins graves »¹⁶⁶⁵. Cependant, la règle de non-cumul appliquée aux contraventions en ferait une sanction dérisoire.

544. Pour être efficace dans sa fonction répressive, la sanction doit être adaptée au comportement prohibé et proportionnelle à la gravité de la faute du professionnel. La première condition semble remplie puisque la sanction pécuniaire est adaptée à l'intérêt du professionnel, la réalisation de profits, car elle porte atteinte à son patrimoine.

¹⁶⁶¹ C. consom. fr., art. L. 522-7 [anc. art. L. 141-1-2, paragr. VII]

¹⁶⁶² JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal des affaires*, 5^e éd., Précis Dalloz, 2003, p. 555. Cite : Crim. 3 janv. 1979, D. 1979, somm.179, obs. Roujou de Boubée.

¹⁶⁶³ T. pol. Beaune, 7 août 1981 : Rev. sc. crim. 1982, p. 137, n° 6, obs. BOUZAT Pierre (fraude sur les produits alimentaires). L'auteur explique le contexte d'une fraude sur les vins à l'exportation, de la France vers la Hollande. 18 000 bouteilles, vendues 4,60 F chacune, ont été contrôlées et 14 400 se sont révélées contraires aux législations française et européenne car elles étaient dépourvues de l'étiquette et de la « capsule congé » « nécessaires pour garantir à la fois l'origine et le paiement des droits sur les vins » (*ibid*). Le juge de police prononça 14 400 amendes de 80 F chacune. L'auteur avoue que « le montant global des amendes est impressionnant » mais approuve la sévérité du juge puisqu'une telle pratique ne pouvait « que nuire à la réputation des grands vins de France ».

¹⁶⁶⁴ Ex. : Cass crim 3 sept. 1986, n° 85-93224 : le prévenu a été condamné à trente-six amendes de cinq cents francs chacune. Le juge estime que l'étiquetage des trente-six caisses « ne résulte pas d'une action coupable unique » mais que les manipulations de l'étiquetage effectuées sur chacune des trente-six caisses de viande « constituent autant de fautes distinctes punissables séparément ».

¹⁶⁶⁵ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 266, p. 223.

La seconde condition semble au contraire faire défaut. De prime abord, la peine semble adaptée à la faute du professionnel. En effet, le principe de cumul des peines en droit pénal français et luxembourgeois, et l'absence de plafond pour le cumul des amendes administratives en droit français, a pour conséquence le prononcé d'autant de contraventions ou d'amendes administratives que d'infractions constatées, par exemple que de contrats ou d'étiquettes non conformes. L'amende prononcée résultant du cumul semble donc proportionnelle à la gravité de la faute en ce qu'elle est fonction du nombre d'infractions ou de manquements et prend en compte la répétition de la violation, inhérente à la consommation de masse et aux produits et contrats standardisés. Cependant, l'absence d'un plafond maximal du montant global des amendes encourues ou prononcées peut aboutir à une peine élevée et trop sévère. La sanction pécuniaire trop sévère résultant d'un cumul disproportionné est inefficace dans sa fonction répressive car elle n'est pas proportionnelle à la gravité de la faute. La possibilité d'une sanction trop sévère amène les juges à ne pas la prononcer afin de ne pas mettre le professionnel en difficulté financière¹⁶⁶⁶. Le jugement du tribunal de police du Havre en date en 29 juin 1983 peut en être une illustration¹⁶⁶⁷. M. Philippe Delmas-Saint Hilaire cite ce jugement pour lequel le juge était amené à prononcer 2 400 000 amendes pour 2 400 000 catalogues non-conformes pour le mot « étain » qui y était mentionné irrégulièrement¹⁶⁶⁸. Le juge avait préféré relaxer le prévenu. L'ineffectivité de la sanction entache sa fonction dissuasive. En effet, le professionnel ne craindra pas une sanction dont il sait qu'elle n'est pas prononcée.

545. Le cumul des peines pécuniaires doit être admis en fonction de la répétition de l'infraction ou du manquement, mais dans une certaine mesure. Pour que la peine qui en résulte soit proportionnelle à la gravité de la faute, elle devrait sans doute pouvoir être modulée en fonction de l'existence ou non de l'intention frauduleuse du professionnel. Cela semble cependant difficile à mettre en œuvre en pratique, notamment car les professionnels sont souvent présumés de mauvaise foi dans leur relation avec les consommateurs, la simple négligence ou imprudence suffisant à entraîner leur responsabilité pénale. De plus, la particularité des contraventions et les amendes administratives réside dans le fait que leur prononcé nécessite uniquement la preuve de la violation matérielle. Mme Carole Aubert-de Vincelles propose alors qu'un plafond légal soit établi ou que le juge fasse un usage plus

¹⁶⁶⁶ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *op. cit.*, n° 266, p. 224.

¹⁶⁶⁷ T. pol. du Havre, 29 juin 1983, G.P. 1983.2, som. 423.

¹⁶⁶⁸ DELMAS-SAINT HILAIRE Philippe, RSC 1989, p. 500.

fréquent du sursis partiel qui lui permet de tempérer la peine prononcée¹⁶⁶⁹. Le plafond pourrait consister en un certain pourcentage du chiffre d'affaire réalisé, afin de permettre le prononcé d'une amende pénalisante sans risque de nuire à la situation financière du professionnel.

546. L'absence de plafond légal au cumul des sanctions pécuniaires peut aboutir à une sanction répressive et dissuasive inefficace. Cependant, la pratique limite parfois le cumul des sanctions ou ses conséquences.

B. La limite au cumul dans la pratique

547. Le cumul des sanctions pécuniaires peut être limité en pratique, soit en amont du prononcé de la sanction pour des raisons inhérentes aux moyens matériels de contrôle des autorités compétentes (1), soit en aval du prononcé de la sanction lorsque le cumul est contrôlé par le juge (2).

1. Les moyens matériels de contrôle et de poursuite des violations

548. Le cumul des sanctions pécuniaires peut être limité en pratique pour des raisons matérielles. En effet, le prononcé du cumul implique que les agents compétents pour contrôler la conformité à la loi des contrats ou produits soient en nombre suffisants et disposent du temps nécessaire pour traiter ces violations.

L'impossibilité des poursuites pour manquement aux règles de formaliste du contrat de crédit en droit français peut constituer une illustration. Ainsi, « [l]es agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) [...] avaient constaté par procès-verbal que la société X proposait à ses clients ces offres préalables de crédit « fusion » : près de 2.000 offres avaient été signées. Toutefois, par manque de temps et de moyens, les agents de la DGCCRF avaient choisi de limiter leurs investigations à une trentaine d'offres proposées entre le 27 février et le 10 mars 2006 »¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁹ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *ibid.*

¹⁶⁷⁰ POISSONNIER Ghislain, Gaz. Pal. 30 sept. 2008, n° 274, p. 11 : T. pol. Lille, 21 mars 2008, N° 06/10962.

En pratique, le cumul est limité car toutes les infractions ne sont pas constatées. L'amende qui en résulte ne reflète donc pas la réalité de la violation commise par le professionnel.

549. Il est nécessaire que l'effectif des agents compétents pour détecter les infractions soit suffisant. Or, M. Alain Bazot, actuel président et directeur des publications de l'UFC-Que Choisir, formulait ainsi ses inquiétudes en 2014¹⁶⁷¹ : « [m]ais d'une certaine façon, peu importe les évolutions toutes positives des moyens d'enquête dont [les agents de la DGCCRF] disposent si on réduit le nombre d'agents à peau de chagrin. En effet, si l'année 2013 a vu une stabilisation des effectifs, il faut néanmoins se rappeler que ceux-ci ont baissé de 16 % dans le cadre de la mise en œuvre de la révision générale des politiques publiques qui a débouché sur une profonde restructuration de la DGCCRF. C'est ainsi près de 600 postes qui ont été supprimés pour atteindre un effectif total de 3 000 agents, certains départements ne comptant que cinq agents. Cela s'est traduit par une importante baisse de l'activité de 20 % entre 2012 et 2013. Le ministre de la Consommation s'est engagé en juillet 2013 à un renforcement des effectifs en 2014, nous serons attentifs à ce que ce soit bien le cas ».

De la même manière, on peut se demander si la Police grand-ducale dispose de l'effectif nécessaire de personnes compétentes pour opérer les contrôles relatifs à l'obligation d'indiquer les prix. Théoriquement, tout fonctionnaire de la police habilité par le Directeur général de la police à décerner des avertissements taxés peut émettre de tels avertissements en matière d'indication des prix. Cependant, en pratique un seul fonctionnaire de la Police grand-ducal est détaché au Ministère de l'Économie pour effectuer ces contrôles.

Du 1^{er} janvier au 31 août 2016, onze avertissements taxés pour manquement à l'obligation d'indication des prix ont été délivrés par la Police grand-ducale¹⁶⁷², dont huit avertissements pour une catégorie de violation à 250 euros et trois avertissements pour une catégorie de violation fixée à 145 euros. Il n'était pas précisé le montant total de l'avertissement émis et s'ils ont été délivrés à un ou plusieurs professionnels. La question reste de savoir si le nombre des avertissements taxés serait identique si les personnes compétentes pour les décerner avaient été plus nombreuses.

550. Quelques chiffres peuvent illustrer le prononcé des contraventions de cinquième classe sanctionnant des obligations d'information aux consommateurs par la justice française.

¹⁶⁷¹ BAZOT Alain, « Table ronde n° 3 : De nouveaux outils de défense du consommateur », LPA 2014, n° 128, p. 24.

¹⁶⁷² Informations déclarées par le SNAT.

M. Wilfrid Jeandidier a reproduit dans son ouvrage un tableau statistique des condamnations relatives à certaines infractions d'affaires provenant de l'Annuaire statistique de la Justice pour les chiffres relatifs aux années 1995 à 1999. Celui-ci nous apprend que sur vingt et une infractions considérées, les contraventions de cinquième classe prononcées pour une infraction relative à l'information des consommateurs occupent le neuvième rang de ce classement. Le nombre des condamnations a augmenté pendant les années considérées, 214 condamnations ayant été prononcées en 1995 contre 1048 en 1999, pour un total de 4 864 sur les cinq années et une moyenne annuelle de 973¹⁶⁷³.

Le tableau des statistiques de justice pénale relatives aux condamnations en matière de sociétés et de commerce, issu de l'Annuaire statistique de la Justice montre que le prononcé des contraventions de cinquième classe qui sanctionnent le « *non-respect des règles relatives à l'information du consommateur* » est passé de 991 en 2000 et 822 en 2004, avec un total de 3 382 sur les cinq années et une moyenne annuelle de 676¹⁶⁷⁴.

Le tableau des statistiques de justice pénale relatives aux condamnations en matière de sociétés et de commerce montre à l'inverse une diminution du prononcé des contraventions de cinquième classe qui sanctionnent le « *non-respect des règles relatives à l'information du consommateur* », passant de 857 en 2004 à 513 en 2008, pour un total de 3 654 sur les cinq années et une moyenne annuelle de 731¹⁶⁷⁵.

Les chiffres disponibles pour les cinq années suivantes sont regroupés sous une catégorie différente ce qui empêche toute comparaison. Ainsi, le tableau de la Justice pénale précise que les condamnations pour contravention de cinquième classe prononcées pour « *atteinte à l'ordre économique* » étaient de 1 523 en 2009 et 877 en 2013, pour un total de 5 681 sur les cinq années et une moyenne annuelle de 1 136¹⁶⁷⁶.

551. Le cumul des sanctions pécuniaires est parfois empêché en pratique lorsque toutes les violations ne sont pas constatées ou poursuivies en raison du manque de temps ou du manque d'effectifs d'agents compétents. Le cumul peut également être limité, après le prononcé de l'amende, lorsque le juge révisé le montant de l'amende.

¹⁶⁷³ JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal des affaires*, 5^e éd., Précis Dalloz, 2003, v. annexe 4, p. 613.

¹⁶⁷⁴ Ministère de la Justice, *Annuaire statistique de la Justice*, éd. 2006, La Documentation française, 2006, p. 189.

¹⁶⁷⁵ Ministère de la Justice, *Annuaire statistique de la Justice*, éd. 2009-2010, La Documentation française, 2010, p. 191.

¹⁶⁷⁶ Ministère de la Justice, *Annuaire statistique de la Justice*, tableau actualisé intitulé « Condamnations selon le type d'infraction 2008-2013 », 2015, p. 4.

2. La modulation de la peine par juge

552. Le juge du fond peut être amené à contrôler le montant de l'amende prononcée dans le jugement qui lui est déféré. Un arrêt de la cour d'appel de Paris illustre cette situation¹⁶⁷⁷. Une SAS fournisseur de services de télécommunication ainsi que son Président avaient été reconnus coupables en première instance et en appel de publicité mensongère ou de nature à induire en erreur par personne morale¹⁶⁷⁸, d'offre à distance de vente de bien sans information conforme¹⁶⁷⁹ et d'exécution de vente de bien conclue à distance sans envoi conforme des informations la concernant¹⁶⁸⁰. La cour d'appel ne modifie pas les peines pour publicité trompeuse¹⁶⁸¹, mais elle diminue considérablement le montant de l'amende pour l'offre à distance sans information conforme¹⁶⁸² et de l'amende pour l'exécution de vente de bien à distance sans envoi conforme des informations. En effet, la Cour explique que les prévenus ont été cités pour ces deux derniers chefs « *sans précision dans la citation du nombre de contraventions poursuivies* ». Cependant, la Cour diminue le montant des amendes, mais sans expliquer sur quelle base de calculs. Elle justifie notamment sa décision en déclarant que le président de la société « *ne pouvait ignorer les obligations d'information du consommateur sur les tarifs de prestations proposées, ni le caractère mensonger de ses publicités* »¹⁶⁸³.

553. Le cumul entre les amendes contraventionnelles ou administratives se rencontre fréquemment en droit français pour sanctionner le manquement à une obligation légale d'information et dans une moindre mesure en droit luxembourgeois. Or, ce cumul ne reçoit pas de limite légale et peut aboutir au prononcé de sanctions sévères inadaptées à la gravité de la faute. En effet, afin d'être efficace, la sanction répressive doit être ni trop ni trop peu

¹⁶⁷⁷ CA Paris, 23 mars 2009, JurisData n° 2009-2757.

¹⁶⁷⁸ Lors du démarchage par téléphone, n'étaient pas mentionnés les coûts de connexion, le surcoût de paiement par chèque et le minimum de facturation, et lors de l'envoi à domicile de documents papier, la mention de tarifs de en petits caractères ou sur une autre page fait qu'elle passe « *totalemment inaperçu[e]* » (jugement, p. 10).

¹⁶⁷⁹ « *Une offre de contrat ne comportant pas les informations obligatoires suivantes sur le courrier initial et lors du démarchage téléphonique [...] : mention du siège social, de la durée de validité de l'offre et mention de manière claire et compréhensive du droit de rétractation et des modalités d'exercice de ce droit* » (jugement, p. 11).

¹⁶⁸⁰ « *Une confirmation écrite de l'offre ne comportant pas l'adresse du siège social et comportant une mention confuse sur les conditions de modalités d'exercice du droit de rétractation* » (jugement, p. 11). La répression de ces infractions à la législation sur la vente à distance est prévue par les art. R. 121-1 et R. 121-1-1 C. consom. Sur la vente à distance, v. PIEDELIÈVRE Stéphane, *Droit de la consommation*, MOLFESSIS Nicolas (dir.), Corpus Droit Privé, Economica, 2008, n° 235 et s.

¹⁶⁸¹ 100 000 euros d'amende pour la SAS et 4 mois avec sursis, et 35 000 euros d'amende pour son Président.

¹⁶⁸² L'amende passe de 8 100 euros (270 fois 30 euros) à 4 000 euros pour la SAS, et de 5 400 euros (de 270 fois 20 euros) à 800 euros pour son président.

¹⁶⁸³ Jugement, p. 19.

sévère. Elle doit conserver son aspect rétributif, et en ce faire subire un « inconvénient » au professionnel, mais en même temps elle ne doit pas être trop sévère au point de compromettre sa situation financière puisque cela ne serait pas favorable au marché.

En conclusion, le cumul des sanctions pécuniaires sanctionnant une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois peut être disproportionné et aboutir à une sanction répressive ou dissuasive inefficace. Le cumul de certaines sanctions peut également générer une sanction inefficace lorsqu'il est incohérent.

SECTION 2 – LE CUMUL INCOHÉRENT

554. MM. François Ost et Michel Van De Kerchove affirment que « *l'existence de sanctions de types différents [...] soulève également le problème de leur articulation* »¹⁶⁸⁴. La question est de savoir quelles sanctions peuvent se cumuler entre elles et selon quels critères. Selon Mmes Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, « *des sanctions ayant un objectif différent peuvent être cumulés* »¹⁶⁸⁵. Cela signifie *a contrario* que des sanctions ayant un objectif identique ne doivent pas se cumuler. Ainsi, un cumul entre sanctions est incohérent lorsque sont prononcées des sanctions de natures différentes, civile, pénale ou administrative mais qui présentent une fonction identique, réparatrice ou répressive¹⁶⁸⁶.

Si la fonction répressive est principalement assurée par les sanctions de nature pénale et administrative, et la fonction réparatrice par les sanctions de nature civile, il y a certaines exceptions. En effet, certaines sanctions civiles constituent de véritables peines privées et la fonction réparatrice de la répression pénale a été prouvée¹⁶⁸⁷. Afin d'appréhender la question de la cohérence du cumul, il convient donc de s'attacher à la fonction poursuivie par les sanctions, indépendamment de leur nature. Une sanction réparatrice peut se cumuler avec une

¹⁶⁸⁴ OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 243.

¹⁶⁸⁵ CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 76, p. LXVIII.

¹⁶⁸⁶ Les sanctions répressives et réparatrices ont toutes deux une fonction dissuasive en amont de la violation de la loi.

¹⁶⁸⁷ PAILLARD BERTRAND, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, thèse, LGDJ, 2007.

sanction répressive¹⁶⁸⁸, mais il n'est pas souhaitable que des sanctions réparatrices se cumulent entre elles.

555. Le cumul incohérent de sanctions ne permet pas une sanction efficace de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois. En effet, les sanctions réparatrices qui se cumulent entre elles ne respectent pas le principe de la réparation intégrale du préjudice et procurent un avantage au consommateur. Ensuite, les sanctions répressives aboutissent à une peine disproportionnée par rapport à la gravité de la faute. Enfin, le nombre important et divers de sanctions rend obscure leur articulation, ce qui diminue l'efficacité dissuasive de la sanction. En effet, l'illisibilité et l'incompréhension de ce réseau de sanctions empêchent les contractants d'en avoir connaissance.

Il ressort de ces critères que pour favoriser l'efficacité réparatrice et répressive des sanctions à la fonction identique qui se cumulent entre elles, il conviendrait de limiter leur cumul par le principe de proportionnalité, à l'intégralité du préjudice pour les unes, et à la gravité de la faute pour les autres. Ensuite, l'efficacité dissuasive de la sanction serait améliorée si le système de sanction français et luxembourgeois était plus clair et accessible.

Il convient de préciser rapidement la situation de ce qu'on appelle le cumul cohérent et de l'illustrer, avant d'étudier les nombreuses hypothèses de cumul incohérent créant une sanction de l'obligation légale d'information inefficace.

556. Le cumul cohérent, qui correspond au cumul d'une sanction réparatrice et d'une sanction répressive, se rencontre fréquemment. Il résulte de la multitude de textes existant et de l'articulation entre les textes spéciaux et ceux de droit commun. M. Jacques-Henri Robert nous rappelle que « *notre droit est incontestablement orienté en faveur du cumul des sanctions pénales et civiles* » car elles « *tendent à satisfaire des intérêts différents* »¹⁶⁸⁹. D'après MM. François Ost et Michel Van De Kerchove, cette affirmation se vérifie dans le constat d'indépendance de l'action publique et de l'action civile, de la faute pénale et de la faute civile¹⁶⁹⁰. Dans plusieurs hypothèses, le manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation reçoit à la fois une sanction répressive,

¹⁶⁸⁸ Cependant, selon les mêmes auteurs, « [r]ien ne s'oppose en revanche au cumul de sanctions préventives » (*ibid.*).

¹⁶⁸⁹ ROBERT Jacques-Henri, « Application ou non-application de la règle *non bis in idem* entre les sanctions pénales, civiles et administratives », Archives de politique criminelle, n° 7, 1984, p. 138.

¹⁶⁹⁰ OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 252.

généralement pénale ou administrative, et une sanction réparatrice, souvent de nature civile. Ainsi, le professionnel qui ne respecte pas une obligation légale d'information peut être condamné aux peines prévues pour le délit de tromperie ainsi qu'à l'allocation de dommages-intérêts. En définitive, cette solution classique se rencontre à chaque fois qu'une condamnation pénale ou une sanction administrative se cumule au prononcé de l'allocation de dommages-intérêts pour engagement de la responsabilité civile, la nullité du contrat pour vice du consentement ou l'annulation d'une clause abusive.

557. Le cumul cohérent entre sanctions de l'obligation légale d'information en droit de la consommation peut résulter de l'articulation entre les sanctions de droit commun et celles du droit de la consommation ou être expressément prévu par la loi et concerner un manquement spécifique. Deux exemples peuvent illustrer ces situations.

Le premier exemple concerne les contrats de crédit. En droit français, le taux effectif global doit être mentionné, selon les modalités prévues, dans tout contrat de crédit à la consommation et contrat de crédit immobilier¹⁶⁹¹. Tout manquement à cette obligation est sanctionné par une amende de 150 000 euros (4 500 euros avant la loi Hamon)¹⁶⁹² ainsi que des peines complémentaires pour les personnes physiques¹⁶⁹³. L'Administration peut également décider de transiger¹⁶⁹⁴. Ensuite, les juges français ont estimé que la mention erronée du taux entraînait la nullité relative de la convention d'intérêts conventionnels et non la nullité du prêt lui-même. La sanction du manquement à l'obligation de mentionner dans le contrat le taux effectif global est la substitution au taux contractuel initial du taux de l'intérêt légal¹⁶⁹⁵ à compter de la date de conclusion du prêt¹⁶⁹⁶. La nullité est adaptée de par son objet. Tout d'abord, la nullité du contrat de prêt aurait entraîné des conséquences négatives pour le consommateur devant s'acquitter immédiatement du capital emprunté. Ensuite, la substitution est une sanction qui « *est fondée sur l'absence de consentement de l'emprunteur au coût global du prêt* »¹⁶⁹⁷. Les intérêts conventionnels sont fixés par le professionnel et le consommateur est réputé ne pas y avoir consenti. À l'inverse, le taux prévu par la loi est considéré comme présentant une sécurité pour le consommateur car non établi en vu de la

¹⁶⁹¹ C. consom. fr., art. L. 314-5 [anc. art. L. 313-2, al. 1].

¹⁶⁹² C. consom. fr., art. L. 341-49, al. 1 [anc. art. L. 313-2, al. 2].

¹⁶⁹³ C. consom. fr., art. L. 341-49, al. 2.

¹⁶⁹⁴ C. consom. fr., art. L. 523-1, 2° [anc. art. L. 141-2, al. 1].

¹⁶⁹⁵ Cass. com., 12 janv. 2016, n° 14-15203.

¹⁶⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 16 janv. 2013, n° 05-12.081, Contrats-conc.-consom. 2013, comm. 94, obs. G. Raymond.

¹⁶⁹⁷ Arrêt de la chambre commerciale précité.

réalisation de profits par le professionnel. La substitution est une sanction réparatrice efficace puisqu'elle répare les conséquences de la violation : le consommateur n'a pas eu connaissance du taux conventionnel et n'a donc pas pu évaluer le prix total du crédit. Le taux légal est indépendant de la volonté du professionnel, puisqu'il est calculé selon une certaine formule et est mis à jour une fois par semestre.

558. Le second exemple concerne la réglementation des clauses abusives. Nous avons expliqué précédemment que le manquement à une obligation légale d'information peut entraîner l'existence d'une clause abusive. Or, Code de la consommation français permet parfois à celle-ci d'être sanctionnée à la fois par une sanction réparatrice et par une sanction répressive. Il en va ainsi de la clause réputée abusive de manière irréfragable qui peut être réputée non écrite et depuis la loi Hamon recevoir une amende administrative¹⁶⁹⁸.

En France, la loi Hamon a introduit la possibilité de sanctionner une clause présumée abusive de manière irréfragable par une amende administrative¹⁶⁹⁹. Sont concernées les douze clauses énumérées à l'article R. 212-1 [anc. art. R. 132-1] du Code de la consommation. La présence d'une amende administrative semble justifiée car la clause présumée abusive de manière irréfragable ne laisse pas de marge d'appréciation au juge. L'amende administrative est donc circonscrite aux cas les plus graves¹⁷⁰⁰.

559. Après avoir brièvement présenté et illustré le cumul cohérent de sanctions de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois, il convient de présenter plus longuement les cas de cumul incohérent de sanctions.

560. Si le cumul cohérent des sanctions est réalisé lorsqu'une sanction répressive se cumule avec une sanction réparatrice, tout cumul qui ne répond pas à ce schéma peut être considéré comme incohérent. Ainsi, les cumuls incohérents des sanctions de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois sont illustrés

¹⁶⁹⁸ C. consom. fr., art. L. 241-2, al. 1 [anc. art. L. 132-2, al. 1].

¹⁶⁹⁹ C. consom., art. L. 132-2, al. 1.

¹⁷⁰⁰ Le législateur luxembourgeois a également prévue le prononcé d'une sanction pécuniaire relative à la réglementation des clauses abusives mais dans un autre contexte. En effet, l'article L. 211-4 du Code de la consommation luxembourgeois prévoit que « *Le professionnel qui invoque à l'encontre d'un consommateur une clause ou une combinaison de clauses, déclarée abusive et comme telle nulle et non écrite, par une décision judiciaire ayant autorité de la chose jugée intervenue à son égard, est puni d'une amende de 300 à 10.000 euros* ».

par le cumul de sanctions réparatrices entre elles (§1) et le cumul de sanctions répressives entre elles (§2).

§1 – Le cumul des sanctions réparatrices entre elles

561. En l'espèce, nous pouvons préciser que seules des sanctions de nature civile sont concernées. La sanction réparatrice de l'obligation légale d'information est efficace lorsqu'elle répare le préjudice subi par le consommateur du fait de la violation de la loi. En application du principe de réparation intégrale de la responsabilité civile, le cumul de sanctions réparatrices doit réparer tout le préjudice et rien que le préjudice, autrement dit il doit replacer le consommateur dans la situation qui aurait été la sienne si la violation n'avait pas existé, sans lui procurer un avantage.

562. Par exemple, dans le cas d'un manquement par le professionnel à une obligation légale d'information, le juge peut prononcer la nullité du contrat sur le fondement de la théorie des vices du consentement à la demande du consommateur, mais il devra allouer des dommages-intérêts uniquement lorsque la nullité n'a pas constitué une réparation suffisante. Cette articulation est classique et ne pose pas de problème particulier. Cependant, le cumul de sanctions réparatrices peut se révéler plus complexe. Ainsi, M. Philippe Rémy énonce que « [l]e Code [civil] donne une « présentation éclatée » des remèdes offerts au créancier en cas d'inexécution des contrats [...] ; on néglige alors l'articulation de ces divers remèdes [...], leur combinaison et notamment la possibilité de leur cumul »¹⁷⁰¹. En l'espèce l'auteur s'est penché sur un exemple qui n'intéresse pas la sanction à un manquement à l'obligation légale d'information, le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat qu'il estime contradictoire.

¹⁷⁰¹ RÉMY Philippe, « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », in *Mélanges offerts à Pierre COUV RAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 122. Cet exemple relève du droit commun et ne sanctionne pas directement un manquement à une obligation légale d'information (pour ce faire il faudrait que l'obligation d'information soit l'obligation principale du contrat) mais mérite d'être cité. L'auteur s'interroge sur le mécanisme de l'article 1184, alinéa 2, du Code civil français qui autorise le débiteur de l'exécution d'en demander la résolution en cas d'inexécution, ainsi que des dommages-intérêts. L'auteur explique qu'il y a contradiction « à admettre en même temps l'anéantissement du contrat ex tunc et une demande d'exécution par équivalent, sous la forme de dommages et intérêts » (p. 123). L'auteur compare notamment les dommages-intérêts de l'article 1184 avec ceux de l'action rédhitoire pour vice caché (p. 121), qui limite les dommages-intérêts aux « frais occasionnés par la vente » (C. civ. fr., art. 1646 ; C. civ. lux., art. 1646), sauf en cas de dol du débiteur (C. civ. fr., art. 1645 ; C. civ. lux., art. 1645).

563. La majorité des exemples de cumul inopportun ne concerne pas celui des sanctions réparatrices entre elles, mais celui entre sanctions répressives.

§2 – Le cumul des sanctions répressives entre elles

564. M. Denis Mazeaud constate que « [l]a pluralité des droits des contrats et la diversité des sanctions qui en résulte se traduisent aussi par des situations pour le moins déroutantes au regard de l'exigence de cohérence du droit »¹⁷⁰². Ainsi, « l'arsenal répressif, qui s'inscrit parfaitement dans la mise en œuvre d'une police contractuelle des comportements des professionnels, est aussi impressionnant qu'incohérent »¹⁷⁰³.

Ainsi, de nombreuses combinaisons de cumul de sanctions répressives de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation existent : les sanctions pénales entre elles (A), les sanctions administratives entre elles (B), les sanctions pénales avec les sanctions administratives (C) et enfin les sanctions pénales ou administratives avec les sanctions civiles (D).

A. Le cumul des sanctions pénales entre elles

565. La situation de cumul des sanctions pénales entre elles est une situation classique. En effet, les législateurs français et luxembourgeois prévoient, pour une même incrimination, des peines principales et des peines complémentaires¹⁷⁰⁴. Ce type de cumul qui concerne les infractions les plus graves et peut concerner le manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation.

¹⁷⁰² MAZEAUD Denis, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 239, n° 6.

¹⁷⁰³ *Ibid.*

¹⁷⁰⁴ Les peines accessoires, qui était attachées de plein droit à une condamnation pénale, ont été supprimées du nouveau Code pénal français (anc. art. 132)17) mais continuent d'exister dans d'autres textes (par ex. le Code monétaire et financier : confiscation automatique des objets ayant servi à la violation de la loi) (CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, PUF, 8^e éd., mise à jour « Quadriges », 2007, p. 671, v. « Peine accessoire »).

566. Sont concernées les peines prévues pour le délit de pratique commerciale trompeuse en droit français¹⁷⁰⁵ et les peines sanctionnant le délit de tromperie en droit français et en droit luxembourgeois¹⁷⁰⁶.

Le cumul peut se réaliser entre les peines principales (peine d'emprisonnement et peine d'amende)¹⁷⁰⁷ et les peines complémentaires (affichage de la décision et interdictions professionnelles)¹⁷⁰⁸, chacune catégorie de peine étant également cumulable entre elle. De plus, la loi française précise que les peines complémentaires d'interdictions professionnelles prévues pour les personnes physiques déclarées pénalement responsables du délit de pratique commerciale trompeuse ou du délit de tromperie peuvent être prononcées cumulativement¹⁷⁰⁹. Le juge a donc la possibilité de prononcer au maximum toutes les peines principales ainsi que toutes les peines complémentaires prévues.

567. Le principe de personnalité des peines, propre au droit pénal, doit être respecté. La peine doit être adaptée à la personne concernée et à la faute commise. Ces conditions se retrouvent en partie dans les paramètres de mesure de l'efficacité de la sanction répressive. En effet, le cumul de sanctions pénales est efficace lorsqu'il est adapté au comportement prohibé et proportionnel à la gravité de la faute, autrement dit la répétition de la faute et l'éventuelle présence de l'intention frauduleuse, et ne doit être ni trop ni trop peu sévères. Le juge a la faculté de faire varier la sévérité de la peine en prononçant les peines principales et/ou complémentaires et dans la mesure qu'il estime juste. En effet, le temps d'emprisonnement et le montant de l'amende mentionnés par les textes sont le maximal légal encouru par le prévenu, le juge pouvant prononcer une valeur inférieure. Enfin, étant souvent toutes édictées au sein d'un même texte ou d'une même section, l'ensemble de ces peines présente une certaine clarté, ce qui favorise leur fonction dissuasive puisqu'elles sont connues des auteurs des violations.

568. Après avoir envisagé le cumul des sanctions pénales entre elles, il convient de s'intéresser au cumul des sanctions administratives.

¹⁷⁰⁵ Les personnes physiques et morales sont concernées.

¹⁷⁰⁶ Les personnes physiques et morales sont concernées en droit français mais uniquement les personnes physiques en droit luxembourgeois.

¹⁷⁰⁷ Ces peines principales sont prévues en droit français et luxembourgeois en ce qui concerne les délits précités.

¹⁷⁰⁸ Pour les délits précités, les peines complémentaires citées sont uniquement prévues en droit français.

¹⁷⁰⁹ Pour le délit de pratique commerciale trompeuse : C. consom. fr., art. L. 132-3, al. 2 [anc. art. L. 121-6, al. 3] ; pour le délit de tromperie : C. consom. fr., art. L. 454-5, al. 1 [anc. art. L. 216-8, al. 2].

B. Le cumul des sanctions administratives entre elles

569. Le droit français et le droit luxembourgeois sanctionnent le manquement à une obligation légale d'information par plusieurs sanctions administratives cumulables entre elles. Cependant, nous allons observer que le type de sanctions concernées (pécuniaire, publication, etc.) ainsi que leur champ d'application est très différent en droit français (1) et en droit luxembourgeois (2).

1. Le cumul des amendes administratives entre elles sans limite et la publication de la décision en droit français

570. Nous avons exposé précédemment que la loi française du 17 mars 2014 a introduit de nombreuses amendes administratives qui sanctionnent des obligations légales d'information, soit en substitution aux amendes pénales (par exemple l'obligation d'indication des prix des produits et services), soit car ces obligations ne recevaient pas de sanction expresse (par exemple l'obligation générale d'information précontractuelle). La majorité des amendes administratives sanctionnant une obligation légale d'information ne peuvent pas dépasser 3 000 euros pour les personnes physiques et 15 000 euros pour les personnes morales. Or, le législateur français a uniquement imposé un principe de non-cumul pour les amendes administratives dont le montant est supérieur à ces seuils¹⁷¹⁰. Autrement dit, il est prononcé autant d'amendes administratives que de violation constatées aux obligations légales d'information, par exemple de contrats non conformes ou d'étiquettes défectueuses. De plus, la loi Hamon a prévu la possibilité pour la décision prononcée par l'Administration d'être publiée aux frais de la personne sanctionnée¹⁷¹¹.

Peuvent ainsi être sanctionnés par les sanctions administratives précitées les manquements à des obligations générales d'information, comme l'obligation générale d'information précontractuelle et l'obligation d'indication des prix¹⁷¹², ou des obligations d'information spécifiques à un type de contrat, à l'image de celles prévues pour le contrat relatif au gaz de

¹⁷¹⁰ C. consom. fr., art. L. 522-7 [anc. art. L. 141-1-2, paragr. VII].

¹⁷¹¹ C. consom. fr., art. L. 522-6 [anc. art. L. 141-1-2, paragr. V].

¹⁷¹² C. consom. fr., art. L. 131-1 et art. L. 131-5.

pétrole liquéfié¹⁷¹³ ou encore les informations précontractuelles à fournir au consommateur lors de la conclusion d'un contrat à distance ou hors établissement¹⁷¹⁴.

571. En droit français, le manquement à une obligation légale d'information peut être sanctionné par des amendes administratives cumulables entre elles sans limite légale maximale, ainsi que la publication de la décision de l'administration. Afin d'être efficace, le cumul de sanction répressif doit être proportionnel à la gravité de la faute et ne pas être trop sévère. Dans ce cas il serait également inefficace dans sa fonction dissuasive puisqu'une sanction trop sévère risque de ne pas être prononcée et donc non crainte.

572. Le droit français a prévu de nombreuses amendes administratives pour sanctionner diverses obligations légales d'information, soient générales, soit spécifiques à un type de contrat. À l'inverse, nous avons trouvé deux types de contrats en droit luxembourgeois dont les obligations d'informations sont sanctionnées par des sanctions administratives. Ces dernières sont différentes de celles édictées en droit français puisqu'il s'agit d'une amende d'ordre dont le montant maximum est très élevé ainsi que des injonctions. De plus, une des particularités est que l'amende d'ordre peut être cumulée ou remplacée par des sanctions disciplinaires. Il convient d'analyser d'une part, les contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel et d'autre part, les contrats de service de communications électroniques.

2. Le cumul d'une amende d'ordre et d'autres sanctions administratives en droit luxembourgeois

573. Le professionnel luxembourgeois qui ne respecte pas les obligations légales d'information édictées pour les contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel et les contrats de service de communications électroniques encourt des sanctions administratives. Ces trois contrats sont envisagés dans des lois distinctes mais les sanctions administratives prévues et leur régime sont quasiment identiques. Les différences qui les séparent sont cependant significatives, quatre pourront être citées. En ce qui concerne leurs points communs, les trois contrats voient le manquement à leurs obligations d'information sanctionné par une amende d'ordre d'un maximum d'un million d'euros (avec un minimum

¹⁷¹³ C. consom. fr., art. L. 242-18.

¹⁷¹⁴ C. consom. fr., art. L. 242-10.

de 1 000 euros pour les contrats de fourniture d'énergie) à laquelle peuvent se cumuler ou se substituer un avertissement, un blâme et deux interdictions professionnelles.

La première différence est la nature des sanctions autres que l'amende. En effet, les lois relatives aux contrats de fourniture d'énergie précisent qu'il s'agit de « *sanctions administratives* » tandis que la loi relative au contrat de service de communications électroniques indique qu'elles sont des « *sanctions disciplinaires* ». Les sanctions disciplinaires sont également des sanctions administratives dans la mesure où elles sont prononcées par l'administration (le Luxembourg, à l'image de la France, utilise le critère organique pour définir les sanction administratives). Afin d'apprécier la cohérence du cumul des sanctions, se pose la question de savoir si ces sanctions disciplinaires sont répressives ou non. Le Conseil d'État luxembourgeois considère que les mesures « *dont l'objet exclusif sinon essentiel est de contraindre l'administré à respecter la loi ou à rétablir la légalité* » n'est pas une sanction car elle n'a pas de caractère répressif¹⁷¹⁵. Sont ainsi considérées comme des mesures préventives ou destinées à rétablir la légalité, et non des sanctions, une astreinte, un avertissement, un blâme, une interdiction provisoire de se livrer à une activité couverte par une autorisation. Cependant, nous considérons que les mesures précitées répondent à la définition de la sanction telle que définie dans le cadre de notre étude.

La deuxième différence entre les dispositions de ces deux types de contrats, pourtant très similaires, est l'existence de critères à prendre en compte dans la détermination des sanctions, ainsi que la possibilité de majorer l'amende en fonction du chiffre d'affaire. En effet, le législateur luxembourgeois a uniquement apporté des précisions en ce qui concerne les deux lois relatives au contrat de fourniture d'énergie. À l'inverse, aucune précision n'est apportée quant à la fixation du montant de l'amende d'ordre pour les contrats de services de communication électronique. Cependant, nous verrons que l'existence de ces critères sont indifférents en l'espèce car ils n'ont pas vocation à s'appliquer à la violation des obligations légales d'information dues au consommateur. Ces critères méritent malgré tout d'être cités car ils sont susceptibles d'être pris en compte en pratique pour la détermination des sanctions prononcées pour la violation des obligations légales d'information dues au consommateur.

La troisième différence existe depuis deux lois du 7 août 2012 modifiant respectivement les lois portant organisation du marché du gaz naturel et du marché de l'électricité. Cette loi a

¹⁷¹⁵ WIVENES Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution du Conseil d'État du Luxembourg », in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, colloque, réunion des Conseils d'État du Benelux et de la Cour administrative du Luxembourg, Bruxelles, 21 oct. 2011, p. 21.

rendu la publication des décisions prononcées par l'ILR obligatoire alors qu'elle n'était que facultative jusqu'alors. La publication des décisions de l'ILR prononcées dans le cadre d'un contrat de services de communications électroniques reste quant à elle facultative.

La quatrième différence réside dans l'interdiction du cumul entre l'amende administrative et l'amende pénale prévue pour les contrats de fourniture d'énergie, mais pas dans le contrat de service de communications électroniques. Il convient de reprendre en détail les dispositions relatives à chacun de ces trois contrats avant d'apprécier l'efficacité du cumul des sanctions administratives.

574. Tout d'abord, les contrats de fourniture de gaz naturel sont régis par la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel¹⁷¹⁶ et le Règlement grand-ducal du 19 mai 2003¹⁷¹⁷. L'article 12, paragraphe (3), point a), de la loi impose des mentions contractuelles. Le consommateur doit notamment être informé des prix pratiqués ou toute intention de modification contractuelle¹⁷¹⁸. L'article 60 de la loi prévoit qu'en cas de manquement à ces obligations, le professionnel encourt des sanctions administratives¹⁷¹⁹ dont un avertissement, un blâme, une amende d'ordre de mille à un million d'euros et une interdiction temporaire de maximum un an d'effectuer certaines opérations¹⁷²⁰. L'article 37 de la loi du 7 août 2012 modifiant la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel¹⁷²¹ précise que les sanctions prévues par l'article 60 de la loi de 2007 sont également applicables à la violation des articles 3, 4, 5, 9 et 15 du règlement (UE) n° 1221/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie. Ces violations concernent des abus de concurrence et non la violation des obligations légales d'information dues au consommateur, mais il est intéressant de mentionner les critères légaux de fixation du montant de l'amende d'ordre édictés pour ces manquements particuliers. Ainsi, les sanctions prononcées doivent tenir compte « *de la nature, de la durée et de la gravité de l'infraction, du préjudice causé aux consommateurs et des gains potentiels tirés de la transaction sur la base d'informations privilégiées ou d'une manipulation du marché* »¹⁷²². Ensuite, la loi prévoit, pour ces mêmes

¹⁷¹⁶ Mém. A – N° 153 du 21 août 2007, p. 2798.

¹⁷¹⁷ Règlement grand-ducal du 19 mai 2003 relatif aux autorisations pour la fourniture de gaz naturel (Mém. A – N° 94 du 11 juillet 2003, p. 1734).

¹⁷¹⁸ Art. 12, paragr. 3, points c) et b).

¹⁷¹⁹ Terme employé dans la loi.

¹⁷²⁰ Art. 60, paragr. (1), al. 1.

¹⁷²¹ Mém. A – N° 179 du 22 août 2012, p. 2672.

¹⁷²² Loi du 7 août 2012, *op. cit.*, art. 37, 1°.

violation, la possibilité de majorer l'amende d'ordre : « [l]orsque la violation est constatée dans le chef d'une entreprise verticalement intégrée ou d'un gestionnaire de réseau de transport, l'amende d'ordre peut aller jusqu'à dix pour cent du chiffre d'affaires annuel de la personne concernée »¹⁷²³. Ces précisions concernent des infractions relatives au marché mais pourront peut être également servir de base dans la détermination des sanctions en cas de violation par le professionnel à ses obligations légales d'information.

Puis, en ce qui concerne à nouveau les sanctions applicables à la violation des obligations légales d'information dues au consommateur dans le contrat de fourniture de gaz naturel, la loi modifiée de 2007 précise ensuite que l'amende ne peut être prononcée que si les manquements n'ont pas fait l'objet d'une sanction pénale¹⁷²⁴. Il est précisé que la procédure est contradictoire et que les décisions doivent être rendues publique¹⁷²⁵ (la publication des décisions était facultative avant la loi du 7 août 2012). Enfin, l'institut peut prononcer des astreintes si nécessaire¹⁷²⁶.

575. Ensuite, la directive n° 2003/54/CE du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE édicte des obligations d'information pour les contrats de fourniture d'électricité. Elle est transposée en droit luxembourgeois par la loi modifiée du 1^{er} août 2007¹⁷²⁷, qui a notamment pour règlement d'exécution le Règlement grand-ducal du 21 juin 2010¹⁷²⁸. Les obligations d'information et les sanctions prévues sont similaires à celles du contrat de gaz naturel. Les obligations d'informations résultant de la loi de 2007 concernent le « *client résidentiel* »¹⁷²⁹. Le contrat doit contenir certaines informations et des conditions contractuelles « *transparentes, équitables, rédigées dans un langage clair et compréhensible* »¹⁷³⁰. Ensuite, le fournisseur doit avertir le consommateur « *de toute intention de modifier les conditions contractuelles et de toute augmentation des prix* » et qu'il dispose d'un délai minimum de

¹⁷²³ *Ibid.*

¹⁷²⁴ *Idem*, al. 2.

¹⁷²⁵ *Idem*, paragr. (3) et (4).

¹⁷²⁶ *Idem*, paragr. (5).

¹⁷²⁷ Loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (Mém. A – N° 152 du 21 août 2007, p. 2764). Pour consulter la version consolidée : recueil des lois spéciales en matière civile, commerciale et pénale, vol. 3.

¹⁷²⁸ Règlement grand-ducal du 21 juin 2010 relatif au système d'étiquetage de l'électricité (Mém. A – N° 98 du 30 juin 2010, p. 1802).

¹⁷²⁹ Art. 2, paragr. 5, a). L'art. 1 paragr. 7 en donne une définition équivalente à celle du consommateur puisqu'il s'agit d'une personne qui utilise l'électricité pour sa consommation domestique, autrement dit en dehors de toute activité commerciale et professionnelle.

¹⁷³⁰ Art. 2, paragr. 5, point a).

trente jours pour résilier gratuitement le contrat¹⁷³¹. Le professionnel prestataire doit également informer le consommateur quant aux tarifs et prix pratiqués¹⁷³², quant à « *leurs droits en matière de service universel* »¹⁷³³, quant à « *leur consommation réelle d'électricité et [aux] coûts qui s'y rapport[e]nt* »¹⁷³⁴. Puis, le fournisseur doit informer le consommateur en défaillance de paiement de quinze jours d'un rappel et au delà de quinze autres jours « *de son intention de le faire déconnecter dans les trente jours* »¹⁷³⁵. Le Règlement grand-ducal du 21 juin 2010 précise les informations figurant sur les étiquettes relatives à l'électricité dont la composition de l'électricité et « *l'impact environnement de l'électricité* »¹⁷³⁶. L'étiquette doit notamment être envoyée sur une facture au consommateur¹⁷³⁷ au moins une fois par an¹⁷³⁸. Enfin, les informations figurant sur l'étiquette doivent être inscrite sur le « *matériel informationnel* » et les offres de contrats adressés aux clients finals¹⁷³⁹.

Les sanctions administratives¹⁷⁴⁰ prévues sont identiques à celles édictées pour le contrat de fourniture de gaz naturel. Ainsi, selon l'article 65, paragraphe (1), « *[l]orsque le régulateur¹⁷⁴¹ constate une violation des obligations professionnelles prévues par la présente loi ou par les mesures prises en exécution de cette dernière [...] [il] peut frapper la personne concernée d'une ou plusieurs des sanctions suivantes : a) un avertissement, b) un blâme ; c) une amende d'ordre de mille euros à un million d'euros ; d) une interdiction temporaire allant jusqu'à un an d'effectuer certaines opérations* »¹⁷⁴². Les mêmes précisions ont été apporté que pour le contrat de fourniture de gaz naturel en ce qui concerne les critères à prendre en compte pour la détermination des sanctions et la possibilité de majorer l'amende pour divers abus de marchés par la loi du 7 août 2012 modifiant la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité¹⁷⁴³. Les mêmes remarques sont donc applicables.

¹⁷³¹ *Idem*, point b).

¹⁷³² *Idem*, point c).

¹⁷³³ *Idem*, point e).

¹⁷³⁴ *Idem*, point h).

¹⁷³⁵ Paragr. 8, point a et b).

¹⁷³⁶ Art. 4 et 5.

¹⁷³⁷ L'article utilise le terme de « clients finals ».

¹⁷³⁸ Art. 5.

¹⁷³⁹ Art. 6.

¹⁷⁴⁰ Termes employés dans la loi.

¹⁷⁴¹ Art. 1, paragr. 42 : il s'agit de l'Institut Luxembourgeois de Régulation. Le même institut est compétent en matière de contrats de communications électroniques et de gaz naturel.

¹⁷⁴² L'article 12 du Règlement grand-ducal du 21 juin 2010 prévoit l'application de l'art. 65 de la loi du 1^{er} août 2007.

¹⁷⁴³ L'article 65 de la loi de 2007 est modifié par l'article 39 de la loi de 2012 (Mém. A –N° 178 du 22 août 2012, p. 2658). Comme pour le contrat de fourniture de gaz naturel, ces précisions concerne la violation des articles 3, 4, 5, 9 et 15 du règlement (UE) n° 1221/2011. Les sanctions relatives à la loi organisant le marché de

Ensuite, comme pour les sanctions administratives prescrites en matière d'obligations d'information des contrats de fourniture de gaz naturel, une limite est apportée, l'article précisant que l'amende d'ordre ne peut être prononcée que si les manquements ne font pas l'objet d'une sanction pénale¹⁷⁴⁴. De la même manière, a procédure est contradictoire¹⁷⁴⁵ et les décisions du régulateur doivent être rendues publique¹⁷⁴⁶ (à l'image des décisions rendues quant au contrat de fourniture de gaz naturel, la publication des décisions était facultative avant la loi de 2012).

576. De plus, les décisions peuvent être assorties d'une astreinte selon « *la capacité économique de la personne concernée et [...] la gravité du manquement constaté* »¹⁷⁴⁷. Le fournisseur peut former un recours en réformation devant le tribunal administratif¹⁷⁴⁸.

577. Enfin peuvent être cités les contrats de services de communications électroniques. L'article 83, paragraphe (1), alinéa 1, de la loi luxembourgeoise du 27 février 2011¹⁷⁴⁹ dispose que « *[l]'entreprise [...] peut être frappée par l'Institut [luxembourgeois de Régulation¹⁷⁵⁰] d'une [amende]¹⁷⁵¹ d'ordre qui ne peut dépasser un million (1.000.000) d'euros pour toutes violations de la présente loi [...]* », le montant maximum pouvant être doublé en cas de récidive¹⁷⁵². Contrairement aux lois relatives aux contrats de fourniture de gaz naturel et d'électricité, la loi sur les contrats de services de communications électroniques ne conditionne pas le prononcé de l'amende administrative à l'absence d'une sanction pénale. Une ou plusieurs sanctions disciplinaires¹⁷⁵³, en substitution ou en complément à l'amende, tels un avertissement, un blâme, l'interdiction d'effectuer certaines opérations ou de fournir

l'électricité concernent également la violation des articles 13, 14, 15, 16, 17 et 20 du règlement (CE) n° 714/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité.

¹⁷⁴⁴ Art. 65, paragr. (1), al. 2.

¹⁷⁴⁵ Art. 2, paragr. 3.

¹⁷⁴⁶ *Idem*, paragr. 4.

¹⁷⁴⁷ *Idem*, paragr. 5.

¹⁷⁴⁸ *Idem*, paragr. 6.

¹⁷⁴⁹ Loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques (Mém. A – N° 43 du 8 mars 2011, p. 610).

¹⁷⁵⁰ Il est cité à l'article 2, paragraphe (15), de la même loi.

¹⁷⁵¹ Nous rajoutons le terme d'amende car il semblerait qu'il s'agit d'un oubli du législateur, le texte original étant « *d'une d'ordre* ».

¹⁷⁵² Art. 83, paragr. (1), al. 2.

¹⁷⁵³ Termes employés dans la loi.

certaines services et la suspension temporaire d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise¹⁷⁵⁴. Les décisions prises par l'Institut peuvent être publiées¹⁷⁵⁵ et être assorties d'une astreinte¹⁷⁵⁶.

578. Si l'on admet la nature disciplinaire de l'avertissement, du blâme et des deux interdictions professionnelles, la question se pose de savoir s'ils ont une fonction répressive. En effet, cela déterminera l'appréciation de l'efficacité de leur cumul avec l'amende d'ordre. Nous avons vu que le Conseil d'État luxembourgeois ne considère pas ces sanctions comme étant répressives. Au contraire, ces sanctions disciplinaires sont répressives selon nous puisque leur prononcé est lié à la faute commise par le professionnel, autrement dit la violation de ses obligations d'information. L'objectif de ces sanctions est bien de punir leur auteur. En effet, ces sanctions ne sont par exemple pas préventives puisque la violation de la loi a été constatée préalablement et était la condition du prononcé de la sanction.

Le cumul de l'amende d'ordre et des sanctions pénales peut donc se révéler sévère. En particulier, le montant maximal de l'amende imposé par la loi apparaît comme très élevé. Le Conseil d'État luxembourgeois a d'ailleurs dénoncé dans certains avis le caractère disproportionné d'une sanction administrative par rapport à la gravité de l'infraction à laquelle elle s'appliquait : les amendes d'ordre ont une « *nature similaire aux amendes pénales* »¹⁷⁵⁷. Ainsi le Conseil contestait le montant d'une amende administrative disproportionnée par rapport aux peines pénales ou encore celles qui étaient si sévères qu'elles prenaient le caractère d'une sanction pénale¹⁷⁵⁸, ce qui peut être considéré comme le cas en l'espèce. La sévérité des sanctions prévues peut aboutir à un cumul disproportionné par rapport à la gravité de la faute et donc inefficace. Une donnée pratique mérite d'être considérée. En août 2016, l'Institut Luxembourgeois de Régulation a déclaré n'avoir prononcé aucune sanction administrative pour le manquement d'un professionnel aux obligations légales d'information prévues dans les contrats de fourniture d'électricité ou de

¹⁷⁵⁴ Art. 83, paragr. (1), al. 3. Le paragraphe (2) de l'article 83 prévoit une procédure contradictoire avec la possibilité pour l'entreprise d'être assistée ou représentée.

¹⁷⁵⁵ Art. 83, paragr. (4).

¹⁷⁵⁶ Art. 83, paragr. (5). L'entreprise dispose d'un recours en réformation devant le tribunal administratif (art. 83, paragr. (6)).

¹⁷⁵⁷ WIVENES Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution du Conseil d'État du Luxembourg », in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, colloque, réunion des Conseils d'État du Benelux et de la Cour administrative du Luxembourg, Bruxelles, 21 oct. 2011, p. 26.

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*

gaz naturel et les contrats de service de communications électroniques¹⁷⁵⁹. Cette information est peut-être à interpréter dans le sens d'une fonction dissuasive efficace du cumul des sanctions administratives.

579. Après avoir envisagé le cumul des sanctions pénales entre elles, puis celui des sanctions administratives, il convient d'analyser le cumul entre les sanctions pénales et les sanctions administratives.

C. *Le cumul entre la sanction pénale et la sanction administrative*

580. Selon M. Pierre Pescatore, la sanction civile, la sanction pénale et la sanction disciplinaire peuvent être cumulées puisqu'elles ont « *un fondement et une nature distincts* »¹⁷⁶⁰. Cependant, les amendes prononcées par l'Administration « *sont apparentées aux sanctions pénales* »¹⁷⁶¹. Or, ces deux sanctions sont désormais nombreuses au sein du Code de la consommation français. Ainsi, Mme Agathe Lepage explique qu'« *[u]n certain nombre de domaines du droit pénal des affaires présentent la particularité d'une coexistence – qui tourne souvent à la concurrence – avec un autre ordre répressif. En d'autres termes, il n'est pas rare que sanction pénale et sanction administrative interviennent dans un même domaine* »¹⁷⁶². Cette remarque est applicable au droit de la consommation. Cependant, concernant le droit des affaires, l'auteur affirme que « *la sanction administrative tend en pratique à prendre le pas sur la sanction pénale* »¹⁷⁶³.

Le Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, du groupe de travail présidé par M. Jean-Marie Coulon intitulé « La dépenalisation de la vie des affaires » préconise de « *limiter le cumul d'instruments répressifs* »¹⁷⁶⁴, ce qui implique « *de trouver une meilleure*

¹⁷⁵⁹ E-mail de l'ILR. Les rapports annuels de l'ILR ne font état d'aucune sanction prononcée envers un professionnel pour manquement à une obligation légale d'information.

¹⁷⁶⁰ PESCATORE Pierre, *Introduction à la science du droit*, 2^{ème} réimpression, Université du Luxembourg, Bruylant Bruxelles, 2009, p. 398.

¹⁷⁶¹ PESCATORE Pierre, *Introduction à la science du droit*, 2^{ème} réimpression, Université du Luxembourg, Bruylant Bruxelles, 2009, p. 398.

¹⁷⁶² LEPAGE Agathe, « Les sanctions en droit pénal des affaires. Réflexions sur la place et le rôle du droit pénal dans la vie des affaires », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 105, n° 19.

¹⁷⁶³ *Ibid.* L'auteur se réfère spécifiquement aux infractions en matière de fichiers informatiques (n° 19) et au droit boursier (n° 20).

¹⁷⁶⁴ Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, du groupe de travail présidé par COULON Jean-Marie, « La dépenalisation de la vie des affaires », La documentation française, janv. 2008, p. 61.

articulation entre les modes juridictionnels et quasi-juridictionnels, en particulier entre sanctions pénales et sanctions administratives »¹⁷⁶⁵.

581. M. Stéphane Detraz explique que la loi Hamon a introduit des « *dispositions répressives substantielles* » et utilise « *deux techniques de pénalisation* »¹⁷⁶⁶, la sanction pénale et la sanction administrative. Un autre auteur rappelle alors que « [l]e cumul des sanctions pénales et administratives est la solution législative la plus commune » mais que « *le cumul est plus surprenant quand la répression administrative prend la même forme que la sanction pénale, celle d'une amende* »¹⁷⁶⁷. C'est le cas du cumul de l'amende pénale et de l'amende administrative pour manquement à l'obligation légale d'information.

582. En droit français, jusqu'au 3 octobre 2014, le cumul de l'amende pénale et de l'amende administrative était prévu pour une même obligation d'information. Ainsi, le professionnel qui n'informait pas le consommateur du prix d'un produit ou d'un service et des conditions particulière de vente et de l'exécution des services¹⁷⁶⁸ encourait la peine d'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe¹⁷⁶⁹ soit 1 500 euros ainsi que depuis la loi Hamon une amende administrative¹⁷⁷⁰. Ce cumul n'existe plus depuis le décret du 30 septembre 2014 car l'amende pénale n'a pas été reprise.

583. Le cumul entre l'amende pénale et l'amende administrative reste cependant possible pour des manquements différents. Mme Hélène Claret affirme que « [c]ertes, les mêmes comportements ne sont pas de prime abord sanctionnés deux fois ; mais on ne peut pas exclure que le même comportement soit appréhendé sous deux qualifications différentes (concours d'infraction), sanctionnées l'un d'une amende administrative et l'autre d'une

¹⁷⁶⁵ *Ibid.* Le Rapport Coulon envisage le cumul entre sanction pénale et sanction administrative par rapport au pouvoir de sanction des AAI, autrement dit le Conseil de la concurrence et l'Autorité des marchés financiers.

¹⁷⁶⁶ DETRAZ Stéphane, « Les pouvoirs de l'Administration chargée de la consommation et de la concurrence et les sanctions », LPA 2014, n° 128, p. 22.

¹⁷⁶⁷ ROBERT Jacques-Henri, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », AJDA 1995, n° spécial, p. 76 et s. Dans ce cas, l'auteur distingue « *deux degrés de rigueur* » : quand « *l'amende administrative n'est prononcée qu'après un débat contradictoire qui imite les garanties que le procès pénal offre à l'accusé* » (ex. Commission des opérations de bourse) et quand « *l'amende est prononcée d'abord et le débat ne s'instaure que si l'administré forme un recours devant la juridiction administrative* » (ex. matière fiscale).

¹⁷⁶⁸ C. consom. fr., art. L. 112-1 [anc art. L. 113-3, al. 1]. La loi Hamon a ajouté l'information relative aux conditions particulières de l'exécution des services et supprimé celle relative aux limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle (art. modifié par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, art. 6).

¹⁷⁶⁹ C. consom. fr., anc. art. R. 113-1, al. 2, non repris par le décret du 30 septembre 2014.

¹⁷⁷⁰ C. consom. fr., art. L. 131-5 [anc. art. L. 113-3-2].

amende pénale »¹⁷⁷¹. L'auteur estime qu'un cumul entre une sanction administrative et une sanction pénale serait possible en cas de concours idéal d'infractions. Peut être cité l'exemple de l'article L. 111-1 du Code de la consommation français qui prévoit l'obligation pour le professionnel d'informer le consommateur des caractéristiques essentielles du bien ou du service, son manquement étant sanctionné par une amende administrative. Or, l'omission d'information ou des informations fausses relatives à ces caractéristiques peut constituer le délit de tromperie ou le délit de pratiques commerciales déloyales, sanctionnés pénalement.

En effet, l'amende administrative, notamment prévue pour des obligations générales d'information, telles l'obligation générale d'information précontractuelle et l'obligation d'indiquer les prix, peut se retrouver en situation de cumul avec les amendes pénales édictées pour des obligations d'information spécifiques ou prévues pour des types de contrat particuliers, comme les contrats conclus à distance ou hors établissement, ou encore avec les amendes pénales prévues pour le délit de pratique commerciale trompeuse et le délit de tromperie.

Les agents de la DGCCRF sont compétents pour contrôler et constater les infractions au Code de la consommation. Ils peuvent dès lors, selon la sanction prévue, constater et prononcer l'amende administrative, et/ou transmettre le procès-verbal constatant l'infraction au procureur de la République qui a l'opportunité des poursuites. De la même manière, il peut y avoir cumul entre la sanction administrative et la sanction pénale si la DGCCRF prononce la première et qu'un consommateur ou un professionnel porte plainte auprès le procureur de la République¹⁷⁷². Dans les hypothèses énumérées, l'amende administrative est prononcée et l'action publique n'est pas éteinte, ce qui laisse la possibilité d'éventuelles poursuites pénales. La limite au cumul réside alors dans la transaction qui a pour effet d'éteindre l'action publique et donc d'empêcher des poursuites pénales. En effet, la transaction de l'administration est une alternative à la sanction pénale car son acquittement éteint l'action publique mais n'influe en rien sur l'amende administrative. La transaction prononcée empêche donc le prononcé d'une amende pénale mais pas celui d'une amende administrative.

¹⁷⁷¹ CLARET Hélène, « Fasc. 980 : Étiquetage », J.Cl. Conc.-consom, 26 oct. 2014, n° 193.

¹⁷⁷² Si le procureur décide de poursuivre car les infractions sont avérées, les poursuites seront exercées devant le juge de proximité pour les contraventions des quatre premières classes ou le tribunal de police pour les contravention de cinquième classe, ce qui est majoritairement le cas pour les infractions à l'obligation légale d'information, ou enfin devant le tribunal correctionnel en ce qui concerne le délit de tromperie et le délit de pratique commerciale trompeuse.

584. En application du principe de proportionnalité des sanctions, « *il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* »¹⁷⁷³.

À propos des sanctions pénales et administratives, le Conseil constitutionnel français a affirmé, à de multiples occasions, par une formule similaire que « *si l'éventualité d'une double procédure peut ainsi conduire à un cumul des sanctions, le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* »¹⁷⁷⁴. Le Conseil ajoute systématiquement « *qu'il appartiendra donc aux autorités administratives et judiciaires compétentes de veiller au respect de cette exigence* »¹⁷⁷⁵.

585. En droit français, « *le plus souvent, la coexistence des sanctions pénales et administratives semble autoriser un fonctionnement cumulatif* »¹⁷⁷⁶. Cependant certains auteurs ont constaté « *en pratique et parfois dans la loi, une tendance à un fonctionnement alternatif indiquant une dépenalisation (de facto ou de jure) au profit des sanctions administratives* »¹⁷⁷⁷. « *En définitive, que les deux systèmes de sanctions se succèdent dans le temps ou qu'ils fonctionnent simultanément, le principe est donc le cumul, à raison du même fait, dès lors qu'aucune règle ne vient l'interdire* »¹⁷⁷⁸. Cependant, les auteurs expliquent qu'un tel cumul reste exceptionnel en pratique car « *une très faible proportion d'infractions sont effectivement poursuivies pénalement, dans les domaines où l'administration dispose elle aussi d'un pouvoir de sanction* »¹⁷⁷⁹.

586. Certains mécanismes permettent d'éviter le cumul entre les sanctions pénales et les sanctions administratives. Peut être citée la transaction administrative puisque le paiement de la somme éteint l'action publique, autrement dit la sanction pénale prévue ne pourra pas être prononcée. Le procès-verbal sera transmis à l'autorité compétente uniquement lorsque les

¹⁷⁷³ Cons. const., 28 juin 2013, n° 2013-329 QPC – *Société Garage Dupasquier* [Publication et affichage d'une sanction administrative], cons. 4 ; Cons. const., 25 févr. 2010, n° 2010-604 – Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, cons. 14.

¹⁷⁷⁴

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁷⁶ DELMAS-MARTY Mireille et GIUDICELLI-DELAGE Geneviève (dir.), *Droit pénal des affaires*, 4^e éd., Thémis Droit privé, PUF, 2000, p. 180.

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁷⁹ *Ibid.*

agents compétents décident de ne pas transiger ou lorsque le contrevenant refuse la transaction proposée.

587. Peut également se poser la question de la validité du cumul entre l'amende pénale et l'amende administrative en droit français. La récente dépénalisation du droit français de la consommation opérée par la loi Hamon du 17 mars 2014 a favorisé la situation de cumul entre les amendes pénales et les amendes administratives. En effet, nous avons précédemment mentionné que d'une part, certaines amendes administratives ont été substituées aux amendes pénales, par exemple l'obligation d'indication des prix, et d'autre part, certaines incriminations sanctionnées par des amendes administratives ont été créées, à l'image de l'obligation générale d'information précontractuelle.

Le Conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision du 13 mars 2014¹⁷⁸⁰, d'après une jurisprudence constante¹⁷⁸¹, que le principe de proportionnalité impose qu'en cas cumul d'une sanction pénale et d'une sanction administrative, toutes deux de nature pécuniaire, le montant global des amendes prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues¹⁷⁸².

En s'alignant sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la loi Hamon a introduit dans le Code une disposition encadrant le potentiel cumul d'une amende pénale et d'une amende administrative. L'article L. 141-1-2, paragr. VI [anc. article L. 111-6] du Code de la consommation disposait que : « *lorsqu'une amende administrative est susceptible de se cumuler avec une amende pénale infligée à raison des mêmes faits à l'auteur du manquement, le montant global des amendes prononcées ne dépasse pas le maximum légal le plus élevé* ». Cependant, le contenu de cet article n'a pas été repris par l'ordonnance du 14 mars 2016 qui a modifié le fond et la forme du Code de la consommation français.

¹⁷⁸⁰ Cons. const., 13 mars 2014, n° 2014-690 DC, pt 96 (JOFR du 18 mars 2014, p. 5450, texte n° 2, non conformité partielle – réserve).

¹⁷⁸¹ Cons. const., 30 déc. 1997, n° 97-395 DC (loi de finances pour 1998), cons. 41. EVEILLARD Gweltaz, « Les sanctions en droit administratif. Entre approfondissement de la soumission à l'égalité et recherche de l'efficacité », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 16, p. 498.

¹⁷⁸² Le principe est également rappelé dans les décisions suivantes : Cons. const., 17 janv. 2013, n° 2012-289 QPC – M. Laurent D. [Discipline des médecins], cons. 3 ; Cons. const., 20 juill. 2012, n° 2012-266 QPC – M. Georges R. [Perte d'indemnité prévue en cas de décision administrative d'abattage d'animaux], cons. 9 ; Cons. const., 30 déc. 1997, n° 97-395 DC – Loi de finances pour 1998, cons. 41 ; Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC – Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, cons. 22.

588. Si la question de la possibilité du cumul des amendes pénales et administratives en droit des contrats de consommation est suspendue en droit français, le législateur luxembourgeois a clairement affiché sa volonté d'interdire un tel cumul dans le cadre des contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel.

589. Il convient d'aborder la question de l'exclusion du cumul de la sanction pénale et de l'amende d'ordre pour violation des dispositions du contrat de fourniture d'énergie en droit luxembourgeois.

Le législateur luxembourgeois conditionne le prononcé de l'amende d'ordre prévue pour les contrats de fourniture d'électricité ou de gaz à l'absence du prononcé d'une sanction pénale¹⁷⁸³. Le prononcé exclusif de chaque nature d'amende semble justifié en l'espèce par le montant maximal très élevé de l'amende d'ordre qui est d'un million d'euros. Malgré le montant identique de l'amende d'ordre pouvant être prononcée pour sanctionner les obligations légales d'information du contrat de service de communications électronique, le législateur luxembourgeois n'y a pas prévu une telle exclusion de cumul.

590. Au Luxembourg, « [l]e Conseil d'État a surtout critiqué que les réglementations techniques en cause maintiennent la sanction pénale à côté de la sanction administrative, ce qui pose des problèmes de cumul »¹⁷⁸⁴. Cependant, « la problématique du cumul ne surgi[t] que si la mesure administrative a une nature répressive »¹⁷⁸⁵, ce qui est le cas de l'amende d'ordre qui possède une telle nature.

Lors d'un colloque en 2011, M. Georges Wivenes, Conseiller d'État au Conseil d'État du Luxembourg, rappelle que « [l]e cumul des sanctions administratives avec les sanctions pénales est une question récurrente dans les avis du Conseil d'État », car le législateur luxembourgeois a souvent pris partie de « combiner les deux mécanismes de sanction »¹⁷⁸⁶.

¹⁷⁸³ Loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel, art. 60, paragr. (1), al. 2 ; Loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité, art. 65, paragr. (1), al. 2.

¹⁷⁸⁴ WIVENES Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution du Conseil d'État du Luxembourg », in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, colloque, réunion des Conseils d'État du Benelux et de la Cour administrative du Luxembourg, Bruxelles, 21 oct. 2011, p. 19.

¹⁷⁸⁵ WIVENES Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution du Conseil d'État du Luxembourg », *op. cit.* p. 21.

¹⁷⁸⁶ WIVENES Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution du Conseil d'État du Luxembourg », *op. cit.*, p. 27.

Ainsi l'auteur précise qu'une situation type est celle d'un cumul entre sanction pénale et sanction administrative¹⁷⁸⁷.

591. Selon les critères du Conseil d'État luxembourgeois, « [l]e cumul d'amendes d'ordre avec des amendes pénales est inadmissible si les sanctions ont toutes les deux une finalité répressive »¹⁷⁸⁸. Seules les mesures ayant une finalité différente peuvent se cumuler, comme une peine et une mesure administrative préventive, ce qui n'est pas le cas lorsqu'une amende pénale et une amende administrative sont prononcées puisqu'il s'agit de deux mesures répressives.

Dans divers avis en date de 2002, le Conseil d'État luxembourgeois a énuméré les trois cas dans lesquels il estime que le cumul entre une amende d'ordre et une amende pénale est légitime¹⁷⁸⁹. Le Conseil d'État luxembourgeois reprend les conditions énumérées par le Conseil d'État français qu'il cite expressément. Cependant, l'auteur constate que le Conseil d'État luxembourgeois « n'a pas affiné son raisonnement ni précisé pourquoi le cumul ne pouvait être justifié » et que les « critères consacrés [...] sont en effet loin d'être clairs »¹⁷⁹⁰.

592. Parmi les hypothèses de cumuls évoquées, le plus surprenant est sûrement celui d'une sanction pénale ou administrative, principalement répressives, avec une sanction civile. En effet, cette dernière assume majoritairement une fonction réparatrice mais peut, comme en l'espèce, être qualifiée de peine privée.

D. Le cumul entre une sanction pénale ou administrative et une sanction civile

593. La sanction civile peut être qualifiée de peine privée, et endosse alors une fonction répressive, lorsque son prononcé dépend de la faute du professionnel et non pas du préjudice

¹⁷⁸⁷ L'auteur rappelle qu'en pratique il existe également des cumul entre deux sanctions administratives, entre une sanction pénale et deux sanctions administrative ou entre une sanction pénale, une sanction administrative et une sanction disciplinaire.

¹⁷⁸⁸ WIVENES Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution du Conseil d'État du Luxembourg », *op. cit.*, p. 30.

¹⁷⁸⁹ Avis du 29 janv. 2002 (doc. parl. n° 4694/07 et n° 4735/06) (WIVENES Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution du Conseil d'État du Luxembourg », in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, colloque, réunion des Conseils d'État du Benelux et de la Cour administrative du Luxembourg, Bruxelles, 21 oct. 2011, p. 30).

¹⁷⁹⁰ WIVENES Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution du Conseil d'État du Luxembourg », in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, colloque, réunion des Conseils d'État du Benelux et de la Cour administrative du Luxembourg, Bruxelles, 21 oct. 2011, p. 30.

subi par le consommateur. Les sanctions civiles répressives entrant en cumul avec une sanction pénale ou administrative afin de sanctionner le manquement à une obligation légale d'information est la déchéance du droit aux intérêts, uniquement en droit français (1), et la nullité automatique du contrat (2).

1. Le cumul entre l'amende pénale et la déchéance du droit aux intérêts en droit français

594. La déchéance du droit aux intérêts est la sanction, en droit français, du manquement par le professionnel à ses obligations d'information des contrats de crédit à la consommation et immobilier, ainsi que du contrat de prêt viager hypothécaire, notamment du formalisme informatif.

595. Tout d'abord, le prêteur est déchu en totalité du droit aux intérêts¹⁷⁹¹ lorsqu'il accorde un crédit à la consommation sans communiquer à l'emprunteur les informations précontractuelles¹⁷⁹², sans remettre la fiche d'information¹⁷⁹³ ou sans remettre un contrat conforme¹⁷⁹⁴, par exemple qui ne comporte pas de formulaire détachable de rétractation¹⁷⁹⁵. Le prêteur sera déchu du droit aux intérêts en totalité ou dans la proportion fixée par le juge¹⁷⁹⁶ lorsqu'il n'a pas fourni les explications nécessaires permettant à l'emprunteur de déterminer si l'offre est adaptée à ses besoins et sa situation financière¹⁷⁹⁷ ou les informations de nature financières au cours de l'exécution du contrat de prêt, telle la modification du taux débiteur¹⁷⁹⁸.

Ensuite, l'omission du prêteur de respecter les formalités relatives à l'information précontractuelle de l'emprunteur¹⁷⁹⁹ ou l'omission de prévoir pas de formulaire

¹⁷⁹¹ C. consom. fr., art. L. 341-1 et s. [anc. art. L. 311-48, al. 1].

¹⁷⁹² C. consom. fr., art. L. 312-12 [anc. art. L. 311-6].

¹⁷⁹³ C. consom. fr., art. L. 312-17 [anc. art. L. 311-10].

¹⁷⁹⁴ C. consom. fr., art. L. 312-18 [anc. art. L. 311-11].

¹⁷⁹⁵ C. consom. fr., art. L. 312-21 [anc. art. L. 311-12, al. 1]. Ex. Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 2010, n° 08-20403, POISSONNIER Ghislain, « Sanction du défaut de bordereau de rétractation », Gaz. Pal. 8 avr. 2010, n° 98, p. 12.

¹⁷⁹⁶ C. consom. fr., art. L. 341-2 [anc. art. L. 311-48, al. 2].

¹⁷⁹⁷ C. consom. fr., art. L. 312-14 [anc. art. L. 311-8].

¹⁷⁹⁸ C. consom. fr., art. L. 312-31 [anc. art. L. 311-21], art. L. 312-89 [anc. art. L. 311-44, al. 2 et 3].

¹⁷⁹⁹ C. consom. fr., art. L. 312-12 [anc. art. L. 311-6].

détachable¹⁸⁰⁰ est punie par une peine d'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe¹⁸⁰¹.

596. La situation de cumul entre l'amende pénale et la déchéance du droit aux intérêts est également prévue pour le manquement aux diverses obligations d'informations édictées pour le contrat de crédit immobilier¹⁸⁰².

Ainsi, le fait pour le prêteur de ne pas respecter le formalisme informatif¹⁸⁰³ est puni d'une part, de la faculté pour le juge de prononcer la déchéance totale ou partielle du droit aux intérêts¹⁸⁰⁴, et d'autre part, d'une amende délictuelle de 150 000 euros¹⁸⁰⁵ (l'amende délictuelle était de 3 750 euros avant la loi Hamon)¹⁸⁰⁶. En revanche, l'omission de remise de la fiche standardisée¹⁸⁰⁷ n'est sanctionnée que d'une peine d'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe¹⁸⁰⁸. Ces sanctions apparaissent sévères mais M. Guy Raymond affirme que « *la pratique montre que la sanction pénale n'est pratiquement jamais prononcée* »¹⁸⁰⁹.

L'ordonnance française du 14 mars 2016 réformant le Code de la consommation a introduit l'existence d'un double plafond au montant de la déchéance fixé par le juge dans certaines circonstances. Ainsi, en matière de contrat immobilier, le juge a la possibilité de prononcer la déchéance du droit aux intérêts dans la proportion qu'il fixe, « *jusqu'à un montant ne pouvant excéder 30 % des intérêts, plafonné à 30 000 euros* »¹⁸¹⁰. Ce plafond est prévu par exemple pour le prêteur qui accorde un crédit immobilier alors qu'il avait proposé une assurance en couverture d'un crédit sans respecter les obligations précontractuelles d'information relative au coût de l'assurance¹⁸¹¹.

¹⁸⁰⁰ C. consom. fr., art. L. 312-21 [anc. art. L. 311-12].

¹⁸⁰¹ C. consom. fr., art. R. 341-2 et R. 341-4 [anc. art. L. 311-49, al. 1].

¹⁸⁰² V. PIÉDELIÈVRE Stéphane, « Remarques sur les sanctions civiles dans les dispositions relatives à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier », JCP N, 1995, doct. 889.

¹⁸⁰³ C. consom. fr., art. L. 313-24 et L. 313-25.

¹⁸⁰⁴ C. consom. fr., art. L. 341-34.

¹⁸⁰⁵ C. consom. fr., art. L. 341-37 [anc. art. L. 312-33].

¹⁸⁰⁶ C. consom. fr., anc. art. L. 312-33, al. 1.

¹⁸⁰⁷ C. consom. fr., art. L. 313-24, al. 2.

¹⁸⁰⁸ C. consom. fr., art. R. 341-20.

¹⁸⁰⁹ RAYMOND Guy, « Sanction de l'offre irrégulière », Contrats-conc.-consom. n° 2, févr. 2009, comm. 63.

¹⁸¹⁰ C. consom. fr., art. L. 341-25.

¹⁸¹¹ C. consom. fr., art. L. 313-7. Nous pouvons également mentionner, même s'il s'agit plutôt d'une obligation de conseil, puisque les éléments d'information sont adaptés au consommateur, que le plafond de la déchéance du droit aux intérêts est également prévue pour le prêteur qui accorde un crédit immobilier sans avoir fourni à l'emprunteur les explications adéquates permettant à celui-ci de déterminer si le contrat de crédit est adapté à sa situation financière (art. L. 341-27, 1°).

597. Enfin, l'émission par le prêteur d'une offre de prêt viager hypothécaire non conforme à un consommateur, autrement dit qui ne comporte pas les mentions obligatoires¹⁸¹², procure au juge la faculté de prononcer la déchéance totale ou partielle du droit aux intérêts¹⁸¹³ ainsi qu'une amende pénale délictuelle de 150 000 euros¹⁸¹⁴ et des peines complémentaires¹⁸¹⁵.

Après avoir illustré les situations de cumul de l'amende pénale et de la déchéance du droit aux intérêts, il faut en mesurer l'efficacité répressive et dissuasive.

598. Le caractère de peine privée de la déchéance du droit aux intérêts n'est plus à démontrer. En effet, « [l]es travaux préparatoires de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 révèlent que la déchéance du droit aux intérêts avait [...] été conçue comme une sanction sévère devant inciter les organismes prêteurs à respecter la loi et les modèles types, en sus des sanctions pénales pouvant être prononcées en ce cas »¹⁸¹⁶.

M. Ghislain Poissonnier prête cependant à la déchéance du droit aux intérêts une double fonction, à la fois répressive et réparatrice. Ainsi l'auteur avance qu'elle « vise tant à sanctionner un comportement irrégulier (elle présente un caractère punitif destiné à imposer aux professionnels du crédit un comportement raisonnable, loyal et transparent sur le marché financier) qu'à réparer un préjudice subi par l'emprunteur »¹⁸¹⁷. Nous ne sommes pas entièrement d'accord avec cette affirmation. En effet, il peut être argué que le préjudice ne découle pas simplement du non-respect de l'obligation d'information et qu'il doit être prouvé. De plus, le prononcé de la déchéance (obligatoire pour le crédit à la consommation et facultative pour le crédit immobilier) ou la détermination de sa proportion par le juge (totale ou partielle) n'est pas conditionné à l'existence d'un préjudice du consommateur mais bien à la seule faute du professionnel.

Pour la plupart, les déchéances édictées pour les contrats de crédit à la consommation sont obligatoires. Or, « [c]ela ne va pas sans inconvénient, car les manquements peuvent être plus ou moins graves, ils peuvent avoir une incidence plus ou moins grande sur la décision du

¹⁸¹² C. consom. fr., art. L. 315-9.

¹⁸¹³ C. consom. fr., art. L. 341-54.

¹⁸¹⁴ C. consom. fr., art. L. 341-57.

¹⁸¹⁵ C. consom. fr., art. L. 351-60.

¹⁸¹⁶ POISSONNIER Ghislain, « Pour une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation », *Contrats-conc.-consom.* n° 7, juill. 2013, étude 10, n° 9. Sur l'encadrement de la convention de crédit à la consommation et celle de crédit immobilier, v. PICOD Yves et DAVO Hélène, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey Université, 2010, n° 430 et s.

¹⁸¹⁷ POISSONNIER Ghislain, *op. cit.*, n° 4.

consommateur »¹⁸¹⁸. C'est de son automaticité, mais surtout de son intensité, déchéance totale, que la déchéance tire sa fonction répressive.

M. Guy Raymond estime que si l'automaticité de la sanction est compréhensible pour les manquements graves, comme la rédaction en caractères inférieurs au corps huit, « *il n'est pas souhaitable que la rigidité s'instaure et que la déchéance soit prononcée pour des manquements au formalisme qui n'ont en rien affecté le consentement de l'emprunteur* » et que cette rigidité incite certains juges du fond à considérer que les manquements au formalisme sont inexistantes¹⁸¹⁹.

599. Selon Mmes Mireille Delmas-Marty et Geneviève Giudicelli-Delage, la présence de sanctions pénales est justifiée puisque « [l]e droit pénal intervient lorsque l'incitation à consommer par le moyen de l'emprunt se fait au détriment de l'information du consommateur. Le risque était de faire basculer l'endettement, moyen de financement normal, en surendettement, nuisible tant au plan individuel qu'au plan économique »¹⁸²⁰. D'autres auteurs se prononcent dans ce sens et estiment que l'existence de sanctions pénales en droit de la consommation traduit le souhait du législateur français « *de tempérer les rigueur du libéralisme économique en imposant une éthique de la distribution, de la consommation* »¹⁸²¹. En effet, « *la sécurité des affaires commande que la volonté des parties soit donnée en connaissance de cause* »¹⁸²². M. Guy Raymond semble saluer l'existence des amendes pénales : « *À travers la sanction pénale des manquements au formalisme en matière de crédit*

¹⁸¹⁸ RAYMOND Guy, « Crédit – formalisme – sanctions en droit de la consommation », in *Mélanges offerts à Pierre COUV RAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 118.

¹⁸¹⁹ RAYMOND Guy, « Crédit – formalisme – sanctions en droit de la consommation », in *Mélanges offerts à Pierre COUV RAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 118. Ainsi la Cour d'appel d'Orléans (CA Orléans, 30 mars 2000, SA Franfinance/Cossinet, n° 99/00789, JurisData n° 2000-117562) informe le jugement du 5 janvier 1999 rendu par le tribunal d'instance de Montargis qui avait d'office appliqué la déchéance du droit aux intérêts du prêteur pour « *manquement aux impératifs de lisibilité de l'article R. 311-6, alinéa 2, du Code de la consommation* » en retenant que si « *les caractères d'imprimerie sont du corps exigé* », « *l'espacement entre les lignes était insuffisant en ce que les caractères de ces lignes occupaient une partie de l'espace compris entre deux lignes, que cet espace n'était pas, lui-même, du corps huit et que les caractères, imprimés dans une encre noire assez pâle, ne se détachaient pas suffisamment du fond* ». En effet, la Cour d'appel estime que l'article R. 311-6, alinéa 2, du Code de la consommation impose le corps huit aux seuls caractères de l'offre, que ceux si le sont, et que l'offre est présentée de manière claire et lisible.

¹⁸²⁰ DELMAS-MARTY Mireille et GIUDICELLI-DELAGE Geneviève (dir.), *Droit pénal des affaires*, 4^e éd., Thémis Droit privé, PUF, 2000, p. 564.

¹⁸²¹ RAYMOND Guy, « Crédit – formalisme – sanctions en droit de la consommation », in *Mélanges offerts à Pierre COUV RAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 113.

¹⁸²² RAYMOND Guy, « Crédit – formalisme – sanctions en droit de la consommation », in *Mélanges offerts à Pierre COUV RAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 113.

à la consommation et du crédit immobilier, le législateur a pris en compte l'intérêt global de la société »¹⁸²³.

600. Le cumul de l'amende pénale et de la déchéance du droit aux intérêts en droit français afin de sanctionner le manquement aux nombreuses obligations d'information édictées dans le cadre d'un contrat de crédit accordé au consommateur semble inefficace. En effet, l'efficacité répressive de la sanction nécessite qu'elle soit proportionnelle à la gravité de la faute. Or, encore une fois, le cumul de sanctions semble trop sévère. L'amende pénale comme la déchéance du droit aux intérêts porte atteinte au patrimoine du professionnel. L'amende pénale porte atteinte au patrimoine actuel, tandis que la déchéance porte également atteinte au patrimoine futur en lui faisant perdre les sommes à venir qui lui étaient dues. L'ordonnance de 2016 a apporté un double plafond mais son champ d'application reste restreint.

Cependant, les propos de M. Guy Raymond permettent d'apporter une nuance. En effet, celui-ci affirme : « encore faudrait-il que le ministère public se saisisse des infractions commises par les établissements de crédit, infractions dont il a connaissance à travers le contentieux civil »¹⁸²⁴. Or il relève également qu'« il est intéressant de constater que les litiges relatifs au formalisme en matière de crédit relèvent rarement du contentieux pénal. Les victimes préfèrent utiliser les sanctions civiles, se souciant peu d'obtenir une condamnation pénale de l'organisme de crédit »¹⁸²⁵. Ainsi l'auteur regrette que « le ministère public ne soit pas plus vigilant et actif en ce domaine »¹⁸²⁶. Si ce constat est en effet à déplorer, il tend en pratique à limiter le cumul entre l'amende pénale et la déchéance du droit aux intérêts.

601. La sanction pénale, tout comme la sanction administrative, peut se cumuler avec une autre peine privée, la nullité automatique du contrat.

2. Le cumul entre une sanction pénale ou administrative et une nullité automatique du contrat

602. La nullité du contrat est dite automatique lorsqu'elle est prononcée par le juge de plein droit si invoquée par le consommateur. Ainsi, une sanction pénale ou administrative peut se

¹⁸²³ RAYMOND Guy, *op. cit.*, p. 115.

¹⁸²⁴ RAYMOND Guy, *op. cit.*, p. 114.

¹⁸²⁵ RAYMOND Guy, *op. cit.*, p. 113.

¹⁸²⁶ *Ibid.*

cumuler avec la nullité du contrat pour violation de règles de forme (a) ou violation de règles d'ordre public (b).

- a. Le cumul entre la sanction pénale ou administrative et la nullité du contrat pour violation de règles de forme

603. Le formalisme informatif est une nouvelle forme de formalisme, puisque ces règles de forme impératives ont pour objectif l'information du consommateur. Les parties ne peuvent y déroger et ces règles peuvent être imposées sous peine de nullité pour dissuader le professionnel d'y déroger. En effet, la seule violation d'une règle de forme suffit à entraîner le prononcé du contrat, sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve d'un préjudice. Le cumul de la nullité pour règle de forme et une sanction pénale ou administrative semble disproportionnée et donc sévère pour le manquement à une obligation légale d'information, ce qui rend la sanction répressive inefficace. Plusieurs illustrations de ce cumul sont présentes en droits français et luxembourgeois.

604. Tout d'abord, le formalisme prescrit pour le contrat d'achat de métaux précieux en droit français est sanctionné par la nullité du contrat ainsi que par une peine d'emprisonnement de deux ans et une peine d'amende de 150 000 euros¹⁸²⁷. Cette sévérité s'explique par le montant probablement élevé du contrat.

605. Ensuite, en droit français, le contrat de courtage matrimonial¹⁸²⁸ est régi par les dispositions de l'article 6 de la loi du 23 juin 1989¹⁸²⁹ et celles du décret du 16 mai 1990¹⁸³⁰ qui ont récemment été intégrées au Code de la consommation par la l'ordonnance du 14 mars 2016. Ce contrat est défini comme « [l]'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, proposée par un professionnel »¹⁸³¹. Le contrat de courtage matrimonial proposé par une agence matrimoniale doit être conforme à un certain formalisme imposé par la loi. Le contrat doit être rédigé par écrit en caractères lisibles dont un exemplaire

¹⁸²⁷ C. consom. fr., art. L. 242-34 et art. L. 242-36.

¹⁸²⁸ RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, n° 448 et s.

¹⁸²⁹ L. n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales, JORF du 29 juin 1989, p. 8047.

¹⁸³⁰ D. n° 90-422 du 16 mai 1990.

¹⁸³¹ C. consom. fr., art. L. 224-90, al. 1 [anc. loi du 23 juin 1989, art. 6, paragr. I, al. 1].

est remis au consommateur au moment de la conclusion du contrat¹⁸³². Le contrat doit comporter, sous peine de nullité¹⁸³³, certaines mentions obligatoires dont le nom et les coordonnées du professionnel, la nature des prestations fournies ainsi que le montant et les modalités de paiement du prix¹⁸³⁴.

De plus, l'indication des qualités de la personne recherchées par le consommateur doit être annexée au contrat, telles la catégorie d'âge, la région de résidence, la situation familiale et professionnel et les qualités essentielles recherchées¹⁸³⁵, sous peine d'une peine d'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe¹⁸³⁶. Le fait pour le professionnel de ne pas remettre au consommateur un exemplaire du contrat ainsi que l'annexe est puni de la même peine¹⁸³⁷. Ensuite, toute annonce personnalisée diffusée par l'intermédiaire du professionnel doit comprendre certaines mentions. Certaines sont relatives aux coordonnées du professionnel, et les autres concernent une description du consommateur (âge, sexe, situation familiale et professionnels) et les caractéristiques de la personne recherchée¹⁸³⁸. La diffusion d'une annonce personnalisée non conforme fait encourir au professionnel une peine d'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe¹⁸³⁹.

606. Peut également être cité le contrat d'utilisation de bien à temps partagé, de produits de vacances à long terme, de revente et d'échange en droits français et luxembourgeois. Le contrat dit contrat de « *timeshare* » présente un formalisme informatif issu de la législation de l'Union européenne¹⁸⁴⁰. Le législateur européen a uniquement envisagé la sanction du manquement à la fourniture du formulaire de rétractation (qui fait partie du contrat) d'une part, et du manquement aux obligations d'information précontractuelles et du formulaire standard d'information d'autre part. Ces deux manquements se traduisent par la prorogation du délai de rétractation en cas d'omission de remise du formulaire ou des informations (respectivement un an et quatorze jours, et trois mois et quatorze jours), et par le simple

¹⁸³² *Ibid.*

¹⁸³³ C. consom. fr., art. L. 242-32 [anc. loi du 23 juin 1989, art. 6, paragr. I, al. 2].

¹⁸³⁴ Ex. d'un contrat matrimonial annulé pour fausseté de la date que la Cour de cassation française assimile à l'absence de date (Cass. 1^{ère} civ., 13 janv. 1998, n° 96-12047, Contrat-conc.-consom. 1998, comm. 62).

¹⁸³⁵ C. consom. fr., art. R. 224-1 [anc. décret du 16 mai 1990, art. 1^{er}].

¹⁸³⁶ C. consom. fr., art. R. 242-16 [anc. décret du 16 mai 1990, art. 3, 1^o].

¹⁸³⁷ C. consom. fr., art. R. 242-17 [anc. décret du 16 mai 1990, art. 3, 2^o].

¹⁸³⁸ C. consom. fr., art. R. L. 224-93, al. 1 et 2.

¹⁸³⁹ C. consom. fr., art. R. 242-19 [anc. décret du 16 mai 1990, art. 3, 4^o].

¹⁸⁴⁰ Directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange. Cette directive abroge la directive 94/47/CE du 26 oct. 1994.

déplacement du point de départ du délai de rétractation en cas de remise du formulaire dans l'année ou des informations dans les trois mois suivant la conclusion du contrat (le délai initialement prévu de quatorze jours commence à courir)¹⁸⁴¹.

La loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques (1) et un arrêté du 15 juin 2010¹⁸⁴² transposent la directive en droit français. Ces dispositions ont été insérées aux articles L. 224-69 et suivants du Code de la consommation¹⁸⁴³. Le manquement par le professionnel à ces obligations légales d'information, comme la fourniture d'une offre préalable conforme, est sanctionné par la nullité du contrat¹⁸⁴⁴. Le fait de fournir une offre préalable non conforme est également sanctionné par une amende de 15 000 euros pour les personnes physiques¹⁸⁴⁵ et le quintuple pour les personnes morales¹⁸⁴⁶. Le montant maximal de l'amende a été multiplié par dix par la loi Hamon puisqu'il était de 15 000¹⁸⁴⁷. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité de cet article à la Constitution¹⁸⁴⁸. Les députés requérants estimaient que le nouveau montant maximal créé par la loi du 17 mars 2014 procurait un caractère disproportionné à la sanction qui pouvait « *mettre en péril l'activité des entreprises et porter atteinte à la liberté d'entreprendre* »¹⁸⁴⁹. Le Conseil a estimé que cet article était conforme à la Constitution, autrement dit qu'il n'y a pas de disproportion manifeste entre le nouveau montant de l'amende pénale et l'infraction, sous réserve qu'en cas de cumul avec une sanction administrative soit appliqué le principe de proportionnalité qui commande que le montant global des sanctions prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des

¹⁸⁴¹ Si le formulaire de rétractation n'était pas inclus dans le contrat, le consommateur peut exercer son droit pendant un an et quatorze jours à compter de la conclusion du contrat (art. L. 121-70, al. 1 ; reprise de l'art. 6, paragr., 3 point a) de la directive). La sanction est donc la prorogation du délai de rétractation (prorogation de douze mois). Cependant, il y a simplement déplacement du point de départ du délai de quatorze jours lorsque le formulaire a été remis dans l'année suivant la conclusion du contrat (art. L. 121-70, al. 2 ; reprise de l'art. 6, paragr. 4 de la directive). La prorogation est seulement de trois mois et quatorze jours lorsque le professionnel a omis de remettre au consommateur les informations précontractuelles (art. L. 121-63 et L. 121-64) sur support durable ainsi que le formulaire d'information (art. L. 121-70, al. 3 ; reprise de l'art. 6, paragr. 3, point b) de la directive). Il y a également simple déplacement du point de départ du délai de quatorze jours lorsque ces informations lui sont remises dans le délai de trois mois (art. L. 121-70, al. 4 ; reprise de l'art. 6, paragr. 4 de la directive).

¹⁸⁴² Arrêté du 15 juin 2010 fixant le contenu des formulaires standards d'information relatifs aux contrats d'utilisation de biens à temps partagé, aux contrats de produits de vacances à long terme, aux contrats de revente, aux contrats d'échange et le contenu du formulaire standard de rétractation visant à faciliter le droit de rétractation.

¹⁸⁴³ Anc. art. L. 121-60 et s.

¹⁸⁴⁴ C. consom. fr., art. L. 242-26 [anc. art. L. 121-79-5]. Ex. d'application : Civ. 3^{ème}, 26 janv. 2011, n° 09-71836.

¹⁸⁴⁵ C. consom. fr., art. L. 242-28.

¹⁸⁴⁶ C. consom. fr., art. L. 242-31, al. 3.

¹⁸⁴⁷ C. consom. fr., anc. art. L. 121-79-2, 1°.

¹⁸⁴⁸ Cons. const., 13 mars 2014, n° 2014-690 DC.

¹⁸⁴⁹ Cons. 80 et 84.

sanctions encourues¹⁸⁵⁰. Enfin, l'administration a le pouvoir de transiger sur cette sanction pénale¹⁸⁵¹. Les personnes physiques¹⁸⁵² et les personnes morales¹⁸⁵³ encourrent également des peines complémentaires, notamment des interdictions professionnelles.

Les obligations légales d'information précontractuelles sont à la fois sanctionnées par la sanction civile et la sanction pénale¹⁸⁵⁴. Cependant, toutes les obligations légales d'information édictées pour ce contrat ne sont pas sanctionnées par ce cumul de sanction, telle la remise du contrat sur support durable, l'obligation d'attirer l'attention du consommateur sur l'existence de la faculté de rétractation et les mentions obligatoires du contrat¹⁸⁵⁵.

607. La directive 2008/122/CE a été transposée en droit luxembourgeois par la loi du 18 décembre 1998 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers¹⁸⁵⁶ dont les dispositions ont été intégrées aux articles L. 223-1 et suivants du Code de la consommation. Les obligations légales d'information, issues du droit européen, sont similaires à celles du droit français. À l'image du droit français, le législateur luxembourgeois a également prévu une nullité de plein droit mais dont le champ d'application est plus restreint. En effet, le contrat est nul de plein droit uniquement lorsqu'il n'a pas été rédigé en autant d'exemplaires que de parties, à moins qu'il s'agisse d'un acte notarié¹⁸⁵⁷. Cette modalité ne sanctionne pas le formalisme informatif et constitue plutôt une règle de validité de formation du contrat.

Le professionnel luxembourgeois qui ne fournit pas au consommateur les informations précontractuelles, un contrat comportant les mentions obligatoires ou ne respecte pas leurs

¹⁸⁵⁰ Cons. 86.

¹⁸⁵¹ C. consom. fr., art. L. 523-1, 2°. La transaction de l'Administration est possible selon ce texte pour les délits non punis d'une peine d'emprisonnement prévus aux Livres I, II et III, ainsi que pour le délit de pratique commerciale déloyale. Ces deux conditions sont remplies en l'espèce. La peine d'amende sanctionnant le formalisme informatif du contrat de *timeshare* est délictuelle puisqu'elle dépasse les 3 750 euros, limite maximale des amendes contraventionnelles L'amende de nature contraventionnelle est inférieure ou égale à 3 000 euros. De plus, cette peine est prévue au Livre II du Code de la consommation.

¹⁸⁵² C. consom. fr., art. L. 242-31, al. 1 et 2 [anc. art. L. 121-79-4, al. 1].

¹⁸⁵³ C. consom. fr., art. L. 242-31, al. 3 et 4 [anc. art. L. 121-79-4, al. 2].

¹⁸⁵⁴ C. consom. fr., art. L. 224-73 à L. 224-78.

¹⁸⁵⁵ C. consom. fr., art. L. 224-76 à L. 224-78.

¹⁸⁵⁶ Mém. A – N° 4 du 26 janv. 1999, p. 70. Loi modifiée par la Loi du 29 juin 2000 (Mém. A – 51 du 5 juill. 2000, p. 1120), la Loi du 19 déc. 2003 fixant les conditions d'agrément des organisations habilitées à intenter des actions en cessation en matière de protection des intérêts collectifs des consommateurs (Mém. A – 189 du 31 déc. 2003) et la loi du 23 avr. 2008 sur la protection des consommateurs (Mém. A – 55 du 29 avr. 2008). Loi abrogée par la Loi du 8 avr. 2011 portant introduction d'un Code de la consommation (Mém. A – N° 69 du 12 avril, p. 2011).

¹⁸⁵⁷ C. consom. lux., art. L. 223-5, paragr. (5).

modalités d'exécution encourt une amende pénale de 251 à 25 000 euros¹⁸⁵⁸, montant maximal six fois moins élevé que celui prévu par le législateur français.

608. Ensuite, le législateur français se montre particulièrement sévère envers le professionnel qui n'exécute pas le formalisme informatif prescrit pour les contrats conclus hors établissement¹⁸⁵⁹. Ainsi, le professionnel doit notamment remettre un exemplaire daté et signé au consommateur, sur papier ou sur un support durable avec accord. Le contrat doit contenir des mentions obligatoires, qui reprennent les obligations précontractuelles d'information. Enfin, le contrat doit être accompagné d'un formulaire de rétractation détachable et conforme. Tout d'abord, toutes ces dispositions sont prescrites sous peine de nullité du contrat¹⁸⁶⁰. Ensuite, le professionnel encourt une peine d'emprisonnement de deux ans et une amende de 150 000 euros s'il ne remet pas au client un exemplaire du contrat dans les conditions prévues, ou s'il remet un contrat non conforme¹⁸⁶¹. De plus, la même peine peut être prononcée si le formulaire de rétractation détachable est absent ou s'il est remis au consommateur un formulaire non conforme¹⁸⁶². La sévérité du législateur peut s'expliquer par la vulnérabilité accrue du consommateur en dehors d'un établissement commercial. On peut imaginer que le consommateur ne se sent pas autant obligé¹⁸⁶³.

609. Peuvent enfin être mentionnés les contrats conclus à distance par voie électronique en droit français. Le deuxième alinéa de l'article L. 221-14¹⁸⁶⁴ impose que « *la fonction utilisée par le consommateur pour valider sa commande comporte la mention claire et lisible :*

¹⁸⁵⁸ C. consom. lux., art. L. 223-13.

¹⁸⁵⁹ C. consom. fr., art. L. 221-9.

¹⁸⁶⁰ C. consom. fr., art. L. 242-1.

¹⁸⁶¹ C. consom. fr., art. L. 242-5.

¹⁸⁶² C. consom. fr., art. L. 242-6.

¹⁸⁶³ Législation en vigueur avant la loi Hamon prescrivait également des sanctions pénales et la nullité du contrat pour non-respect des règles de forme du contrat conclu par démarchage. Les peines pénales ont cependant été aggravées. Le contrat devait être écrit, contenir des mentions obligatoires, être lisible par le consommateur, établi en double exemplaire et signé par le consommateur (C. consom. fr., anc. art. L. 121-23 à L. 121-26). Les mentions étaient prescrites à peine de nullité. Dans un premier temps la Cour de cassation avait opté pour une nullité absolue du contrat (Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 1994, Contrats-conc.-consom. 1994, comm. 152 ; CA Metz, ch. civ., 3 déc. 1992, Contrats-conc.-consom. 1993, comm. 144). Puis elle a considéré que la nullité était relative, admettant la possibilité pour les parties de confirmer le contrat (Cass. civ. 1^{ère}, 28 nov. 1995, Contrats-conc.-consom. 1996, comm. 34 ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 oct. 2007, Contrats-conc.-consom. 2008, comm. 29.). M. Guy Raymond n'approuve pas cette décision et affirme que « [c]e caractère relatif de la nullité ne peut donc être que contesté »¹⁸⁶³ puisque le droit de la consommation n'est pas uniquement un ensemble de règles protectrices du consommateur mais également un droit de régulation des marchés. De plus, la violation du formalisme prescrit aux articles précités constituait une infraction sanctionnée par un an d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende (anc. L. 121-28), ainsi qu'une peine complémentaire d'interdiction d'exercer une profession commerciale (anc. L. 121-29).

¹⁸⁶⁴ C. consom. fr., anc. art. L. 121-19-3, al. 2.

commande avec obligation de paiement ou une formule analogue, dénuée de toute ambiguïté, indiquant que la passation d'une commande oblige à son paiement ». À défaut d'exécution de cette mention obligatoire, le contrat peut être annulé de plein droit¹⁸⁶⁵, et le professionnel encourt amende administrative¹⁸⁶⁶. La sévérité du législateur semble être justifiée par les conséquences du paiement puisque le consommateur n'en prend pas forcément la mesure.

610. Le cumul entre la nullité du contrat pour règle de forme et une sanction pénale ou administrative en droit français et luxembourgeois afin de sanctionner le manquement à une obligation légale d'information est prévue par le législateur pour certains contrats dont l'enjeu financier est important ou pour les contrats conclus par une pratique commerciale rendant le consommateur plus vulnérable. Ce cumul a vocation à protéger le consommateur mais peut se révéler trop sévère d'une part, car les amendes contraventionnelles et les amendes administratives se cumulent sans plafond légal, et d'autre part puisque le prononcé de la nullité dépend de la simple violation de l'obligation légale d'information, et non de l'existence d'un préjudice ou d'un vice du consentement.

611. La nullité automatique du contrat peut découler de la violation de règles de forme ou de la violation de dispositions d'ordre public.

- b. Le cumul entre l'amende pénale ou administrative et la nullité du contrat pour violation de dispositions d'ordre public

612. La majorité des dispositions des codes de la consommation français et luxembourgeois sont considérées comme présentant un caractère d'ordre public. Si le Code de la consommation luxembourgeois reste muet, le Code français dispose souvent du caractère d'ordre public de ses dispositions (certaines mentions expresses de ce caractère ont d'ailleurs été ajoutées par la loi Hamon). Lorsque le caractère d'ordre public n'est pas expressément prévu par la loi, le juge le déduit de la présence de sanctions pénales. Ainsi, le contrat conclu en violation de dispositions d'ordre public peut être annulé par le juge, sans que la preuve d'un préjudice soit nécessaire, sur le fondement de l'article 6 du Code civil français et

¹⁸⁶⁵ C. consom. fr., art. L. 242-2 [anc. art. L. 121-19-3, al. 2].

¹⁸⁶⁶ C. consom. fr., art. L. 242-10 [anc. art. L. 121-22].

l'article 6 du Code civil luxembourgeois. Des exemples peuvent être cités en droit français comme luxembourgeois.

613. En droit français, le non-respect des obligations d'information prescrites pour les contrats conclus à distance est puni d'une amende administrative et de la nullité automatique du contrat. Les informations précontractuelles communes¹⁸⁶⁷ aux contrats à distance et aux contrats hors établissement doivent être fournies au consommateur¹⁸⁶⁸. De plus, lorsque le consommateur conclut un contrat à distance, le professionnel doit lui remettre la confirmation du contrat sur support durable au plus tard au moment de la livraison et comprendre certaines mentions obligatoires, sauf si elles ont été fournies avant la conclusion du contrat¹⁸⁶⁹. Le professionnel qui manque à une de ces obligations encourt une amende administrative¹⁸⁷⁰. Enfin, selon M. Guy Raymond, le contrat serait nul du seul non-respect des articles édictant les obligations d'information, sur le fondement de l'article 6 du Code civil, puisque l'article L. 221-19 [anc. art. L. 121-25] du Code de la consommation précise que les dispositions de la section réglementant les contrats à distance et hors établissement sont d'ordre public¹⁸⁷¹.

614. Dans le cadre d'un manquement jugé grave, le législateur luxembourgeois a prévu une d'amende pénale ainsi que la nullité automatique du contrat.

L'article L. 122-8, paragraphe (1), du Code de la consommation luxembourgeois dispose que le professionnel auteur d'une pratique commerciale déloyale encourt une amende délictuelle, tandis que le paragraphe (2) du même article précise que toute clause ou combinaison de clauses contraires à la réglementation (des pratiques commerciales déloyales) est « *réputée nulle et non-écrite* », ce qui peut amener à la nullité du contrat entier s'il ne peut subsister sans ces clauses. Le Code ne dispose pas expressément que la nullité découle de la violation de dispositions d'ordre public mais cela peut être déduit, d'une part de la présence d'une sanction pénale, et d'autre part de l'absence de condition autre que la violation de la loi au prononcé de la nullité. La nullité édictée en l'espèce s'apparente donc à une nullité pour ordre public sur le fondement de l'article 6 du Code civil luxembourgeois. La nullité est une sanction répressive dans ce contexte, et non réparatrice comme dans sa fonction « naturelle », car le caractère trompeur de la pratique n'a pas à être rapporté, celle-ci pouvant simplement

¹⁸⁶⁷ C. consom. fr., art. L. 221-5 [anc. art. L. 121-17, paragr. I].

¹⁸⁶⁸ C. consom., art. L. 221-11 [anc. art. L. 121-19].

¹⁸⁶⁹ C. consom., art. L. 221-13 [anc. art. L. 121-19-2, al. 1].

¹⁸⁷⁰ C. consom., art. L. 242-10 [anc. art. L. 121-22].

¹⁸⁷¹ Ord. com. Ile N° 1626/09.

être susceptible de tromper. L'absence de la nécessité de prouver le caractère trompeur de la pratique revient à ne pas demander au consommateur de rapporter la preuve du préjudice qu'il a subi.

615. La nullité du contrat pour violation de dispositions d'ordre public est principalement cumulée avec une sanction pénale. Cependant, le juge français s'est posé la question de son articulation avec la peine privée de la déchéance du droit aux intérêts, qui est également une sanction répressive.

616. Les dispositions relatives au crédit étant d'ordre public, la question s'est posée de savoir si la sanction spéciale de la déchéance pouvait être prononcée simultanément à la nullité du contrat de crédit pour sanctionner le manquement à une obligation légale d'information.

Cette interrogation est notamment apparue à propos de l'inobservation de l'obligation légale d'information énoncée par l'article L. 313-25 [anc. art. L. 312-8] du Code de la consommation de joindre l'échéancier des amortissements à l'offre de contrat de crédit immobilier¹⁸⁷². La Cour de cassation avait admis, dans l'affaire des tableaux d'amortissement¹⁸⁷³, de sanctionner l'inobservation des règles de forme de l'offre préalable de crédit immobilier par la déchéance du droit aux intérêts, prévues par le Code de la consommation, ainsi que par la nullité du prêt, sanction de droit commun¹⁸⁷⁴, sans vérifier l'existence d'un vice du consentement¹⁸⁷⁵. À l'inverse, certains juges du fond, comme les

¹⁸⁷² *A priori*, l'arrêt du 4 décembre 1991 de la Cour d'appel de Paris sanctionne par la nullité du contrat le non-respect des formalités imposées à l'offre de crédit à la consommation (CA Paris, 4 déc. 1991, *CNC Cogiroute La Henin/Ciotti*, n° 90/24071, JurisData n° 1991-024438, Contrats-conc.-consom. 1992, comm. 89, obs. G. Raymond ; cet arrêt confirme le jugement du tribunal d'instance de Provins en ce qu'il a prononcé la nullité du contrat). Mais en réalité, la Cour sanctionne l'absence de consentement (RAYMOND Guy, « Crédit – formalisme – sanctions en droit de la consommation », in *Mélanges offerts à Pierre COUV RAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 116). Était en question un contrat de location avec option de vente en fin de location d'un véhicule Renault neuf, encadré par la loi du 10 janvier 1978, passé entre un consommateur et un professionnel du crédit. Le juge relève plusieurs violations à cette loi, telles l'absence de l'offre du montant de l'assurance DIMC et de l'assurance complémentaire, du coût total des loyers, le coût du financement avec l'option d'achat finale, le coût total avec assurance, la non-correspondance des informations (date, prix) entre l'offre préalable et la demande de bail, ou encore que l'offre préalable ne comporte que l'indication d'un pourcentage de loyers à l'exclusion de toute autre charge, et qu'à ce titre « les évidences de l'espèce mettant en évidence que le locataire n'a pu conformément à cette loi avoir connaissance exacte de la portée de ses engagements pendant le délai de rétractation », etc. La Cour déduit du manquement à ces obligations légales d'information que le contrat est nul comme non-conforme aux dispositions d'ordre de public de la loi de 1978.

¹⁸⁷³ Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 1994, n° 92-12239, Contrats-conc.-consom. 1994, n° 106, obs. G. Raymond.

¹⁸⁷⁴ RAYMOND Guy, « Sanction de l'offre irrégulière », Contrats-conc.-consom. n° 2, févr. 2009, comm. 63.

¹⁸⁷⁵ RZEPECKI Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse, PUAM, 2002, n° 607 ; Cass. 1^{ère} civ., 20 juill. 1994, n° 92-19187 *Epx Kalbacher c/ Crédit agricole mutuel d'Alsace* ; ant. : CA Riom, 7 juin 1990, Gaz. Pal. 1991, 1, somm. 221.

Cour d'appel de Versailles et de Limoges, ne prononçaient que la sanction spéciale de déchéance¹⁸⁷⁶.

Cependant par un revirement en 1999¹⁸⁷⁷, la Cour estime que la déchéance est l'unique sanction civile s'appliquant à ces manquements, solution qui est plus favorable au consommateur puisqu'il n'a pas à rembourser immédiatement au prêteur le capital restant dû. Le juge affirme l'exclusivité du droit spécial, et l'exclusion du droit commun des contrats, lorsque le droit de la consommation prévoit une sanction civile. Ainsi M. Denis Mazeaud explique que « *le non-respect des règles de protection du consentement du consommateur ne peut pas être sanctionné sur le fondement d'une règle du droit commun des contrats, tout du moins lorsque c'est la lettre même de ces règles d'ordre public qui a été méconnue par le professionnel* »¹⁸⁷⁸. Ainsi, la Cour de cassation a plus récemment jugé dans un arrêt du 27 novembre 2008 que la déchéance du droit aux intérêts se distingue de la nullité en droit civil et s'y substitue¹⁸⁷⁹. En l'espèce la Cour a jugé que la seule sanction du défaut d'offre de prêt immobilier par écrit envoyé gratuitement par voie postale aux emprunteurs est la perte, en totalité ou en partie, du droit aux intérêts¹⁸⁸⁰.

617. La question du cumul entre ces deux sanctions s'est également posée pour le manquement du formalisme du contrat de crédit à la consommation. Un jugement du tribunal d'instance de Nogent-sur-Marne du 24 décembre 2013¹⁸⁸¹ avait sanctionné une offre préalable de crédit à la consommation qui ne présentait pas les trois dates exigées par la loi. La date

¹⁸⁷⁶ CA Versailles, 18 janv. 1996, D. Affaires 1996, 514 ; CA Limoges, 13 févr. 1996, D. Affaires 1996, 744.

¹⁸⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1999, n° 96-18909, D. Affaires 1999, 628, obs. C. R. ; Cass. 1^{ère} civ., 23 mars 1999, n° 97-11525, D. 2000, somm. 50, obs. J.-P. Pizzio, D. Affaires, 1999, 754, Contrat.-conc.-consom. 1999, comm. 167, 1^{ère} esp., obs. G. Raymond ; Cass. 1^{ère} civ., 19 mai 1999, n° 97-13042, Contrat.-conc.-consom. 1999, comm. 167, 2^{ème} esp. ; Cass. 1^{ère} civ., 23 nov. 1999, n° 97-14949, Contrat.-conc.-consom. 2000, comm. 51, obs. G. Raymond.

¹⁸⁷⁸ MAZEAUD Denis, « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », in *Études de droit de la consommation : Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 702, n° 8.

¹⁸⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 27 nov. 2008, n° 07-20309, RAYMOND Guy, « Sanction de l'offre irrégulière », Contrats.-conc.-consom. n° 2, févr. 2009, comm. 63.

Mme Marie-Sophie Richard, conseiller référendaire à la Cour de cassation, rappelle que le respect du formalisme légal n'est pas exclusif d'autres sanctions comme la nullité du contrat lorsque le consentement du consommateur est vicié, la recherche de la responsabilité du prêteur au titre de son devoir de conseil, ainsi que la réglementation des clauses abusives (RICHARD Marie-Sophie (conseiller référendaire à la Cour de cassation), « Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit », rapport annuel de la Cour de cassation, 2004, p. 181).

¹⁸⁸⁰ Dans cet arrêt, le formalisme était imposé par l'ancien article L. 312-7 (actuel art. L. 313-24, al. 1) et la sanction de déchéance était prévue à l'ancien article L. 312-33, dernier alinéa (*a priori* pas repris par l'ord. du 14 mars 2016). L'article L. 313-24, alinéa 2, prévoit que l'offre écrite envoyée gratuitement par voie postale doit être accompagnée d'une fiche d'information standardisée européenne lorsque ses caractéristiques sont différentes de la fiche précédemment fournie le cas échéant. Le manquement à cette obligation peut être sanctionné par la déchéance totale ou en partie du droit aux intérêts (art. L. 341-25).

¹⁸⁸¹ TI Nogent-sur-Marne, 24 déc. 2013, n° 11-13-001014, *SA Financo c/ M. V.*

d'émission, la date limite de validité et la date d'acceptation sont nécessaires à la garantie du consentement libre et éclairé du consommateur car elles encadrent le délai de réflexion préalable à la signature par l'emprunteur et l'exercice de la faculté de rétractation. Était en cause une offre de crédit de type prêt accessoire à une vente dont la date limite de validité faisait défaut. La déchéance du droit aux intérêts a été prononcée par le tribunal¹⁸⁸². Ainsi les juridictions françaises sanctionnent l'absence de mention de ces dates dans les contrats de consommation soit par la sanction spéciale qu'est la déchéance du droit aux intérêts, soit par la nullité du prêt sur le fondement de l'article 6 du Code civil pour violation de disposition d'ordre public¹⁸⁸³. M. Ghislain Poissonnier explique qu'« [e]n réalité, dans la mesure où chacune des trois dates constitue un élément important du dispositif du droit du crédit à la consommation et un élément susceptible de vicier le consentement du consommateur au contrat, les deux sanctions – nullité et déchéance du droit aux intérêt – peuvent être prononcées »¹⁸⁸⁴, mais « elles ne peuvent cohabiter. Un choix s'impose »¹⁸⁸⁵.

618. La déchéance du droit aux intérêts sanctionnant le manquement au formalisme du contrat de crédit à la consommation ou immobilier peut être cumulée à des sanctions réparatrices. Mme Marie-Sophie Richard, conseiller référendaire à la Cour de cassation, rappelle ainsi que le respect du formalisme légal n'est pas exclusif d'autres sanctions comme la nullité du contrat lorsque le consentement du consommateur est vicié, la recherche de la responsabilité du prêteur¹⁸⁸⁶, notamment au titre de son devoir de conseil, ainsi que la réglementation des clauses abusives¹⁸⁸⁷.

¹⁸⁸² C. consom. fr., anc. art. L. 311-33 et art. L. 311-48 modifié par la loi du 17 mars 2014, actuels art. L. 341-1 et s.

¹⁸⁸³ Jurisprudence citée par M. Ghislain Poissonnier (POISSONNIER Ghislain, « Un contrat de crédit à la consommation non daté est irrégulier », Gaz. Pal. 27 mars 2014, n° 86).

-ex. pour le défaut de date d'acceptation dans l'offre de crédit à la consommation : nullité : CA Bordeaux, 26 juin 1997, BICC n° 1409 et TI Orléans, 13 mai 2013, n° 11-11-001835 ; déchéance du droit aux intérêts : TI Nogent-sur-Marne, 26 juin 2012, n° 11-11000756 (D. 2012, p. 2021, note G. Poissonnier) et TI Châteaur-Thierry, 21 juin 1994 (Contrats-conc.-consom. 1995, n° 16, obs. G. Raymond) ;

-ex. pour le défaut de date d'émission de l'offre : nullité : TI Orléans, 14 févr. 2012, n° 11-11-000491 ; déchéance du droit aux intérêts : CA Limoges, 2^{ème} ch., 16 janv. 1996, n° 707/94 (Contrat.-conc.-consom. 1996, n° 68, obs. G. Raymond).

¹⁸⁸⁴ L'auteur rappelle que le juge est maître de la qualification juridique des faits et du contrat en application de l'article 12, alinéa 2, du Code de procédure civile.

¹⁸⁸⁵ POISSONNIER Ghislain, *op. cit.*

¹⁸⁸⁶ La question s'est posée dans un contexte qui ne concerne pas les consommateurs mais peut servir de point de comparaison. M. Philippe Théry a traité la question du cumul ou non entre la responsabilité civile et la sanction spéciale de droit des sûretés (THÉRY Philippe, « Les sanctions en droit des sûretés. Entre cycles politiques et désordres techniques », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 293 et s., n° 55 et s. – les références suivantes sont citées par l'auteur). La question s'est posée à la Cour de cassation française de savoir si

la responsabilité civile pouvait se superposer à la déchéance du droit des intérêts, sanction spécifique prévue par le droit des sûretés afin de sanctionner le manquement à une obligation légale d'information. Plus précisément était en cause l'obligation des établissements de crédit ou des sociétés de financement lorsqu'ils ont accordé un « *concours financier à une entreprise* » d'informer annuellement la caution (physique ou morale) du montant principal et des intérêts, commissions et autres qui restent à courir et le terme de cet engagement (l'obligation d'information était prévue par l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984, devenu l'article L. 313-22 C. mon. fin. fr.). La Cour de cassation française a successivement refusé et admis le cumul entre la déchéance et la responsabilité civile (respectivement dans un arrêt du 7 avr. 1992 (Cass. com., 7 avr. 1992, n° 90-16455 et n° 90-16707, RTD civ. 1992, 607, obs. M. Bandrac) et un arrêt du 20 oct. 1992 (Cass. com., 20 oct. 1992, n° 90-19812, RTD civ. 1993, 115, obs. J. Mestre, RTD com. 1993, 146, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié)) pour revenir sur sa position initiale de refus dans un arrêt de 2001 (Cass. com., 25 avr. 2001, n° 97-19104, RTD civ. 2001, 922, obs. P. Crocq, RTD com. 2001, 751, obs. M. Cabrillac) et expliquer que « *sauf dol ou faute lourde du dispensateur de crédit, l'omission des informations prévues par ce texte est sanctionnée par la seule déchéance des intérêts* » (THÉRY Philippe, « Les sanctions en droit des sûretés. Entre cycles politiques et désordres techniques », *op. cit.*, n° 55). M. Philippe Théry estime que « [l]orsque le même comportement fait l'objet d'une règle spéciale tout en relevant aussi de l'application d'une règle générale, il paraît logique d'appliquer la règle spéciale qui, autrement, risque de disparaître purement et simplement » (*ibid.*). La règle spéciale assure aussi la prévisibilité de la sanction. Cependant, « *la déchéance plus ou moins étendue du droit aux intérêts ne relevant pas de la responsabilité, on devrait pouvoir admettre un cumul de règles de natures différentes* » (THÉRY Philippe, « Les sanctions en droit des sûretés. Entre cycles politiques et désordres techniques », *op. cit.*, n° 56). L'auteur conclue que « *la solution de la Cour de cassation, qui fait primer la règle sauf faute lourde, malgré la casuistique qu'elle implique, est raisonnable* » (*ibid.*).

¹⁸⁸⁷ RICHARD Marie-Sophie (conseiller référendaire à la Cour de cassation), « Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit », rapport annuel de la Cour de cassation, 2004, p. 181.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

619. M. Denis Mazeaud nous rappelle que « [p]arfois, une seule et même violation d'un devoir contractuel donne lieu à de multiples sanctions, assorties de régimes spécifiques. L'exemple de l'obligation précontractuelle d'information est sur ce point extrêmement édifiant. En droit commun des contrats, son inexécution peut donner lieu, [...] à la mise en jeu de la responsabilité du débiteur ou/et à l'annulation du contrat. En droit de la consommation, la nullité est rarement retenue, l'ordre public consumériste préfère recourir aux sanctions pénales, à l'image du droit de la distribution, aux peines civiles telles la déchéance [...] »¹⁸⁸⁸. La multitude de sanctions prévues pour sanctionner le manquement aux diverses obligations légales d'information pose la question de leur articulation. Nous avons constaté que deux types de cumul rendaient la sanction incohérente : le cumul disproportionné et le cumul incohérent.

620. Tout d'abord, le cumul disproportionné de sanctions pécuniaires entre elles doit être limité par l'instauration d'un plafond légal ou d'un pouvoir de modulation. Pour que la sanction soit efficace dans sa fonction répressive, elle doit être proportionnelle à la gravité de la faute du professionnel et ne pas être trop sévère. Si la peine résultant du cumul est de nature à compromettre la situation financière du professionnel, elle ne sera pas prononcée. Or, l'efficacité dissuasive de la sanction nécessite notamment que les cocontractants puissent croire à la réalisation de la sanction. L'ineffectivité de la sanction peut donc être la source de son ineffectivité dissuasive puisqu'une sanction non prononcée n'est pas crainte.

¹⁸⁸⁸ MAZEAUD Denis, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 237, n° 4.
« [...] ou à d'autres sanctions plus inédites comme en témoigne la loi du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection des consommateurs ». En ce qui concerne la loi du 28 janvier 2005, l'auteur explique que « [c]e texte, en cas de contrat à durée déterminée tacitement reconductible, subordonne la reconduction du lien contractuel à l'exécution d'une obligation d'information imposée au professionnel, dont le non-respect emporte une mutation de la durée du contrat renouvelé, qui devient alors à durée indéterminée, et ainsi permet au consommateur de le résilier unilatéralement, à tout moment » (ibid).

621. Ensuite, le cumul incohérent de sanctions réparatrices entre elles d'une part, et de sanctions répressives entre elles d'autre part, doit être réorganisé. Pour être efficace, la sanction réparatrice résultant du cumul doit réparer les effets de la violation. Elle doit respecter le principe de réparation intégrale du préjudice et ne pas indemniser le consommateur au delà. Puis, l'efficacité de la sanction répressive issue du cumul dépend d'une part, de son adaptation au comportement prohibé, en l'espère la réalisation de profits, et d'autre part de sa proportionnalité à la gravité de la faute. La répétition de la violation doit être prise en compte, sans pour autant permettre un cumul illimité, à l'image du cumul disproportionné. L'application cumulative des sanctions doit être cohérente et donc réservée aux sanctions ayant des finalités différentes, autrement dit entre les sanctions répressives (pénales, administratives ou civiles) et les sanctions réparatrices¹⁸⁸⁹. Enfin, la sanction dissuasive est efficace notamment lorsqu'elle est connue des cocontractants. Or, l'actuelle complexité de l'articulation entre les sanctions ne favorise pas la connaissance de leur existence.

622. Le législateur français a compris que l'illisibilité du droit diminuait l'efficacité dissuasive des sanctions. L'ordonnance du 14 mars 2016 a entre autre procédé à la réorganisation structurelle du Code de la consommation français de 1993. Une présentation similaire à celle du Code de la consommation luxembourgeois de 2011 a été adoptée. En effet, les sanctions sont désormais séparées des dispositions auxquelles elles s'appliquent et sont présentées à la suite de celles-ci, dans des titres séparés. Le législateur français est même allé plus loin que le législateur luxembourgeois en classant les sanctions selon leur nature civile, pénale ou administrative. La connaissance des sanctions par les contractants et professionnels du droit est améliorée mais leur articulation reste complexe à appréhender.

623. Nous venons de voir que l'efficacité réparatrice, répressive et dissuasive de la sanction de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois est affectée par un cumul disproportionné ou incohérent. Cependant, d'autres problèmes sont causés par l'existence de tels cumuls, notamment la question de leur conformité au droit supranational ainsi que leur impact dans la réalité judiciaire.

¹⁸⁸⁹ Pour un constat identique en droit de l'environnement, v. NEYRET Laurent, « La sanction en droit de l'environnement. Pour une théorie générale », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 549.

CHAPITRE II – LES PROBLÈMES CAUSÉS PAR LE CUMUL

624. Nous venons de voir que l'efficacité réparatrice, répressive et dissuasive de la sanction de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois est affectée par un cumul de sanctions disproportionné ou incohérent. Le cas particulier du cumul de sanctions répressives de nature pénale et administrative mérite d'attirer notre attention dans la mesure où il semble engendrer d'autres problèmes. En effet, cette combinaison soulève des interrogations, d'une part car elle fait écho au principe de droit pénal *non bis in idem* reconnu au niveau supranational, et d'autre part car elle a la particularité de mettre en œuvre deux ordres de juridiction. Il convient de rappeler brièvement le contexte de ce cumul particulier avant d'analyser les questions qu'il soulève.

625. Les droits français et luxembourgeois connaissent une double voie de répression en droit des affaires, et notamment en droit de la consommation¹⁸⁹⁰. Ainsi, nous avons vu que le professionnel qui manque à son obligation légale d'information prend, dans certaines circonstances, le risque d'être sanctionné à la fois pénalement et administrativement. Cette situation n'a cependant pas autant de chances de se réaliser en droit luxembourgeois qu'en droit français. En effet, de nombreuses amendes administratives introduites en droit français par la loi du 17 mars 2014 sanctionnent notamment des obligations générales d'information, comme l'obligation générale d'information précontractuelle et l'obligation d'indication des prix, ce qui augmente leur chance d'être cumulées à une sanction pénale, qu'il s'agisse d'une peine contraventionnelle sanctionnant des obligations légales d'information édictées pour des contrats particuliers ou d'une peine délictuelle prévue pour les délits de pratique commerciale trompeuse et de tromperie.

¹⁸⁹⁰ Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, *La dépenalisation de la vie des affaires*, groupe de travail présidé par Jean-Marie COULON, La documentation française, janv. 2008 ; RAVARANI Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution de la Cour administrative du Luxembourg », in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, colloque, réunion des Conseils d'État du Benelux et de la Cour administrative du Luxembourg, Bruxelles, 21 oct. 2011, p. 33 et s.

626. À l'inverse, à notre connaissance, les amendes administratives concernent uniquement les obligations légales d'information relatives à un contrat particulier en droit luxembourgeois. Sont ainsi sanctionnées par une amende d'ordre, les obligations légales d'information relatives au contrat de fourniture d'électricité ou de gaz naturel et au contrat de services de communications électroniques. Dans le cadre de ces contrats seulement, le manquement à l'obligation légale d'information pourrait également faire l'objet d'une peine contraventionnelle pour manquement à l'obligation d'indication des prix des produits et des services ou d'une peine délictuelle pour pratique commerciale trompeuse ou tromperie.

627. Au delà du champ d'application différent des sanctions administratives en droits français et luxembourgeois des contrats de consommation, beaucoup plus large pour ce premier, les législateurs affichent une attitude ambiguë quant au régime du cumul éventuel entre une sanction pénale et une sanction administrative.

Tout d'abord, la loi du 17 mars 2014 introduisant les sanctions administratives dans le Code de la consommation français avait, par la même occasion, introduit une limite à un éventuel cumul avec une sanction pénale. Dans ce cas, le montant global des amendes encourues ne pouvait dépasser le maximum légal le plus élevé prévu pour l'une d'entre elles. Cependant, ces dispositions n'ont pas été reprises par l'ordonnance du 14 mars 2016 portant réforme du même Code¹⁸⁹¹. La question du régime d'un éventuel cumul entre une sanction pénale et une sanction administrative d'une obligation légale d'information en droit de la consommation français reste donc en suspend.

Ensuite, la position du législateur luxembourgeois se révèle également ambiguë mais pour d'autres raisons. En effet, il n'a pas traité de la même manière les trois types de contrats dont les obligations légales d'information peuvent faire l'objet de sanctions administratives pourtant identiques (l'amende d'ordre s'élève à un million d'euros maximum et les sanctions disciplinaires pouvant s'y ajouter sont identiques). Ainsi, le législateur luxembourgeois a conditionné le prononcé de l'amende d'ordre à l'absence d'une sanction pénale dans le cadre des contrats de fourniture d'énergie, mais est resté muet en ce qui concerne le contrat de services de communications électronique.

¹⁸⁹¹ L'ancien article L. 141-1-2, parag. VII a été abrogé par l'ord. du 14 mars 2016 : « Lorsque, à l'occasion d'une même procédure ou de procédures séparées, plusieurs sanctions administratives ont été prononcées à l'encontre du même auteur pour des manquements en concours passibles d'amendes dont le montant maximal excède 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale, ces sanctions s'exécutent cumulativement, dans la limite du maximum légal le plus élevé ». Cette disposition n'a pas été reprise dans les nouveaux textes.

628. En définitive, le cumul entre une sanction pénale et une sanction administrative pour un même manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation a plus de chance de se réaliser en droit français, puisque les sanctions administratives concernent notamment des obligations d'information générales, mais il semble rester possible en droit luxembourgeois en ce qui concerne le contrat de services de communication électronique.

L'introduction des amendes administratives en droit français est relativement récente et il faudra patienter quelques années afin de pouvoir analyser la réalité de leur cumul avec une sanction pénale pour la violation d'une même obligation légale d'information en droit des contrats de consommation. De la même manière en droit luxembourgeois, nous ne disposons d'aucun exemple concret de cumul puisque l'Institut Luxembourgeois de la Régulation, autorité compétente pour prononcer les sanctions administratives énoncées, a déclaré fin août 2016 n'avoir jamais prononcé de sanction administrative à l'encontre d'un professionnel pour manquement à son obligation légale d'information¹⁸⁹².

629. Cependant, malgré les incertitudes liées à la réalité du cumul entre une sanction pénale et une sanction administrative pour le même manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois dues à l'absence de décision émise par les autorités compétentes, il est nécessaire d'envisager les conséquences d'un tel cumul puisqu'il est théoriquement possible. Il conviendra d'analyser la conformité de ce cumul aux principes de droit supranational (Section 1) avant d'envisager ses répercussions sur la pratique (Section 2).

SECTION 1 – LA QUESTION DE LA CONFORMITÉ AU DROIT SUPRANATIONAL

630. Le cumul de sanctions répressives de nature pénale entre elles, ou de natures administratives entre elles ne soulève pas de question particulière puisque chaque combinaison répond aux principes du droit auquel elle appartient. Cependant, le cumul de sanctions répressives de nature pénale et administrative pousse à s'interroger sur la nécessité de ce cumul de respecter le principe *non bis in idem* concernant le droit pénal et reconnu par

¹⁸⁹² E-mail de l'ILR en date du 26 août 2016.

le droit international (§1), et dans l’affirmative si les droits français et luxembourgeois y sont conformes (§2).

§1 – La question de l’application du principe *non bis in idem*

631. Il convient de rappeler brièvement la portée du principe *non bis in idem* (A) avant d’analyser ses conditions d’application (B).

A. La portée du principe

632. Afin de comprendre la portée du principe *Non bis in idem*, doivent être précisés sa définition (1), son fondement (2), ainsi que ses origines légales (3).

1. La définition du principe

633. Le principe *Non bis in idem* affirme l’interdiction de poursuivre, juger ou punir deux fois un individu pour une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif. Autrement dit, en application de ce principe, « *une personne déjà jugée définitivement pour un fait délictueux, ne peut être poursuivie à nouveau pour le même fait* »¹⁸⁹³. Le principe reflète l’autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel : la règle *Non bis in idem* interdit qu’une personne soit punie deux fois pour la même infraction¹⁸⁹⁴. Si les faits sont exactement les mêmes, une seconde poursuite est vouée à l’échec, même si est utilisée une autre qualification. Cependant, une seconde poursuite sera possible, et ne fera donc pas entorse au principe *Non bis in idem*, si elle comporte des éléments de fond ou de procédure nouveaux. La nature pénale des poursuites explique le fondement sur lequel il s’appuie.

¹⁸⁹³ GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques 2014*, Dalloz, 21^e éd., 2014, p. 628.

¹⁸⁹⁴ PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Dalloz, 2008, n° 452.

2. Le fondement du principe

634. M. Jean Pradel explique que « [l]e principe que l'individu ayant fait l'objet d'une décision répressive irrévocable ne peut plus être à nouveau poursuivi à raison des mêmes faits, même si le jugement semble erroné, a pour fondement un impérieux besoin de sécurité devant la justice »¹⁸⁹⁵. Le besoin de sécurité du justiciable intéresse directement le prévenu mais aussi l'intérêt général par la garantie de bonne justice qu'il implique. Le fondement du principe explique sa large reconnaissance, tant par le droit international que par les droits nationaux.

3. Les origines légales du principe

635. Le principe *Non bis in idem* est une règle ancienne que l'on retrouve actuellement dans les textes internationaux et nationaux. Ainsi ce principe était déjà présent dans le Code d'Hammourabi. Il était également connu du droit romain puisqu'il était mentionné dans le rescrit de l'empereur Antonin le Pieux, la Constitution de Gordien et le Code de Justinien¹⁸⁹⁶.

636. Le principe *Non bis in idem* est actuellement consacré par plusieurs textes internationaux, ainsi que par le droit français et luxembourgeois.

Tout d'abord, quatre textes internationaux peuvent être cités par ordre chronologique et intéressant respectivement l'ordre international, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne¹⁸⁹⁷. Le principe a tout d'abord été consacré successivement par l'article 14-7 du Pacte international de New-York relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, suivi par l'article 4 du Protocole n° 7 ajouté le 22 novembre 1984 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, qui

¹⁸⁹⁵ PRADEL Jean, *Droit pénal. Tome II Procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 1990, n° 655.

¹⁸⁹⁶ VOGEL Gaston, *Lexique de procédure pénale de droit luxembourgeois*, Larcier, 2001, n° 660.

¹⁸⁹⁷ Sur l'application difficile du principe *Non bis in idem* entre les juridictions des États membres et le principe de reconnaissance mutuelle, v. Communication de la République hellénique : initiative de la République hellénique concernant l'adoption par le Conseil d'un projet de décision cadre relative à l'application du principe « non bis in idem », Doc. E2236 déposé le 20 mars 2003 et distribué le 4 avril 2003 (12^{ème} législature), référence communautaire : 6356/03 du 13 février 2003 ; PRALUS M., « Étude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem : non bis », RSC, 1996, p. 551 et s.

affirme le « [d]roit à ne pas être jugé ou puni deux fois »¹⁸⁹⁸. La règle a ensuite été reprise aux articles 54 à 58 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française, relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes du 19 juin 1990. Enfin, l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000¹⁸⁹⁹ garantit le « [d]roit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction »¹⁹⁰⁰.

Ensuite, le principe *Non bis in idem* est repris en droit national par l'article 368 du Code de procédure pénale français¹⁹⁰¹ et l'article 136 du Code d'instruction criminelle luxembourgeois¹⁹⁰².

637. Après avoir rappelé le contenu du principe *non bis in idem* de droit pénal et reconnu au niveau international comme national, il faut envisager s'il doit s'appliquer au cas du cumul de sanctions répressives pénale et administrative applicable au manquement de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois.

¹⁸⁹⁸ « 1. Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat 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 Etat.

2. Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'Etat concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu.

3. Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention. »

L'article 15 de la Conv. EDH permet de déroger aux dispositions de la Convention en cas d'état d'urgence.

¹⁸⁹⁹ La Charte a été proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (JOCE n° C 364 du 18 déc. 2000, p. 1 et s.), puis adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg (JOUE n° C 303 du 14 déc. 2007, p. 1 et s.) et a acquis la même valeur contraignante que les traités lors du Traité de Lisbonne signé le 13 déc. 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 (le Traité modifie l'article 6 du Traité sur l'Union européenne ; JOUE n° C 306 du 17 déc. 2007, p. 1 et s.) – version consolidée de la Charte : 2016/C 202/2, JOUE n° C 202 du 7 juin 2016, p. 389 et s.

¹⁹⁰⁰ « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi ».

¹⁹⁰¹ L'alinéa unique de l'article dispose qu' « [a]ucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente » (article codifié par l'ordonnance n° 58-1296 du 23 déc. 1958 modifiant et complétant le Code de procédure pénale (JOFR n° 300 du 24 déc. 1958, p. 11711). V. art. 692 du même code pour la reconnaissance de l'autorité de la chose jugée à l'étranger.

¹⁹⁰² De la même manière l'article luxembourgeois dispose qu' « [a]ucune personne acquittée légalement ne peut plus être poursuivie à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente » (article introduit par la loi du 7 juin 1987 portant suppression de la cour d'assises et modifiant la compétence et la procédure en matière d'instruction et de jugement des infractions, Mém. A – N° 47 du 26 juin 1987, p. 744). V. PUTZ Jean-Luc, *Droit pénal 2014*, Promoculture-Larcier, 2014, p. 694 et s.

B. Les conditions d'application du principe

638. Le principe *non bis in idem* est composé par l'identité des poursuites (*bis*), qui interdit la succession de poursuites pénales, l'identité de l'infraction (*idem*), et enfin l'interdiction de nouvelles poursuites (*non*), lorsqu'une décision a acquis force de chose jugée et ne peut plus faire l'objet de voies de recours ordinaires.

639. Ainsi, en droit français comme en droit luxembourgeois, « [p]our que le *Non bis in idem* écarte toute nouvelle poursuite, la doctrine et la jurisprudence exigent que soit réunie la triple identité d'objet, des parties et des causes, par transposition à la procédure pénale des exigences de l'article 1351 du Code civil »¹⁹⁰³, relatif à l'autorité de la chose jugée. M. Jean Pradel rappelle que le principe *Non bis in idem* suppose une seconde poursuite pénale après une première poursuite également de nature pénale. L'auteur pose la question de savoir si le principe s'oppose à ce qu'un même fait fasse simultanément ou successivement l'objet de poursuites pénales et de poursuites administratives¹⁹⁰⁴. Mme Geneviève Giudicelli-Delage pose également la question en ces termes : « [s]i l'on écarte les hypothèses de cumul successif, l'infraction pénale venant sanctionner le non-respect d'un manquement administratif, ou encore la sanction administrative venant garantir l'exécution de la sanction pénale (ces hypothèses supposant des actes de nature différente), se pose, dans l'hypothèse d'un cumul simultané, la question du respect du principe *non bis in idem* [...] : le même acte peut-il faire l'objet de deux sanctions, l'une pénale, l'autre administrative ? »¹⁹⁰⁵.

La situation décrite par l'auteur correspond à celle objet de nos interrogations, autrement dit le cas du cumul d'une sanction répressive pénale et d'une sanction répressive administrative pour le même manquement à une obligation légale d'information en droits de la consommation français et luxembourgeois. Pour répondre à cette question il convient de considérer la position des juridictions européennes à laquelle les droits nationaux doivent se conformer.

640. Il convient de détailler les conditions d'application du principe *non bis in idem* tel qu'interprété en droit européen, et notamment par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Le premier critère d'application du principe est l'existence de sanctions qui revêtent

¹⁹⁰³ VOGEL Gaston, *Lexique de procédure pénale de droit luxembourgeois*, Larcier, 2001, n° 660.

¹⁹⁰⁴ PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Dalloz, 2008, n° 458.

¹⁹⁰⁵ GIUDICELLI-DELAGÉ Geneviève, *Droit pénal des affaires*, 6^e éd., Dalloz, 2006, p. 69.

un caractère pénal. En effet, la CEDH a créé la notion autonome de « matière pénale » afin de garantir une réelle protection du justiciable. Selon la CEDH, « *la matière pénale s'entend de toute matière punitive et ayant une certaine gravité* »¹⁹⁰⁶. Cette notion autonome permet de protéger les droits fondamentaux en appliquant les principes et garantie du droit pénal¹⁹⁰⁷ au « *droit de la sanction punitive extra-pénale* »¹⁹⁰⁸ tel le droit administratif répressif. La notion est autonome puisque la Cour européenne estime qu'elle n'est pas liée par la qualification donnée à une sanction par un État, et ceci afin d'assurer la pleine efficacité de l'article 6 de la Convention. En effet, en cas contraire, il suffirait aux États de qualifier une sanction de disciplinaire ou d'administrative pour qu'elle échappe aux principes fondamentaux issus de la Convention. M. Rodolphe Mésa conclut qu'« [i]l en ressort que les principes fondamentaux du droit pénal, qui constituent le droit commun de cette branche du droit, doivent recevoir application non seulement toutes les fois qu'une sanction revêt un caractère punitif, c'est-à-dire qu'elle va au-delà de la simple réparation du dommage, ce qui implique qu'elle ait un certain degré de gravité, mais aussi quelle que soit sa nature ou sa qualification dans le droit national considéré »¹⁹⁰⁹. Ainsi les sanctions administratives doivent être assimilées à la matière pénale de par leur gravité. Selon la jurisprudence constante de la CEDH, l'accusation en matière pénale s'apprécie selon trois critères dits « critères *Engel* »¹⁹¹⁰ : la qualification juridique de l'infraction en droit interne, la nature même de l'infraction et le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé¹⁹¹¹. Les deux derniers critères sont, selon le cas, alternatifs ou cumulatifs. De plus, l'article 4 du Protocole n° 7 « *a pour objet de prohiber la répétition de procédures pénales définitivement clôturées* »¹⁹¹². La Cour doit donc vérifier l'existence d'une décision « définitive » autrement dit passée en force de chose jugée et est donc irrévocable.

641. Le second critère d'application du principe est un requérant qui a été poursuivi deux fois pour la même infraction. Ce critère a reçu diverses interprétations auxquels l'arrêt

¹⁹⁰⁶ CEDH, 21 févr. 1984, *Öztürk c/ RFA*, aff. 8544/79 ; CEDH, 24 févr. 1994, *Bedenoun c/ France*, aff. 12547/86 ; CEDH, 23 sept. 1998, *Malige c/ France*, aff. 27812/95.

¹⁹⁰⁷ Sont concernés les principes de légalité, de non-rétroactivité, de la présomption d'innocence, respect des droits de la défense, du contradictoire, droit à un tribunal indépendant, *Non bis in idem*.

¹⁹⁰⁸ MÉSA Rodolphe, « La place du droit commun dans ses rapports avec le droit pénal », in BOUMGHAR Mouloud et DURAND Valérie (dir.), *Les nouvelles échelles du droit commun*, Larcier, 2013, p. 46, n° 19.

¹⁹⁰⁹ MÉSA Rodolphe, « La place du droit commun dans ses rapports avec le droit pénal », in BOUMGHAR Mouloud et DURAND Valérie (dir.), *Les nouvelles échelles du droit commun*, Larcier, 2013, p. 47, n° 21.

¹⁹¹⁰ Cour EDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, série A n° 22.

¹⁹¹¹ Cité dans *Zolotoukhine*, §53 (Cour EDH (grande chambre), 10 févr. 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, n° 14939/03).

¹⁹¹² Cité dans *Zolotoukhine*, §107.

Zolotoukhine c. Russie a mis fin en 2009. À l'occasion de cet arrêt, la Cour a cité les diverses approches antérieurement appliquées¹⁹¹³ : l'approche axée sur le même comportement (*idem factum*) indépendamment de la qualification juridique¹⁹¹⁴ ; le comportement de l'accusé ayant donné lieu aux poursuites est le même mais peut être constitutif de plusieurs infractions, autrement dit un concours idéal d'infraction, pouvant être jugée dans des procédures distinctes¹⁹¹⁵ (pluralités de poursuites tolérées en cas de concours idéal d'infraction) ; enfin, le critère précédent est repris mais en examinant si ces infractions avaient les « éléments essentiels » des deux infractions¹⁹¹⁶. À l'occasion de l'arrêt *Zolotoukhine c. Russie*, la Cour procède ensuite à une « harmonisation de l'approche à suivre »¹⁹¹⁷ et en déduit que « l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes » que ceux ayant donné lieu à la première infraction¹⁹¹⁸.

Enfin, le troisième et dernier critère d'application du principe *non bis in idem* est la répétition des poursuites. En effet, l'article concerné vise les doubles condamnations mais également les doubles poursuites¹⁹¹⁹. Ainsi, dans ce dernier cas, le fait d'être relaxé n'enlève rien au grief.

642. La Cour européenne des droits de l'Homme a d'ailleurs eu l'occasion de se prononcer sur l'application du principe *non bis in idem* en ce qui concerne une condamnation administrative et une condamnation pénale. En application de la notion autonome de « matière pénale », la Cour écarte le cumul entre une sanction pénale et une sanction administrative si elles se fondent sur le même comportement¹⁹²⁰ et que les éléments constitutifs de chaque manquement sont les mêmes¹⁹²¹.

Ensuite, l'arrêt *Zolotoukhine c. Russie* du 10 février 2009 a interrogé la CEDH quant au respect de *Non bis in idem*, autrement dit de l'article 4 du Protocole n° 7, par la condamnation

¹⁹¹³ Cité dans *Zolotoukhine*, §70-77.

¹⁹¹⁴ Cour EDH, 23 oct. 1995, *Gradinger c. Autriche*, série A n° 328-C, §55.

¹⁹¹⁵ Cour EDH, 30 juill. 1998, *Oliveira c. Suisse*, Recueil des arrêts et décisions 1998-V, §25-29.

¹⁹¹⁶ Cour EDH, 31 mai 2001, *Franz Fischer c. Autriche*, n° 37950/97.

¹⁹¹⁷ *Zolotoukhine*, §78-84.

¹⁹¹⁸ *Zolotoukhine*, §82.

¹⁹¹⁹ *Zolotoukhine*, §98.

¹⁹²⁰ Cour EDH, 23 oct. 1995, *Gradinger c. Autriche*, n° 15963/90, KOERING-JOULIN Renée, « Article 4. Protocole n° 7. Non bis in idem : condamnation pénale et administrative pour la même infraction routière », RSC 1996, p. 487.

¹⁹²¹ Cour EDH, 14 sept. 1999, *Ponsetti c. France* et *Chesnel c. France*, n° 36855/97 et n° 41731/98 (cumul possible des poursuites fiscales et pénales car les infractions en cause étaient différentes par leurs éléments constitutifs).

administrative d'une personne et de poursuites pénales ultérieures¹⁹²². La Cour indique que l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde infraction pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont « en substance » les mêmes que ceux ayant donné lieu à la première infraction. En l'espèce, « la Cour considère que les faits à l'origine des deux procédures, administrative et pénale, intentées contre le requérant, ne se distinguent que par un élément, la menace de violence à l'encontre d'un officier de police, et doivent par conséquent être considérés comme étant en substance les mêmes »¹⁹²³. M. Frédéric Sudre explique que la Cour a profité de cet arrêt pour mettre fin à une « jurisprudence chaotique »¹⁹²⁴ et harmoniser la notion de « même infraction ». Est donc prise en compte l'identité des faits matériels, « en substance », et non l'identité de l'infraction (autrement dit l'identité de qualification juridique de ces faits). Ainsi, M. Damien Roets déclare à propos de cet arrêt qu'« en plus d'en sécuriser l'interprétation, il consacre l'entier déploiement de l'article 4 du Protocole n° 7 »¹⁹²⁵. La CEDH a également pris le soin de préciser que sa décision est en accord avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes¹⁹²⁶ ainsi que celle de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme¹⁹²⁷.

643. Le cumul des sanctions répressives pénale et administrative doit *a priori* respecter le principe de droit pénal *non bis in idem*. Il convient d'analyser si les solutions retenues en droits français et luxembourgeois sont conformes à la notion de *Non bis in idem* retenue en droit européen.

§2 – La question de la conformité au principe *non bis in idem*

644. Les solutions de droits français et luxembourgeois ont évolué et semblent s'orienter vers une interprétation et une application conformes au principe *non bis in idem* tel qu'interprété

¹⁹²² Cour EDH (grande chambre), 10 févr. 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, n° 14939/03, Pradel Jean, D. 2009, p. 2014.

¹⁹²³ Pradel Jean, D. 2009, p. 2014, précité.

¹⁹²⁴ SUDRE Frédéric, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », JCP G n° 29, 13 juill. 2009, chron. 143, n° 33.

¹⁹²⁵ ROETS Damien, « L'article 4 du Protocole n° 7 (non bis in idem) dopé par la Grande Chambre », RSC 2009, p. 675.

¹⁹²⁶ L'arrêt *Zolotoukhine* cite notamment : CJCE, 18 juill. 2007, *Norma Kraaijenbrink*, aff. C-367/05.

¹⁹²⁷ L'arrêt *Zolotoukhine* cite notamment : Cour IDH, 17 sept. 1997, *Loayza-Tamayo c. Pérou*, série C n° 33, §66.

en droit européen (A). La doctrine a malgré tout proposé quelques solutions afin d'éviter le non-respect de ce principe (B).

A. La non-conformité du droit français et la conformité du droit luxembourgeois

645. Nous venons de constater que le principe *non bis in idem* tel qu'interprété en droit européen peut s'appliquer au cumul des poursuites des sanctions de nature pénale et administrative. C'est bien cette combinaison qui nous intéresse en droits français et luxembourgeois de la consommation puisque le manquement à une obligation légale d'information peut, dans certaines circonstances, entraîner à la fois la poursuite et le prononcé d'une sanction pénale et d'une sanction administrative. Le principe *non bis in idem* devrait donc être appliqué en droits français et luxembourgeois, et interdire ce cumul, si ces amendes administratives peuvent être considérées comme appartenant à la matière pénale.

Il semblerait que les amendes administratives en droits français et luxembourgeois de la consommation présentent le caractère de sanctions pénales. En effet, si l'on reprend le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme, le caractère pénal d'une mesure s'apprécie au regard de trois critères qui sont la qualification juridique de l'infraction en droit interne, la nature de l'infraction et la gravité de la sanction. En l'espèce, les sanctions sont qualifiées d'administratives en droit interne et sont de nature pécuniaire. Ces sanctions semblent présenter une certaine gravité due au montant qu'elles peuvent atteindre : d'une part, les amendes administratives françaises égales ou inférieures à 3 000 euros pour les personnes physiques et 15 000 euros pour les personnes morales, applicable au manquement d'obligations légales d'information, peuvent se cumuler sans maximum légal, et d'autre part, l'amende d'ordre administrative luxembourgeoise, encourue par le professionnel manquant à ses obligations légales d'information relatives au contrat de services de communications électroniques, peut atteindre un million d'euros.

Un parallèle peut être fait avec le droit belge. Jusqu'à l'arrêt *Zolotoukhine*, le cumul de sanctions administrative et pénal était admis dans l'ordre interne belge car ce dernier considérait qu'il n'y avait pas identité d'infractions lorsque les éléments essentiels des infractions n'étaient pas identiques¹⁹²⁸. En effet, Mme Maïté De Rue explique que dans un certain nombre de situations, l'infraction pénale se distinguait du comportement justifiant la

¹⁹²⁸ DE RUE Maïté, « La flexibilité des sanctions en droit pénal social, in KAMINSKI Dan (dir.), *La flexibilité des sanctions. XXI^{es} journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2013, p. 358.

sanction administrative par la seule circonstance que la première supposait l'existence d'un élément moral distinct, à savoir une intention frauduleuse. Or, « [c]'est précisément cette approche que la Cour de Strasbourg a voulu combattre »¹⁹²⁹. En effet, la Cour prend en compte les faits, leur substance, et non la qualification juridique, et ne prend donc pas en compte les éléments constitutifs d'une infraction dont fait notamment partie l'élément moral. Le cumul entre les sanctions pénales et administratives pour le même manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois est donc susceptible de heurter la règle *Non bis in idem* qui interdit de poursuivre ou juger une infraction (identité de faits matériels) pour laquelle l'intéressé a déjà été condamné ou relaxé par un jugement devenu définitif. Afin de mieux cerner les solutions de droits de la consommation français et luxembourgeois qui semblent contraires au droit européen, il convient d'analyser comment ce cumul est traité habituellement dans ces droits respectifs.

646. M. Jean Pradel rappelle « [e]n l'absence d'un texte général gouvernant les rapports entre procédures, la jurisprudence a posé le principe de l'indépendance du criminel et des procédures disciplinaires et administratives »¹⁹³⁰. Ainsi, traditionnellement, « [l]e droit français admet parfaitement le cumul de ces sanctions différentes lorsqu'elles sont encourues pour une même faute »¹⁹³¹. Cette solution peut s'expliquer par la réserve formulée par France lors de l'adoption du Protocole n° 7, mais également par le prétendu garde-fou que constitue l'existence d'un maximum légal.

¹⁹²⁹ DE RUE Maïté, *op. cit.*

¹⁹³⁰ PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Dalloz, 2008, n° 460. Ceci a été rappelé récemment par le Conseil constitutionnel (Cons. const., QPC, 18 mars 2015, n° 2014/453-454 et n° 2015-462 – M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]) qui « a rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle 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 de 1789 ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction » (communiqué de presse).

Une comparaison intéressante peut être réalisée avec une décision du 17 janvier 2013 à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel français a rappelé que les dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 établissant le principe de nécessité des peines « ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition » et ont donc vocation à s'appliquer aux peines de nature administrative. (Cons. const., 17 janv. 2013, n° 2012-289 QPC – M. Laurent D. [Discipline des médecins], cons. 3). V. également : Cons. const., 16 mai 2013, n° 2013-667 DC – Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, cons. 28 ; Cons. const., 21 sept. 2012, n° 2012-273 QPC – Société Egilia [Contrôle des dépenses engagées par les organismes de formation professionnelle continue], cons. 9.

¹⁹³¹ ROBERT Jacques-Henri, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », AJDA 1995, n° spécial, p. 76 et s.

Ainsi, la France avait formulé une réserve envers le Protocole 7 et déclaré que « *seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent protocole* »¹⁹³². Le rapport Coulon a cependant émis des réserves en déclarant que « *[l]a position de la France apparaît également fragile au regard de nos engagements internationaux, notamment de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont le protocole n° 7 demande aux États parties de se conformer à l'adage non bis in idem. La France a certes émis sur ce point des réserves, mais dont la portée pourrait apparaître limitée au regard de l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui estime que « la matière pénale s'entend de toute matière punitive et ayant une certaine gravité »* »¹⁹³³. Mme France Drummond met également en doute la validité de cette réserve¹⁹³⁴. L'auteur explique qu'« *à bien y regarder, telle qu'elle est formulée, cette réserve ne remplit aucune des trois conditions exigées par la Cour EDH sur le fondement de l'article 57 de la Convention. Aussi, la règle doit-elle être appliquée par les tribunaux français conformément à l'interprétation qui en est donnée par la Cour EDH. Or l'on sait que pour la Cour, le domaine de la règle non bis in idem couvre toutes les procédures répressives assimilées à la matière pénale* »¹⁹³⁵. Le législateur français a donc essayé de limiter les effets du cumul entre les amendes pénales et administratives par la création d'un plafond.

647. La loi française du 17 mars 2014 introduisant les nombreuses sanctions administratives en droit de la consommation avait également prévu un éventuel cumul entre une amende administrative et une amende pénale. Ainsi, l'ancien article L. 141-1-2, paragraphe VI, du Code de la consommation disposait que « *[l]orsqu'une amende administrative est susceptible de se cumuler avec une amende pénale infligée à raison des mêmes faits à l'auteur du manquement, le montant global des amendes prononcées ne dépasse pas le maximum légal le*

¹⁹³² Réserve contenue dans l'instrument de ratification, déposé le 17 févr. 1986 – Or. Fr. – consultable sur site Internet du Conseil de l'Europe : www.coe.int ; Conseil de l'Europe, « Rapport explicatif du Protocole No 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales », STE n° 117, Strasbourg, 22 nov. 1984, p. 6 et s., pt. 26 et s.

¹⁹³³ Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, du groupe de travail présidé par COULON Jean-Marie, « La dépenalisation de la vie des affaires », La documentation française, janv. 2008, pp. 61-62.

¹⁹³⁴ DRUMMOND France, « Les sanctions en droit des marchés financiers. La sanction, instrument de régulation des marchés », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 465, n°27.

¹⁹³⁵ *Ibid.*

plus élevé ». Cet article reprenait ainsi la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁹³⁶ qui selon les mots de M. Stéphane Torck procédait à « *une lecture restrictive de la règle non bis in idem* »¹⁹³⁷.

Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation¹⁹³⁸ et le Conseil d'État¹⁹³⁹ ont admis le cumul des sanctions pénales et administratives en droit financier en estimant que le principe *Non bis in idem* s'applique uniquement aux infractions de nature pénale¹⁹⁴⁰, conformément à la réserve opérée, mais contre la position de la CEDH dans l'arrêt *Grande Stevens et autre c. Italie*¹⁹⁴¹. Le Conseil constitutionnel¹⁹⁴² français avait ainsi confirmé la solution du cumul

¹⁹³⁶ Cons. const., 30 déc. 1997, déc. n° 97-395 DC, cons. 41.

¹⁹³⁷ TORCK Stéphane, « Chronique d'une mort annoncée ou la vaine résistance de la Chambre criminelle de la Cour de cassation », Dr. sociétés n° 5, mai 2014, comm. 87.

¹⁹³⁸ La solution du Conseil avait été reprise par la Cour de cassation à propos de la conformité du pouvoir de sanction de l'Autorité des marchés financiers au principe *Non bis in idem* : Cass. ass. plén., 8 juill. 2010, n° 09-71252, QPC, *Bonnemoy c/ Autorité des marchés financiers*. Autre ex. : Cass crim., 22 janv. 2014, n° 12-83579. La question était de savoir si le cumul de la sanction pécuniaire administrative émise par la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (250 000 euros) et de la sanction pénale prononcée par le tribunal correctionnel (trois mois d'emprisonnement avec sursis), pour les mêmes faits d'entrave au fonctionnement régulier d'un marché réglementé, était conforme au principe *Non bis in idem*. En l'espèce, la chambre criminelle a estimé, en vertu de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qu'il n'y avait pas atteinte au principe *Non bis in idem*, notamment car le montant global des amendes susceptibles d'être prononcées ne pouvait pas dépasser le plafond de la sanction encourue la plus élevée.

¹⁹³⁹ La solution du Conseil avait été reprise par le Conseil d'État à propos de la conformité du pouvoir de sanction de l'Autorité des marchés financiers au principe *Non bis in idem* : CE, 16 juill. 2010, *Beslay c/ Autorité des marchés financiers*, n° 321056.

Le Conseil d'État français, suivi par le Conseil d'État luxembourgeois (RAVARANI Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution de la Cour administrative du Luxembourg », in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, colloque, réunion des Conseils d'État du Benelux et de la Cour administrative du Luxembourg, Bruxelles, 21 oct. 2011, p. 47 et s.), estime que ce cumul doit être admis dans trois cas seulement (Conseil d'État (Section du rapport et des études), *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 8 déc. 1994, La Documentation française – Paris, 1995, p. 79 et 80). Tout d'abord, il serait possible d'admettre le prononcé de sanctions administratives ayant un caractère provisoire en attendant l'intervention d'une sanction pénale. C'est le cas d'une suspension administrative du permis de conduire (à supposer qu'elle soit considérée comme une sanction administrative (*op. cit.*, p. 79) dont les effets cessent lorsqu'une mesure judiciaire prononçant une mesure restrictive du droit de conduire devient exécutoire. La première aurait un caractère préventif et répressif et la seconde uniquement répressive. Le rapport du Conseil d'État de 1995 explique que le cumul est donc justifié en principe car même si le contenu de la sanction est identique, les sanctions ne sont pas de même nature. La deuxième situation dans laquelle le cumul d'une sanction administrative et d'une sanction pénale est toléré est lorsque les deux sanctions n'ont pas la même nature. Le rapport de 1995 cite l'exemple du cumul entre une sanction pécuniaire administrative et une peine pénale d'emprisonnement. Enfin, ce cumul peut se justifier lorsque « *la sanction pénale est regardée comme une arme d'emploi exceptionnel* » (*op. cit.*, p. 80). C'est notamment le cas en droit boursier et en droit de la concurrence dans lesquels le droit pénal intervient lorsque l'infraction prend un caractère frauduleux (*ibid*).

¹⁹⁴⁰ CLAUDEL Emmanuelle, « Les sanctions en droit de la concurrence. La sanction, une institution au cœur de la politique de la concurrence », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 449, n° 51.

¹⁹⁴¹ TORCK Stéphane, « Chronique d'une mort annoncée ou la vaine résistance de la Chambre criminelle de la Cour de cassation », Dr. sociétés n° 5, mai 2014, comm. 87 : CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, aff. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10.

¹⁹⁴² Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 : « *sans qu'il soit besoin de rechercher si le principe dont la violation est invoquée à valeur constitutionnelle, il convient de relever qu'il ne reçoit pas application au cas de cumul*

entre sanctions répressives¹⁹⁴³ de nature différente en matière boursière mais avec une réserve, puisqu'il doit respecter le principe de proportionnalité. Ainsi le principe du cumul est admis mais dans une certaine limite, « *la somme des sanctions pécuniaires administratives et pénale ne devait pas excéder le maximum de la plus sévère* »¹⁹⁴⁴. Mme France Drummond rétorque cependant que « *[l]e recours au principe de proportionnalité pour limiter les excès d'un cumul des sanctions n'y change rien, car la Cour interprète la règle, non comme une limite, mais comme une interdiction : interdiction d'un cumul de sanctions et, au delà, d'un cumul de poursuites et de jugements contre une même personne pour des mêmes faits* »¹⁹⁴⁵. La position française est donc contraire au principe *Non bis in idem* tel que consacré par le droit européen et devrait être modifiée. Se pose ensuite la question de la conformité du droit luxembourgeois.

648. Nous pouvons rappeler la position indécise du législateur luxembourgeois qui interdit le cumul d'une amende d'ordre et d'une sanction pénale pour la violation des dispositions (dont les obligations légales d'information) du contrat de fourniture de gaz naturel ou d'électricité, mais reste muet pour le contrat de services de communications électroniques qui possède les mêmes sanctions administratives, dont l'amende d'ordre. Il est nécessaire de consulter la position des juridictions luxembourgeoises afin d'apporter quelques éléments de réponse. Après certaines hésitations, la loi luxembourgeoise du 27 février 1989¹⁹⁴⁶ a approuvé sans réserve l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁹⁴⁷.

entre sanctions pénales et sanctions administratives ». V. BÉZARD Pierre, « Le pouvoir de sanction financière directe de la commission des opérations de bourse », LPA 17 janv. 1990, p. 52 et s.

¹⁹⁴³ Un rapport du Conseil d'État français en date de 1995 précise que même si le principe « *non bis in idem* » ne s'applique pas au cumul d'une sanction administrative et d'une sanction pénale, « *il paraît souhaitable de limiter au maximum les cas de cumul* » (Conseil d'État (Section du rapport et des études), *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 8 déc. 1994, La Documentation française – Paris, 1995, p. 79).

¹⁹⁴⁴ ROBERT Jacques-Henri, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », AJDA 1995, n° spécial, p. 76 et s.

¹⁹⁴⁵ DRUMMOND France, « Les sanctions en droit des marchés financiers. La sanction, instrument de régulation des marchés », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 465, n°27.

¹⁹⁴⁶ Loi du 27 févr. 1989 portant approbation du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg, le 22 novembre 1984, Mém. A – N° 12 du 7 mars 1989, p. 146.

¹⁹⁴⁷ Le Luxembourg souhaitait formuler la même réserve que la France. Cependant, il s'est abstenu de la faire mais uniquement car il pensait que la réserve aurait été inutile puisque le terme « pénal » était utilisé dans le Protocole. Ainsi, l'article 2, sous a), du projet de loi (Doc. Parl., sess. 1988-1989, n° 3290 (dépôt du projet le 15 nov. 1988) proposait d'émettre une réserve de cette teneur : « *Le Grand-Duché de Luxembourg déclare que seules les infractions relevant en droit luxembourgeois de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles [...] 4 [du] présent Protocole* » (V. SPIELMANN Alphonse et WEITZEL Albert, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit*

Le Conseil d'État luxembourgeois rappelle régulièrement le respect du principe *non bis in idem* en se fondant sur l'article 4 du Protocole 7 de Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁹⁴⁸. Selon le Conseil d'État, le principe *non bis in idem* implique qu'une seule peine soit prononcée pour une même infraction, autrement dit « *les mêmes dispositions d'une loi ne peuvent être sanctionnées au titre du droit pénal et du droit administratif* »¹⁹⁴⁹. Le Conseil étend ce principe à l'interdiction d'une double poursuite pour le même fait¹⁹⁵⁰. De plus, le Conseil reprend la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative à la « *qualification autonome et substantielle de la sanction pénale* »¹⁹⁵¹. Enfin, M. Georges Wivenes rappelle qu'à l'image de la Cour européenne des droits de l'Homme, le Conseil d'État luxembourgeois applique le critère de l'identité du fait sanctionné ou à sanctionner, l'arrêt *Zolotoukhine* n'a donc pas entraîné de changement dans sa jurisprudence¹⁹⁵².

L'application du principe *non bis in idem* nécessite l'identité de la personne juridique condamnée¹⁹⁵³. M. Georges Wivenes expose ainsi le risque accru d'un cumul des sanctions

luxembourgeois, éd. Nemesis, 1991, p. 54 et s.). En effet, le rapport explicatif du Protocole élaboré par le Conseil de l'Europe affirme que puisque « [l']article 4 ne s'applique qu'au jugement et à la condamnation d'une personne dans le cadre d'un procès pénal » (Conseil de l'Europe, « Rapport explicatif du Protocole no. 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales », STE n° 117, Strasbourg, 22 nov. 1984, p. 7, pt. 32), « [i]l n'empêche donc pas que cette personne fasse, pour le même acte, l'objet de poursuites pénales et d'une action d'un caractère différent (par exemple d'une procédure disciplinaire, dans le cas d'un fonctionnaire) » (*ibid.*). Cependant, dans son avis du 22 novembre 1988 (Doc. Parl., sess. 1988-1989, n° 3290 (dépôt du projet le 15 nov. 1988), p. 12 et s.), le Conseil d'État luxembourgeois faisait part de ses « *doutes quant à la nécessité de la réserve visée sous a* » et quant à son utilité puisque comme l'explique le rapport explicatif, le libellé de l'article 4 contient déjà les termes « *pénalement* » et « *procédure pénale* ». De la même manière, le Ministre de la Justice luxembourgeois estime, dans sa dépêche adressée le 29 novembre 1988 au Ministre des Affaires Étrangères (*op. cit.*, p. 14 et s.), qu'il est possible de « *renoncer à formuler ces réserves* » car « *au Luxembourg la situation sur le plan des infractions qualifiées de pénales est beaucoup plus claire et ne pourrait guère prêter à confusion* ». Enfin, en accord avec le Conseil d'État et le Ministre de la Justice, le rapport de la Commission des Affaires étrangères (Doc. parl., sess. 1988-1989, n° 3290, p. 15 et s. (rapporteur : M. Georges Margue)) du 9 janvier 1989 estime que peut être supprimée la réserve de l'article 2, sous a), du projet de loi. À propos de la réserve de l'article 2, sous a), du projet de loi, le gouvernement estime que « *[c]ela va vraiment de soi. Le texte de chacun des trois articles [art. 2 à 4 du Protocole] prend soin de le dire. On se demande d'ailleurs vainement à quoi les dispositions des trois articles pourraient être appliquées, sinon à des décisions rendues par les tribunaux jugeant au pénal* ».

¹⁹⁴⁸ L'auteur nous enseigne qu'il n'existe aucune disposition spécifique dans la Constitution luxembourgeoise à ce sujet et que l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'a pas encore été invoqué (WIVENES Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution du Conseil d'État du Luxembourg », in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, colloque, réunion des Conseils d'État du Benelux et de la Cour administrative du Luxembourg, Bruxelles, 21 oct. 2011, p. 28).

¹⁹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁹⁵¹ WIVENES Georges, *op. cit.*, p. 29.

¹⁹⁵² *Ibid.*

¹⁹⁵³ WIVENES Georges, *op. cit.*, p. 29.

depuis l'introduction de la loi du 3 mars 2010 introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et le Code d'instruction criminelle¹⁹⁵⁴.

En définitive, le fait que le législateur luxembourgeois interdit le cumul de l'amende d'ordre avec une sanction pénale pour les contrats de fourniture d'énergie mais reste muet sur un tel cumul quant à la violation des dispositions du contrat de services de communications électroniques, semble pouvoir s'expliquer par un simple oubli.

649. *A priori* le droit luxembourgeois est conforme au principe *non bis in idem* tel qu'interprété par le droit européen. Il en va différemment du droit français. Ainsi M. Christophe Blanchard conclut que le garde-fou du maximum légal le plus élevé, en cas de cumul d'une sanction pénale et d'une sanction administrative, prévu par l'ancien article L. 141-1-2, paragraphe VI, du Code de la consommation français n'est plus d'actualité au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁹⁵⁵, qui a décidé dans une récente décision que « *les comportements sanctionnés par les deux sanctions étaient identiques et que la double répression contrevenait au principe non bis in idem* »¹⁹⁵⁶. D'ailleurs, le contenu de l'article précité n'a pas été repris par l'ordonnance du 14 mars 2016 et ne figure pas dans le nouveau Code de la consommation en vigueur au 1^{er} juillet 2016. Cependant, l'article L. 465-2, paragr. VI du Code de commerce français, également créé par la loi Hamon, dispose également que « [l]orsqu'une amende administrative est susceptible de se cumuler avec une amende pénale infligée à raison des mêmes faits à l'auteur du manquement, le montant global des amendes prononcées ne dépasse pas le maximum légal le plus élevé », et est toujours en vigueur à l'heure actuelle. Cet article est critiqué par la doctrine qui pense que « *l'édifice* » n'est pas « *apte à résister aux assauts du principe « non bis in idem »* »¹⁹⁵⁷.

650. En conclusion, M. Stéphane Tork estime qu'« [i]l est grand temps, en France, à l'heure où se profile la mise en œuvre des nouveaux dispositifs sur les Abus de marché, que nos institutions s'interrogent sur l'articulation des responsabilités pénale et administrative en

¹⁹⁵⁴ Mém. A – N° 36 du 11 mars 2010, p. 614.

¹⁹⁵⁵ Cons. const., QPC, 18 mars 2015, n° 2014/453-454 et n° 2015-462 – M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié].

¹⁹⁵⁶ BLANCHARD Christophe, « Quelle sanction pour faire cesser les infractions au droit de la consommation », in Centre Jean Bodin, BERNHEIM-DESSAUX Sabine et BLANCHARD Christophe (dir.), *L'effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion d'Angers, 26 mars 2015, LDA, juin 2015.

¹⁹⁵⁷ BRETZNER Jean-Daniel et BENDAVID Michaël, « Analyse critique des dispositions relatives aux sanctions administratives », AJCA n° 1, 2014, p. 19.

droit financier et, plus largement, dans tous les domaines où, aujourd'hui, un cumul de sanctions pour des mêmes faits est possible »¹⁹⁵⁸. M. Gaston Vogel rappelle cependant que le principe non bis in idem, « *interdisant le cumul des poursuites répressives envers la même personne pour les faits, connaît en droit positif une application limitée* »¹⁹⁵⁹. Il apparaît malgré tout nécessaire d'envisager quelques solutions afin de limiter les atteintes au principe non bis in idem lorsqu'une sanction pénale est susceptible de se cumuler avec une sanction administrative pour les mêmes faits.

B. Les solutions pour éviter le cumul

651. Certains auteurs ont proposé des solutions afin de lutter contre l'atteinte au principe *Non bis in idem* en matière financière¹⁹⁶⁰. La question est de savoir si ces solutions sont transposables au droit de la consommation. La doctrine propose tout d'abord d'attribuer le monopole des sanctions pécuniaires au seul juge pénal puisque celles-ci sont des sanctions graves et donc susceptibles d'être analysées comme des sanctions de nature pénale¹⁹⁶¹. L'autorité administrative conserverait quant à elle compétence pour prononcer des sanctions administratives de nature non pécuniaire telles que l'avertissement, le blâme et l'interdiction temporaire de fournir les services proposés. Il reviendrait donc à l'autorité administrative de saisir le ministère public, alors obligé de poursuivre, lorsqu'elle estime que les faits qui lui sont soumis doivent recevoir une sanction plus sévère que celles dont elle dispose. Les auteurs proposent d'associer l'autorité administrative à la décision du juge pénal, d'une manière directe grâce à la technique de l'échevinage¹⁹⁶² ou d'une manière indirecte en tant qu'*amicus curia*¹⁹⁶³.

Cette solution reviendrait, en droit de la consommation, à supprimer les nombreuses amendes administratives introduites par la loi Hamon et de les remplacer par des sanctions non pécuniaires. La question reste de savoir si des sanctions non pécuniaires sont aussi dissuasives

¹⁹⁵⁸ TORCK Stéphane, « Chronique d'une mort annoncée ou la vaine résistance de la Chambre criminelle de la Cour de cassation », *Dr. sociétés* n° 5, mai 2014, comm. 87.

¹⁹⁵⁹ VOGEL Gaston, *Droit pénal*, coll. Les pandectes, Promoculture-Larcier, 2016, n° 177-4.

¹⁹⁶⁰ LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, MASCALA Corinne et NEUVILLE Sébastien, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe *non bis in idem* en matière financière », *D.* 2012, p. 693, n° 29 et s.

¹⁹⁶¹ LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, MASCALA Corinne et NEUVILLE Sébastien, *op. cit.*, n° 30.

¹⁹⁶² Des magistrats professionnels siègent alors avec des personnes qui n'appartiennent pas à la magistrature professionnelle.

¹⁹⁶³ Un tiers peut en effet tenter d'éclairer le débat en fournissant son avis.

aux yeux des professionnels que des sanctions pécuniaires. Cela ne nous semble pas être une solution opportune pour le droit de la consommation. En effet, les amendes administratives ont des avantages que ne présentent pas les amendes pénales, en terme de rapidité de leur prononcé et de désengorgement des tribunaux.

652. Une autre solution, afin de réduire les possibilités de cumul entre les sanctions répressives pénale et administrative s'appliquant au manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation, serait de limiter les infractions pénales aux comportements les plus graves, en l'espèce le délit de pratique commerciale trompeuse et le délit de tromperie, et de transformer toutes les peines contraventionnelles restantes en amendes administratives. Ainsi, les comportements portant atteintes aux valeurs fondamentales de la société seraient punis pénalement, le prononcé d'une peine étant judiciaire et apportant les garanties inhérentes au procès pénal. Le manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation serait donc puni pénalement uniquement lorsque les conditions nécessaires à la caractérisation de ces délits sont réunies. À l'inverse, les violations matérielles constituées par les simples manquement à une obligation légale d'information, autrement dit qui ne nécessitent pas la preuve d'un élément moral, entraîneraient le prononcé d'une sanction administrative, sur le modèles introduit par la loi française du 17 mars 2014, inférieures à 3 000 euros pour les personnes physiques et 15 000 euros pour les personnes morales, mais avec un plafond légal, par exemple un pourcentage du chiffre d'affaire. Ainsi, les manquements les plus graves bénéficieraient de garanties procédurales tandis que les violations matérielles pourraient être rapidement sanctionnées, mais devraient être limités dans leur cumul. Ces dernières seront des sanctions répressives si elles sont proportionnelles à la gravité de la faute. Leur effectivité assurerait également leur efficacité. Le cumul serait donc limité aux cas où un délit serait caractérisé, c'est-à-dire dans les cas les plus graves.

653. Après avoir étudiée la question de la conformité du cumul entre sanctions répressives pénales et administratives pour manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation au principe *non bis in idem* reconnu par le droit supranational, il convient de s'intéresser aux conséquences pratiques d'un tel cumul.

SECTION 2 – LES CONSÉQUENCES PRATIQUES

654. Le cumul de sanctions répressives de nature pénale et administrative pour un manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois a la particularité de solliciter les deux ordres juridictionnels pour un même manquement. En effet, les sanctions civiles et pénales relèvent de la compétence du juge judiciaire tandis que les sanctions administratives ressortent du contrôle du juge administratif. Nous pouvons rappeler les compétences respectives des autorités sanctionnatrices compétentes.

En France, la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes¹⁹⁶⁴ est également compétente pour contrôler le respect des obligations légales d'information constituant des infractions¹⁹⁶⁵ et le cas échéant transmettre les procès-verbaux de constatation au procureur de la République qui dispose de l'opportunité des poursuites¹⁹⁶⁶. Le juge de proximité¹⁹⁶⁷, le tribunal de police¹⁹⁶⁸ et le tribunal correctionnel¹⁹⁶⁹ seront compétents pour prononcer une peine selon que l'infraction en cause est une contravention des quatre premières classes, une contravention de cinquième classe ou un délit.

En droit luxembourgeois, sont compétents pour contrôler le respect des dispositions du Code de la consommation et des lois protégeant les consommateurs¹⁹⁷⁰ les fonctionnaires habilités par le ministre ayant la protection des consommateurs dans ses attributions¹⁹⁷¹ et ceux

¹⁹⁶⁴ La DGCCRF est une direction du ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique qui veille à la protection économique des consommateurs, notamment en leur assurant une information loyale. Entre autre, la DGCCRF contrôle la qualité des produits et des services, favorise les dispositifs de valorisation de la qualité et recherche et constate les manquements aux règles de protection des consommateur et la bonne application des règles de publicité des prix (décret n° 2001-1178 du 12 décembre 2001 relatif à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ; arrêté du 21 juin 2011 portant organisation de l'administration centrale de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ; <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/La-DGCCRF/Missions>, dernière consultation le 11 sept. 2016).

¹⁹⁶⁵ C. consom. fr., art. L. 511-3 et s.

¹⁹⁶⁶ C. consom. fr., art. L. 512-2.

¹⁹⁶⁷ C. pr. pén. fr., art. 521, al. 2.

¹⁹⁶⁸ C. pr. pén. fr., art. 521, al. 1.

¹⁹⁶⁹ C. pr. pén. fr., art. 381, al. 1.

¹⁹⁷⁰ C. consom. lux., art. L. 311-1.

¹⁹⁷¹ Le Ministère de l'Économie a dans ses compétences l'élaboration de la politique de protection juridique des consommateurs, la politique de la consommation dans le marché intérieur et au niveau national, la création du Conseil de la Consommation, le Code de la consommation, volet législatif et volet application, et l'entretien des relations avec le Centre européen des consommateurs GIE du Luxembourg (arrêté grand-ducal du 28 janv. 2015, *op. cit.*, art. 6, point 11). L'Institut Luxembourgeois de la Normalisation, de l'Accréditation, de la Sécurité et Qualité des produits et services (ILNAS), administration sous la tutelle du Ministre de l'Économie créée en 2008, a notamment pour mission de vérifier la conformité des produits fabriqués en vente sur le marché national. Le Ministère de l'Agriculture, de la Viticulture et de la Protection des consommateurs, dans sa mission de protection des consommateurs telle que définie par l'arrêté grand-ducal du 28 janvier 2015 portant constitution des ministères (Mém. A – N° 15 du 20 janv. 2015, p.182) assure le contrôle de la qualité et de la sécurité des

habilités par le Ministre ayant la santé dans ses attributions, qui ont alors la qualité d'officiers judiciaires¹⁹⁷², divers fonctionnaires dans des secteurs particuliers (Commission de surveillance du secteur financier, Direction du Commissariat aux Assurances, etc.)¹⁹⁷³ qui peuvent notamment saisir le magistrat de la Chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale pour une action en cessation dans leurs domaines respectifs¹⁹⁷⁴ et enfin les fonctionnaires de la Police grand-ducal sont compétents pour contrôler le respect de l'obligation d'indication des prix des produits et des services au consommateur et transmettre les procès-verbaux ordinaires constatant l'infraction au parquet¹⁹⁷⁵. Les tribunaux de police (justice de paix) et les chambres correctionnelles des tribunaux d'arrondissement seront compétents selon que l'infraction à la loi constitue une contravention (violation de l'obligation d'indication des prix) ou un délit (par exemple une pratique commerciale trompeuse ou une tromperie)¹⁹⁷⁶.

En droit français, la DGCCRF est également l'autorité administrative compétente pour effectuer les contrôles, constater les infractions et prononcer les sanctions administratives pour les violations aux obligations légales d'information des contrats de consommation¹⁹⁷⁷. Le professionnel peut contester ces décisions devant le juge administratif¹⁹⁷⁸. En droit luxembourgeois, l'Institut Luxembourgeois de Régulation est l'autorité administrative compétente pour contrôler, constater les manquements et prononcer les sanctions administratives pour les manquements aux obligations légales d'information prévues pour les contrats de fourniture de gaz naturel ou d'électricité et les contrats de services de

produits agricoles, la tutelle de l'Organisme chargé de la Sécurité et de la Qualité de la Chaîne alimentaire (OSQCA), la coordination interministérielle de la protection des consommateurs en vue d'une consolidation des compétences et l'entretien de relations avec l'Union luxembourgeoise des Consommateurs (art. 3, point 6).

¹⁹⁷² C. consom. lux., art. L. 311-6, paragr. (1) et L. 311-7, paragr. (1).

¹⁹⁷³ C. consom. lux., art. L. 311, paragr. (2) et s.

¹⁹⁷⁴ C. consom. lux., art. L. 320-1 et s.

¹⁹⁷⁵ C. consom. lux., art. L. 112-9, paragr. (4).

¹⁹⁷⁶ L'article 179, paragraphe (1), du Code d'instruction criminelle (droit luxembourgeois) dispose que les chambres correctionnelles des tribunaux d'arrondissement connaissent de tous les délits à l'exception de ceux dont la connaissance est attribuée aux tribunaux de police par les lois particulières. La loi modifiée du 26 février 1973 portant extension de la compétence des tribunaux de police en matière répressive (Mém. A – N° 14 du 12 mars 1973, p. 353) ne fait pas mention d'attribution des délits du Code de la consommation aux tribunaux de police et relèvent donc a contrario de la compétence des chambres correctionnelles des tribunaux d'arrondissement.

¹⁹⁷⁷ C. consom. fr., art. L. 522-1.

¹⁹⁷⁸ Dans sa décision du 13 mars 2014, le Conseil constitutionnel a déduit du fait que « l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation est compétente, d'une part, pour constater les infractions et manquements aux obligations posées par ces diverses dispositions, enjoindre au professionnel de se conformer à celles-ci, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite et, d'autre part, pour prononcer les amendes administratives sanctionnant les manquements relevés ainsi que l'inexécution des mesures d'injonction », « qu'il appartiendra au juge administratif, compétent pour connaître du contentieux de ces sanctions administratives, de veiller au respect de la procédure prévue par le législateur » (Cons. const., 13 mars 2014, déc. n° 2014-690, cons. 69).

communications électroniques. Un recours en réformation devant le tribunal administratif est ouvert contre ces décisions¹⁹⁷⁹.

655. La possibilité de cumuler des sanctions répressives appartenant à deux ordres de juridictions amène à s'interroger sur les conséquences pratiques que cela peut entraîner. La double voie de répression possible pour la violation de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois pose la question de l'inertie des autorités compétentes (§1), de la moralisation du droit des affaires et de l'affaiblissement des garanties procédurales (§2) ainsi que de l'éclatement du contentieux (§3).

§1 – L'inertie des autorités compétentes

656. M. Laurent Neyret a relevé l'existence d'un risque d'inertie des autorités sanctionnatrices en droit de l'environnement. Selon l'auteur, le risque est « *qu'on aboutisse en pratique à une inertie de l'ensemble des organes « sanctionneurs », chacun comptant sur l'autre pour agir, et dès lors à un défaut d'effectivité des sanctions* »¹⁹⁸⁰. Ainsi, l'autorité judiciaire et l'autorité administrative étant toutes deux compétentes, chacune laisserait l'initiative du contrôle et de la sanction à l'autre, ce qui aboutirait à une absence de contrôle des dispositions et éventuellement à l'absence de sanction des manquements ou des infractions.

657. Le risque d'inertie des autorités sanctionnatrices est limité en France puisque les agents de la DGCCRF sont compétents à la fois pour rechercher et constater les manquements ainsi que les infractions au Code de la consommation. Ses agents sont donc compétents d'une part, pour prononcer les sanctions administratives relatives aux manquements, et d'autre part, pour établir les procès-verbaux constatant les infractions et les transmettre au Procureur qui décidera de l'opportunité d'une poursuite judiciaire. Il faut cependant prendre en

¹⁹⁷⁹ Loi modifiée du 1^{er} août 2007 portant organisation du marché du gaz naturel, art. 60, paragr. (6) ; Loi modifiée du 1^{er} août 2007 portant organisation du marché de l'électricité, art. 65, paragr. (6) ; Loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques, art. 83, paragr. (6).

¹⁹⁸⁰ L'auteur constate une situation similaire de cumul en droit de l'environnement (NEYRET Laurent, « La sanction en droit de l'environnement. Pour une théorie générale », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p.546, n° 26).

considération le risque que les directeurs de services valident les sanctions de manière aléatoire.

En revanche, l'inertie pourrait constituer un risque réel en droit luxembourgeois. En effet, l'Institut Luxembourgeois de Régulation est l'autorité de régulation (administrative) indépendante compétente pour rechercher les manquements aux obligations légales d'information relatives aux contrats de services de communications électronique, tandis que d'autres fonctionnaires précédemment cités sont compétents pour rechercher les infractions au Code de la consommation et aux lois protectrices des consommateurs.

658. La double voie de répression de l'obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois a été permise par l'introduction de sanctions administratives en droit des affaires, à côté des sanctions pénales constituant la sanction répressive traditionnelle. Or, la nature administrative de la sanction amène à s'interroger sur sa capacité de moralisation du droit des affaires à l'image du droit pénal ainsi que sur l'affaiblissement des garanties procédurales qu'engendre sa nature extrapénale.

§2 – La moralisation du droit des affaires et l'affaiblissement des garanties procédurales

659. Dans un premier temps, se pose la question de savoir si les sanctions administratives permettent, à l'image des sanctions pénales, de moraliser les comportements des professionnels en droit de la consommation français et luxembourgeois. En effet, selon certains auteurs, le droit pénal est seul à présenter une telle capacité. Ainsi Mme Agathe Lepage affirme que « [1]a moralisation de la vie des affaires a incontestablement besoin de la sanction pénale, instrument de protection des intérêts de la société »¹⁹⁸¹. En effet, le droit pénal a pour objet la protection de la société tandis que le droit administratif régit les relations entre les personnes morales de droit public et les administrés. De plus, la sanction pénale possède un caractère infamant et une force symbolique dont est dépourvue la sanction administrative¹⁹⁸². Cependant, si la sanction administrative ne nuit pas autant à la réputation que la sanction pénale, la possibilité pour la DGCCRF et l'ILR de publier leurs décisions de sanction tend à atteindre cet objectif.

¹⁹⁸¹ LEPAGE Agathe, « Les sanctions en droit pénal des affaires. Réflexions sur la place et le rôle du droit pénal dans la vie des affaires », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 108, n° 25.

¹⁹⁸² ROSENFELD Emmanuel et VEIL Jean, « Sanctions administratives, sanctions pénales, CAIRN, pp. 61-73.

660. Dans un second temps, le prononcé d'une sanction de nature administrative amène à s'interroger sur l'amoindrissement des garanties procédurales qu'il est susceptible d'engendrer. Le rapport Coulon a ainsi affirmé que le fait de compenser la dépénalisation par l'instauration de sanctions administratives engendre « *un recul en matière de garanties procédurales par rapport à la justice pénale* »¹⁹⁸³. Plusieurs raisons ont été évoquées par la doctrine.

Tout d'abord, MM. Emmanuel Rosenfeld et Jean Veil expliquent qu'« *il est de l'essence de l'action administrative de s'exercer immédiatement, le contrôle n'étant qu'a posteriori, d'où l'antinomie essentielle des deux répressions : le condamné pénal est présumé innocent jusqu'à l'épuisement des recours ; le sanctionné administratif est, à compter du prononcé, présumé coupable et doit immédiatement déférer à la sanction sauf à obtenir, difficilement, le bénéfice du sursis à exécution* »¹⁹⁸⁴. Ensuite, M. Stéphane Detraz affirme que « *le choix de la répression administrative [...] présente [...] le désavantage de réduire les droits de la personne mise en cause, qui est sanctionnée par une Administration omnipotente (qui, pour utiliser la terminologie pénale, cumule les fonctions de police judiciaire et administrative, de poursuite, d'instruction, de jugement et de mise à exécution des condamnations)* »¹⁹⁸⁵. Est en cause le principe de séparation des pouvoirs de l'État dont l'objectif est de limiter le risque d'arbitraire¹⁹⁸⁶. En ce qui concerne les sanctions pénales, le principe est respecté puisque les différents pouvoirs sont dévolus à des entités différentes : l'Administration constate les infractions, le juge d'instruction instruit, le parquet veille à l'application de la loi et le juge sanctionne. Le problème se pose différemment quant aux sanctions administratives puisque les prérogatives appartiennent à la même entité : l'Administration est compétente pour constater les manquements, instruire et sanctionner. Cette situation est illustrée par le pouvoir de la DGCCRF en France de prononcer des sanctions administratives depuis la loi du 17 mars 2014. La question est plus délicate pour l'ILR au Luxembourg. En effet, le risque d'arbitraire

¹⁹⁸³ Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, *La dépénalisation de la vie des affaires*, groupe de travail présidé par Jean-Marie COULON, La documentation française, janv. 2008, p. 29.

¹⁹⁸⁴ ROSENFELD Emmanuel et VEIL Jean, « Sanctions administratives, sanctions pénales, CAIRN, pp. 61-73.

¹⁹⁸⁵ DETRAZ Stéphane, « Les pouvoirs de l'Administration chargée de la consommation et de la concurrence et les sanctions », LPA 2014, n° 128, p. 22.

¹⁹⁸⁶ En application de ce principe, le pouvoir législatif est dévolu aux assemblées représentatives, le pouvoir exécutif au chef de l'État et à son Gouvernement, et le pouvoir judiciaire aux juridictions. La théorie de séparation des pouvoirs a été élaborée par Locke (1632 – 1704) et Montesquieu (1689 – 1755) – Montesquieu : « *Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* » (<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/approfondissements/separation-pouvoirs.html>, dernière consultation le 11 sept. 2016).

semble limité dans la mesure où l'ILR est une autorité de régulation indépendante. Cependant, l'Institution est compétente à la fois pour rechercher les manquements, instruire et prononcer les sanctions.

661. Les craintes du recul des garanties procédurales inhérentes à la sanction administrative doivent être nuancées. En effet, en droit français comme en droit luxembourgeois, l'évolution des sanctions administratives s'est largement alignée sur les exigences du droit pénal. Le Conseil constitutionnel français a « pénalisé » le régime juridique des sanctions administratives en admettant leur constitutionnalité, puisqu'elle doivent présenter des garanties équivalentes aux sanctions pénales afin d'être conformes à la Constitution. M. Gweltaz Eveillard explique que s'est ainsi forgé un véritable « droit répressif » appliquant certains principes constitutionnels¹⁹⁸⁷ et certains principes généraux du droit pénal¹⁹⁸⁸ aux sanctions administratives¹⁹⁸⁹. De la même manière, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise a puisé parmi certains principes de droit pénal¹⁹⁹⁰ pour encadrer les sanctions administratives et apporter des garanties égales au justiciable en matière de sanctions pénales et en matière de sanctions administratives¹⁹⁹¹. Ainsi, nous avons constaté qu'une procédure contradictoire est prévue en droit français et luxembourgeois avant le prononcé de la sanction par l'autorité compétente, la DGCCRF ou l'ILR.

Malgré ces nombreux points de convergence, l'assimilation de la répression administrative à la répression pénale n'est pas totale¹⁹⁹². Le Conseil d'État français s'est alors interrogé sur

¹⁹⁸⁷ La légalité des délits et des peines, la nécessité et proportionnalité des peines, la non-rétroactivité de la loi pénale, la rétroactivité de la loi pénale plus douce, le non-cumul des peines, la responsabilité personnelle et la personnalité des peines (DDHC, art. 8), ainsi que la présomption d'innocence (DDHC, art. 9).

¹⁹⁸⁸ L'interprétation stricte des textes de droit pénal et l'interdiction d'aggraver la peine sur le seul recours du condamné.

¹⁹⁸⁹ EVEILLARD Gweltaz, « Les sanctions en droit administratif. Entre approfondissement de la soumission à l'égalité et recherche de l'efficacité », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 14 et s., p. 496 et s.

¹⁹⁹⁰ La légalité de l'infraction (Constitution, art. 14), la non-rétroactivité (*ibid*), l'égalité devant la loi (Constitution, art. 10bis, paragr. (1)).

¹⁹⁹¹ RAVARANI Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution de la Cour administrative du Luxembourg », in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, colloque, réunion des Conseils d'État du Benelux et de la Cour administrative du Luxembourg, Bruxelles, 21 oct. 2011, pp. 42-43.

¹⁹⁹² RAVARANI Georges, *op. cit.* L'auteur rappelle que les sanctions administratives gardent une singularité. Ainsi certains principes fondamentaux s'appliquent avec une particulière souplesse tel le principe de légalité des délits et des peines, le principe de non-cumul des peines, et le principe de personnalité des peines. De plus, les sanctions administratives sont soumises à une obligation de motivation et a été constaté un approfondissement du contrôle du juge administratif sur les sanctions administratives, l'exigence d'un procès équitable devant un tribunal mais aussi une AAI (Conv. EDH, art. 6 (procès équitable), le but étant d'éviter l'arbitraire de l'Administration (*ibid*).

l'opportunité de créer un régime commun aux sanctions pénales et administratives¹⁹⁹³. En effet, il émerge un droit de la répression qui transcende les frontières de la répression pénale et de la répression administrative selon Mme Mireille Delmas-Marty¹⁹⁹⁴, à l'image de la notion autonome de matière pénale de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Ainsi M. Michel Dobkine énonce qu'« [u]ne nouvelle catégorie de sanctions, les « sanctions pécuniaires » est peut-être appelée à unifier la matière répressive non passible de l'emprisonnement, et à rendre caduque les distinctions traditionnelles entre sanctions administratives et pénales »¹⁹⁹⁵. Il existe certains obstacles à une telle unification, le rapport du Conseil d'État français mettant en exergue la perte d'efficacité des sanctions administratives qui en découlerait.

662. Le manquement à une obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois peut être sanctionné à la fois par une sanction pénale et une sanction administrative. Ainsi, en cas de recours, les deux ordres de juridictions seront sollicités pour le manquement à un même fait, créant un éclatement du contentieux.

§3 – Le risque d'éclatement du contentieux

663. Nous avons constaté précédemment que le juge judiciaire et le juge administratif pouvaient être saisis d'un recours contre le même manquement à une obligation légale d'information, créant ainsi un éclatement du contentieux. La question revêt une certaine importance en droit français, la possibilité de sanctionner le manquement à une obligation légale d'information par une sanction pénale et administrative étant plus élevée qu'en droit luxembourgeois.

664. Le projet de loi de la consommation français (future loi Hamon) introduisant les sanctions administratives en droit de la consommation français a suscité des débats sur le fait de savoir quel juge, judiciaire ou administratif, serait compétent pour connaître des recours

¹⁹⁹³ Conseil d'État (Section du rapport et des études), *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 8 déc. 1994, La Documentation française – Paris, 1995, p. 65 et s.

¹⁹⁹⁴ DELMAS-MARTY Mireille, « Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », D. 1986, chron., pp. 27-28.

¹⁹⁹⁵ DOBKINE Michel, « L'ordre répressif administratif », D. 1993, chron., p. 157.

frappant les sanctions administratives prononcées par la DGCCRF¹⁹⁹⁶. En effet, l'attribution de la compétence du juge administratif « *ferait basculer un contentieux du juge pénal vers le juge administratif, ce qui, hormis un basculement total, produirait un dualisme juridictionnel pour une même branche du droit. Le système manquerait ainsi de cohérence* »¹⁹⁹⁷. L'avis de Mme Nicole Bonnefoy rapporte que « *les députés, à l'initiative de leur rapporteur du texte pour la commission des affaires économiques, Danielle Fasquelle, avait imposé la compétence du juge judiciaire pour l'annulation et la réformation de la décision de la DGCCRF dans deux cas : l'amende relative à une clause illicite, ou celle sanctionnant une infraction aux obligations d'information sur les caractéristiques essentielles du produit* »¹⁹⁹⁸. On apprend ensuite que « *[l]e Sénat était allé plus loin, à l'invitation de la commission de l'économie et de celle des lois, en étendant cette compétence d'une part aux injonctions préalables aux sanctions et, d'autre part, au recours de pleine juridiction* », mais qu'il n'est rien resté de ces proposition dans le texte présenté.

Les arguments en faveur de la compétence du juge judiciaire étaient les suivants : « *[l]'intérêt qui s'attache à la bonne administration de la justice, et au respect du juge naturel des parties à la relation de consommation, impose d'attribuer au juge judiciaire le contentieux des sanctions administratives prononcées par la DGCCRF. Par extension logique, les injonctions prononcées préalablement à ces sanctions, ou celles susceptibles de faire l'objet d'une amende si elles ne sont pas respectées, devraient revenir aussi au juge judiciaire : l'accessoire suit le principal* »¹⁹⁹⁹.

665. La question de l'attribution du contentieux des sanctions administratives à deux ordres de juridiction ou à un seul revêt un aspect essentiel. M. Jacques-Henri Robert met ainsi en avant les inconvénients de la compétence des deux ordres juridictionnels et explique qu'« *[e]n donnant à deux autorités différentes le pouvoir de sanctionner le même fait, le législateur accepte le risque de décisions contradictoires. Les contradictions apparaissent soit dans la qualification des faits à sanctionner, soit dans l'appréciation de la validité des normes*

¹⁹⁹⁶ Projet de loi relatif à la consommation, NOR : EFIX1307316L.

¹⁹⁹⁷ Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, *La dépenalisation de la vie des affaires*, groupe de travail présidé par Jean-Marie COULON, La documentation française, janv. 2008, p. 29.

¹⁹⁹⁸ Avis n° 792 du 23 juillet 2013 présenté par Mme Nicole Bonnefoy au nom de la commission des lois sur le Projet de loi portant modification du code de la consommation, section 4 « mise en place de sanctions administratives ».

¹⁹⁹⁹ Avis n° 792 du 23 juillet 2013, *op. cit.*

sanctionnées »²⁰⁰⁰. Mme Nicole Bonnefoy avait ainsi souligné le risque de divergence de jurisprudence « *lorsqu'un tribunal administratif sera saisi d'une sanction relative à un manquement dont aura à connaître, par la voie d'une action civile en responsabilité, le juge judiciaire* » ou dans la situation « *d'une infraction poursuivie à la fois devant la juridiction répressive et la juridiction administrative, saisie d'une sanction sur les mêmes faits, ou encore celle du juge judiciaire saisi par la DGCCRF pour déclarer une clause abusive, en même temps que la même autorité administrative sanctionnera le refus du professionnel de déférer à son injonction* »²⁰⁰¹. L'éclatement du contentieux pourrait donc créer des « *situations contentieuses [...] labyrinthiques, au détriment de celui dont le droit sera bafoué* »²⁰⁰².

666. Comme mentionné plus haut, le Projet de loi adopté le 13 février ne comportait aucune précision quant au juge compétent pour les recours contre les décisions de la DGCCRF qui peuvent notamment concerner le manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation. Le Conseil constitutionnel, saisi par les députés et sénateurs français, a précisé dans sa décision du 13 mars 2014 « *qu'il appartiendra au juge administratif, compétent pour connaître du contentieux de ces sanctions administratives, de veiller au respect de la procédure prévue par le législateur* »²⁰⁰³.

²⁰⁰⁰ ROBERT Jacques-Henri, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », AJDA 1995, n° spécial, p. 76 et s.

²⁰⁰¹ Avis n° 792 du 23 juillet 2013, *op. cit.*

²⁰⁰² Avis n° 792 du 23 juillet 2013, *op. cit.*

²⁰⁰³ Cons. const., 13 mars 2014, déc. n° 2014-690 DC, cons. 69.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

667. M. Christophe Blanchard certifie que l'« [a]bondance de sanction peut donc nuire » du fait de l'« extraordinaire difficulté qu'il y a pour le droit à combiner différents ordres de sanctions qui peuvent tenter aux principes les plus fondamentaux »²⁰⁰⁴. Ainsi, l'existence du cumul de sanctions répressives pénale et administrative en droits français et luxembourgeois de la consommation pour le manquement à une obligation légale d'information a posé la question de la conformité des solutions françaises et luxembourgeoises à ce principe par rapport à l'application qu'en fait la Cour européenne des droits de l'Homme. Mme Geneviève Giudicelli-Delage nuance le constat de non-conformité du droit français et déclare qu'« [e]n pratique, la question se pose assez peu, en raison d'une « dépenalisation de fait qui conduit à ce que les manquements soient sanctionnés et que les procédures pénales soient très exceptionnelles »²⁰⁰⁵.

La double voie répressive, pénale et administrative, dont le champ d'application est large en droit français depuis l'introduction des sanctions administratives par la loi du 17 mars 2014 interroge quant à ses répercussions pratiques. En effet, l'attribution des compétences sanctionnatrices à deux ordres distincts de juridiction pourrait entraîner une inaction totale. Ensuite, la nature administrative des sanctions ne possède pas la force symbolique de la sanction pénale et risque de ne pas avoir le même effet dissuasif. De plus, la doctrine craint un affaiblissement des garanties procédurales pour le justiciable inhérent à la nature extra-pénale de la sanction. Cependant, le régime de ces sanctions tend à se rapprocher considérablement. Enfin, l'introduction des sanctions administratives en droit de la consommation a pour corollaire l'attribution de compétence du juge administratif en cas de recours, et donc l'éclatement du contentieux des sanctions du droit de la consommation français dont celui des sanctions des obligations légales d'information.

²⁰⁰⁴ BLANCHARD Christophe, « Quelle sanction pour faire cesser les infractions au droit de la consommation », in Centre Jean Bodin, BERNHEIM-DESVAUX Sabine et BLANCHARD Christophe (dir.), *L'effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion d'Angers, 26 mars 2015, LDA, juin 2015.

²⁰⁰⁵ GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, *Droit pénal des affaires*, 6^e éd., Dalloz, 2006, p. 69.

CONCLUSION DU TITRE II

668. Il existe, en droits français et luxembourgeois, une multitude de textes et d'incriminations pouvant s'appliquer et sanctionner le manquement à une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation.

La mesure de l'efficacité de la sanction de l'obligation légale d'information impose de considérer ce réseau, ce système de sanction, si l'articulation des diverses sanctions aboutit à une sanction efficace. Or, l'analyse des droits français et luxembourgeois actuels révèle que certaines combinaisons de sanctions engendrent une sanction inefficace que ce cumul soit rendu possible par l'articulation des différents textes existant ou expressément prévu par la loi pour un manquement à une obligation légale d'information particulier. Tout d'abord, c'est le cas du cumul disproportionné de sanctions, lorsque des sanctions pécuniaires, pénales ou administratives, se cumulent entre elles sans limite maximale imposée par la loi. Ensuite, le cumul incohérent de sanctions résulte de la combinaison de sanctions de nature identique ou différente (civile, pénale, administrative, mais à la fonction identique (réparatrice ou répressive).

Tout d'abord, la sanction réparatrice est inefficace si elle procure un avantage au consommateur et qu'elle répare le préjudice au delà du principe de réparation intégrale. La situation la plus courante en droit de la consommation reste celle du cumul de sanctions répressives. Ainsi, la sanction répressive qui résulte de ces cumuls se révèle inefficace lorsqu'elle est disproportionnée par rapport à la gravité de la faute, que ce soit par le cumul sans plafond de peines de contravention ou d'amendes administratives entre elles, ou par le cumul de deux sanctions distinctes mais à l'objectif identique de répression. La sanction répressive de l'obligation légale d'information est adaptée au comportement prohibé puisque la recherche du profit par le professionnel est neutralisée par l'atteinte au patrimoine, actuel ou futur²⁰⁰⁶, réalisé par la sanction. En effet, une sanction trop sévère risque de ne pas être prononcée par l'autorité sanctionnatrice, le juge ou l'Administration, par crainte des répercussions sur la situation financière du professionnel. En amont des poursuites, les

²⁰⁰⁶ Par exemple, la peine d'amende s'impute sur le patrimoine actuel du professionnel tandis que la déchéance du droit aux intérêts le prive d'un gain dû mais futur, qui n'est pas encore entré dans son patrimoine.

autorités compétentes de contrôles des incriminations des Codes de la consommation français et luxembourgeois n'ont pas systématiquement les effectifs, les moyens ou le temps d'effectuer les contrôles nécessaires ou les constats de violations qui en découlent. Si le cumul se trouve alors limité en pratique, cette ineffectivité de la sanction affecte son efficacité dissuasive. En effet, une sanction qui n'est pas prononcée n'est pas de nature à inciter le professionnel à respecter la loi. De plus, l'illisibilité et la complexité du réseau de sanctions de l'obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois participent à leur inefficacité dissuasive puisque les professionnels n'en ont pas connaissance et n'en craignent donc pas la mise en œuvre. M. Christophe Blanchard conclut que « [l]a cessation des infractions au droit de la consommation suppose ainsi de manier les sanctions conformément à leur fonction et de songer, combien plus encore, à leur mise en œuvre pour que l'effectivité de la sanction contribue réellement à l'effectivité du droit de la consommation »²⁰⁰⁷.

669. Les cumuls inopportuns de sanctions de l'obligation légale d'information n'ont pas pour seules conséquences de rendre la sanction de celle-ci inefficace. En particulier, le cumul entre sanctions répressives de nature pénale et administrative engendre également des interrogations quant à sa conformité au droit supranational et à ses conséquences pratiques.

Le droit français et le droit luxembourgeois, malgré leur histoire commune et leur législation similaire, n'appréhendent pas de la même manière le respect du principe *non bis in idem* tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, tandis que le législateur français semble pouvoir limiter l'effet de ce cumul par le principe de proportionnalité en imposant un maximum légal aux sanctions pécuniaires, le législateur luxembourgeois a choisi d'interdire le cumul d'une amende d'ordre avec une sanction pénale en cas de violation aux dispositions du contrat de fourniture d'énergie. L'absence de précision relative à un tel cumul, pourtant permis dans les mêmes conditions pour la violation des dispositions relatives au contrat de services de communications électroniques, semble constituer un simple oubli.

En l'absence de modification législative en France pour se conformer au droit européen, il sera nécessaire de patienter quelques années afin que le contentieux éventuel se développe

²⁰⁰⁷ BLANCHARD Christophe, « Quelle sanction pour faire cesser les infractions au droit de la consommation », in Centre Jean Bodin, BERNHEIM-DESSVAUX Sabine et BLANCHARD Christophe (dir.), *L'effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion d'Angers, 26 mars 2015, LDA, juin 2015.

afin de juger de la réalité, et le cas échéant de l'ampleur, de l'inertie des autorités de sanction, de l'affaiblissement de la moralisation droit des affaires et des garanties procédurales, ainsi que de l'éclatement du contentieux.

670. La comparaison du droit français et du droit luxembourgeois montre qu'ils comportent tous deux des situations de cumul de sanctions de l'obligation légale d'information. Cependant, le droit français se révèle plus répressif et comporte le plus grand nombre d'hypothèse de cumul de sanctions qui risque de se révéler disproportionnées et donc inefficaces. De plus, le droit français a la particularité de comporter de nombreuses amendes administratives ainsi que des sanctions civiles répressives spécifiques telle la déchéance du droit aux intérêts.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

671. La question de l'efficacité d'un système de sanctions n'est pas une problématique nouvelle. M. Pierre Pescatore rappelle que les Romains distinguaient déjà les sanctions selon la gradation de leur efficacité entre la *lex perfecta*, la *lex plus quam perfecta* et la *lex minus quam perfecta* ou *imperfecta*²⁰⁰⁸. L'auteur explique que cette analyse est valable dans notre système juridique qui lui-même comporte des sanctions directes (civile, administrative, fiscale et pénale), des règles pourvues de sanctions multiples (une sanction pénale cumulée à une sanction civile, administrative ou fiscale) et enfin des règles indirectes, simplement politiques ou encore des règles dépourvues de toute sanction²⁰⁰⁹. Cette classification peut en effet être appliquée aux systèmes de sanction de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois qui sont, selon l'expression de M. Laurent Neyret, « *entre redondance et vide de sanction* »²⁰¹⁰.

672. L'inefficacité actuelle des systèmes de sanction français et luxembourgeois provient notamment de l'absence occasionnelle de sanction expresse. Le recours à des sanctions civiles et pénales applicables à d'autres mécanismes que l'obligation d'information est nécessaire, telles la nullité pour dol, l'éradication des clauses abusive ou le délit de tromperie. Le droit commun des contrats et le droit de la consommation conserve son utilité lorsqu'il est cantonné à son rôle de « filet de sécurité », de par la diversité de remède qu'il propose, et qu'il peut être articulé avec une sanction expresse spécifique au manquement d'une obligation légale d'information dans un contrat de consommation. Mais le recours à ces sanctions n'est plus satisfaisant lorsqu'il est substitué à une sanction expresse du droit de la consommation. En effet, la mise en œuvre des sanctions de droit commun nécessite pour le consommateur d'agir en justice, mécanisme dissuasif par sa lenteur, sa lourdeur et son coût. De plus, si la sanction

²⁰⁰⁸ PESCATORE Pierre, *Introduction à la science du droit*, 2^{ème} réimpression, Université du Luxembourg, Bruylant Bruxelles, 2009, p. 402.

²⁰⁰⁹ *Ibid.*

²⁰¹⁰ Expression de M. Laurent Neyret à propos des sanctions en droit de l'environnement (NEYRET Laurent, « La sanction en droit de l'environnement. Pour une théorie générale », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 546).

est potentiellement efficace, les éléments de preuve à apporter par le consommateur afin d'obtenir son prononcé sont complexes, malgré la facilitation de certaines preuves par les juges. Le dol doit avoir été déterminant, la clause abusive doit être source de déséquilibre et l'élément moral du délit de tromperie doit être rapporté. La jurisprudence française comme luxembourgeoise tend à faciliter la preuve de ces éléments pour le consommateur, souvent en réduisant tellement l'élément en question qu'il s'agit presque de présomptions, par exemple l'élément intentionnel du dol. Or, ceci n'est pas satisfaisant puisqu'il y a distorsion des principes légaux pour l'appliquer à un cas concret, ce qui induit une part d'arbitraire des juges. Les seules sanctions issues d'autres mécanismes applicables à la violation d'une obligation légale d'information dans les contrats de consommation sans sanction expresse, et qui ne requiert aucune preuve supplémentaire, sont l'éradication des clauses illicites, l'inopposabilité de certaines clauses et la nullité du contrat pour violation de dispositions d'ordre public ou de règles de forme. Enfin, les solutions offertes au consommateur ne sont pas toujours satisfaisantes. Par exemple, la nullité n'est pas toujours une sanction adaptée, le consommateur préférant obtenir une exécution forcée en nature, et le montant des dommages-intérêts peut être jugé trop faible.

673. La deuxième cause d'inefficacité de la sanction actuelle de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation est le cumul inopportun de certaines sanctions. Le cumul de sanctions prévu ou admis par la loi aboutit au prononcé d'une sanction inefficace lorsqu'il est disproportionné ou incohérent. En effet, l'efficacité réparatrice de la sanction implique que la réparation soit intégrale, et l'efficacité réparatrice que la peine soit proportionnelle à la gravité de la faute. Même certaines situations de cumul restent théoriques, la complexité du réseau de sanctions participe à la l'illisibilité du droit et en empêche l'accès. Or, l'efficacité dissuasive des sanctions réparatrices et répressives procède notamment de la connaissance de cette sanction par le cocontractant. De plus, le cas particulier du cumul de sanctions répressive soulève des questions autres tel le respect du principe *non bis in idem*, ses potentielles conséquences et la conformité des droits français et luxembourgeois au droit européen.

674. L'incohérence des systèmes de sanction français et luxembourgeois de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation, matérialisée par l'absence ou la multitude de sanctions, semble s'expliquer par l'influence du droit de l'Union européenne. En

effet, le législateur de l'Union adopte une attitude indécise, sûrement prudente, et n'édicte que de manière ponctuelle des sanctions aux obligations légales d'information qu'il impose par le biais de nombreuses directives. La position de retrait du législateur s'explique par des raisons de nature politique, par la difficulté concrète d'obtenir un consensus entre les États membres quant à l'élaboration d'une sanction commune. Une sanction harmonisée de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation peut voir le jour uniquement lorsque toutes les traditions juridiques et les lois positives sont suffisamment similaires. La doctrine européenne a tenté de dégager un système de sanctions des obligations d'information, mais les lacunes législatives européennes sont surtout comblées par la Cour de justice qui oriente le juge national, et parfois le législateur, quant à la conformité des sanctions, la détermination de leurs éléments constitutifs, leur mise en œuvre, et la le rôle des associations de consommateurs.

675. Les récentes lois françaises et luxembourgeoises semblent favoriser un système de sanction de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation plus efficace. Dans un premier temps, la transposition de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs a donné l'occasion aux législateurs français et luxembourgeois d'apporter des sanctions ou de préciser les sanctions applicables au manquement d'une obligation légale d'information en droit des contrats de consommation. La loi française du 17 mars 2014 a introduit de nombreuses amendes administratives applicables au manquement d'obligations d'information édictées par le Code de la consommation. Les éventuelles sanctions réparatrices relèvent cependant toujours du droit commun ou du droit de la consommation et ne sont pas adaptées à l'obligation d'information ni au litige de consommation. La loi du luxembourgeoise du 2 avril 2014 a introduit dans le Code de la consommation le rappel de la faculté du consommateur de demander la nullité du contrat lorsque le professionnel manque à une obligation d'information essentielle. Cette sanction réparatrice voit son efficacité dissuasive renforcée, puisque le cocontractant peut en prendre connaissance plus facilement, mais ne change rien quant aux inconvénients évoqués précédemment inhérents à cette action.

676. Dans un second temps, l'ordonnance française du 14 mars 2016²⁰¹¹ opère une refonte à droit constant du Code de la consommation et le rend plus accessible. En effet, « [m]algré une codification récente issue de la loi n° 93-949 du 26 juillet, l'architecture du code de la consommation était devenue inadaptée et peu accessible pour ses utilisateurs, du fait des nombreuses réformes intervenues dans le domaine du droit de la consommation et de l'important mouvement de transposition de normes communautaires depuis sa création »²⁰¹². La nouvelle présentation des articles, en vigueur au 1^{er} juillet 2016, est désormais similaire à celle du Code de la consommation luxembourgeois²⁰¹³. En effet, ce dernier séparait déjà, lors de son introduction en 2011, les dispositions de leurs sanctions, les secondes étant énoncées uniquement après l'exposé des premières. Cette simplification formelle doit être saluée pour la clarté qu'elle engendre, puisque les sanctions sont désormais « visibles » et donc plus efficaces dans leur fonction dissuasive.

677. M. Jean Calais-Auloy constate qu'« [a]ucune réflexion d'ensemble n'a jamais été menée sur la finalité, la nature et la gradation des sanctions applicables en droit de la consommation. Une mise en cohérence rendrait le droit de la consommation plus intelligible, et permettrait sans doute qu'il soit mieux appliqué »²⁰¹⁴. Cette remarque est transposable aux systèmes de sanctions de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois dont nous avons constaté les incohérences. Quelques pistes de réflexions visant à rétablir l'efficacité des systèmes de sanctions français et luxembourgeois peuvent donc être présentées.

²⁰¹¹ Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, JORF n° 64 du 16 mars 2016, texte n° 29 ; v. PIÉDELIÈVRE Stéphane, « Le nouveau Code de la consommation est arrivé », Gaz. Pal., 29 mars 2016, n° 13.

²⁰¹² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, JOFR n° 64 du 16 mars 2016, texte n° 28.

²⁰¹³ Une différence subsiste notamment quand à l'aspect matériel du Code de la consommation. Le Code de la consommation luxembourgeois est constitué de feuilles volantes dans un classeur de dimension A4 (21x29,7) tandis que le Code de la consommation français Dalloz est plus petit (14x20). La taille des caractères et l'interligne utilisés sont proportionnels à leur format. Un autre aspect à prendre en compte est la présentation de la jurisprudence. Le Code de la consommation français Dalloz intègre les références jurisprudentielles en dessous de chaque article et utilise des phrases de résumé. À l'inverse, le Code luxembourgeois comprend une partie IV intitulée « Jurisprudence », à la suite des parties législative, réglementaire et complémentaires. Les références jurisprudentielles sont regroupées par thème (« notion de « consommateur », « information des consommateurs », « pratiques commerciales déloyales », etc.) ou par article (« quant à l'article L. 111-1 », « quant à l'article 122-1 »), et comporte des résumés substantiels.

²⁰¹⁴ CALAIS-AULOY Jean, « Les sanctions en droit de la consommation », in *Les droits et le droit : Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2006, p. 75 et s.

PARTIE II – LES CONDITIONS DE L’EFFICACITÉ DES SYSTÈMES FRANÇAIS ET LUXEMBOURGEOIS

678. La codification à droit constant²⁰¹⁵ des textes consuméristes français et luxembourgeois, leur éparpillement au sein de divers codes, lois et autres textes²⁰¹⁶ ainsi que l’inflation législative contribuent à la complexité du droit de la consommation et à la difficulté d’accès à la loi pour les justiciables²⁰¹⁷. D’ailleurs, Mme Dominique Fenouillet affirme que « *le droit de la consommation est un droit complexe, dont la connaissance et la compréhension sont affaires de spécialistes : professionnels dotés d’un service juridique, associations de consommateurs ou organismes professionnels, autorités étatiques en charge de le faire respecter* »²⁰¹⁸. Il est donc également complexe d’appréhender les sanctions existantes et applicables au manquement à une obligation légale d’information. Il convient de se référer aux causes de l’inefficacité actuelle des systèmes de sanctions de l’obligation légale d’information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois, étudiées précédemment, afin de proposer des solutions pour la rétablir.

679. Il a pu être constaté que l’inefficacité du système actuel de sanction provient d’une part, de l’absence ponctuelle de sanction expresse de certaines obligations légales d’information, et d’autre part, du cumul inopportun de certaines sanctions entre elles. Ainsi, les législateurs français et luxembourgeois oublient parfois de créer une sanction expresse à l’obligation d’information qu’ils édictent, tandis qu’ils en prévoient ou permettent parfois plusieurs.

²⁰¹⁵ Sur l’impact de la codification sur l’interprétation juridique, v. GENY François, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 2nd éd., Tome premier, LGDJ, 1932, n° 9, p. 23 et s.

²⁰¹⁶ Droit français : BUREAU Dominique, « Remarques sur la codification du droit de la consommation », D. 1994, p. 291 ; droit luxembourgeois : CABRILLAC Rémy, « La codification du droit de la consommation : approche générale », in PRÛM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d’Économie et de Finance de l’Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 35 et s. (l’auteur se demande s’il faut codifier le droit de la consommation et dans l’affirmative, comment le codifier).

²⁰¹⁷ CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Forum Flammarion, 1996, p. 101 et s.

²⁰¹⁸ FENOUILLET Dominique, « Les préalables à l’effectivité spontanée du droit de la consommation », », in Centre Jean Bodin (sous la dir. de BERNHEIM-DESVAUX Sabine et BLANCHARD Christophe), *L’effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d’Économie et de Gestion d’Angers, 26 mars 2015, RLDA n° 105, juin 2015, n° 20.

680. Afin de rétablir l'efficacité des systèmes de sanction de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois, il est nécessaire de leur apporter une certaine cohérence. Les effets de chaque sanction doivent être adaptés à l'objectif qu'il lui est assigné et elles doivent s'articuler entre elles de manière opportune. La création d'une typologie fonctionnelle de la sanction de l'obligation légale d'information (Titre I) permettrait de proposer un régime spécifique de la violation de l'obligation légale d'information par le cumul légal des sanctions (Titre II).

TITRE I – LA CRÉATION D’UNE TYPOLOGIE FONCTIONNELLE DE LA SANCTION DE L’OBLIGATION LÉGALE D’INFORMATION

681. M. Christophe Blanchard a affirmé que « *la diversification des sanctions, la recherche de l’effectivité et de l’efficacité, supposent de la part du droit une capacité à articuler et à combiner la diversité des sanctions et il n’est pas sûr qu’il y parvienne* »²⁰¹⁹. Ce constat général relatif aux sanctions des dispositions consuméristes est transposable aux sanctions de l’obligation légale d’information. Afin d’obtenir une « *approche juridique cohérente des sanctions* », Mmes Cécile Chainais et Dominique Fenouillet ont proposé d’élaborer une « *typologie des fonctions des sanctions* »²⁰²⁰. La création d’une typologie fonctionnelle permettrait de visualiser les sanctions existantes et applicables à l’obligation légale d’information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois afin d’en faire un usage cohérent. Pour tenter de classer les différentes sanctions de l’obligation légales d’information selon leurs fonctions (Chapitre II), il convient préalablement de définir celles-ci (Chapitre I).

²⁰¹⁹ BLANCHARD Christophe, « Quelle sanction pour faire cesser les infractions au droit de la consommation ? », in Centre Jean Bodin (sous la dir. de BERNHEIM-DESVAUX Sabine et BLANCHARD Christophe), *L’effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d’Économie et de Gestion d’Angers, 26 mars 2015, LDA, juin 2015.

²⁰²⁰ CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 74 et s., p. LXVI. Les auteurs rappellent que d’autres classifications des sanctions sont possibles par rapport à leur source formelle, matérielle, organique ou à ses effets selon leur contenu, destinataire et durée.

CHAPITRE I – PRÉSENTATION DES DIFFÉRENTES FONCTIONS DE LA SANCTION DE L'OBLIGATION LÉGALE D'INFORMATION

682. M. Louis-Augustin Barrière a distingué la fonction « première » de toute sanction, qui est l'effectivité de la norme à laquelle elle s'applique, de ses fonctions « secondes »²⁰²¹. Ces dernières sont diverses et assument un objectif particulier. Ainsi Mmes Cécile Chainais et Dominique Fenouillet ont rappelé que « [d]ans le sillage du droit pénal, le droit exploite toutes les finalités possibles de la sanction et choisit, dans la palette des sanctions qui lui est offerte, celle qui lui semble le mieux à même de remplir l'objectif qu'il s'est fixé : punir le sujet, prévenir la récidive, dissuader de la commission d'un acte illicite, apaiser le corps social, assurer la réadaptation du sujet, réparer le dommage causé, rétablir la légalité, corriger la situation, affirmer symboliquement l'importance de telle valeur, etc. »²⁰²². Indépendamment de leur nature civile, pénale ou administrative, les sanctions assurent diverses fonctions qu'il convient de reprendre.

683. Mmes Cécile Chainais et Dominique Fenouillet ont listé les nombreuses fonctions pouvant être assumées par les sanctions²⁰²³. Tout d'abord, certaines fonctions sont axées sur un acte illicite, comme la fonction expiatoire qui a pour but de punir l'auteur de l'illégalité, la fonction dissuasive qui a pour objectif de prévenir la récidive, la fonction prophylactique qui cherche à prévenir l'illégalité d'autrui, la fonction restitutive dont le but est de restituer un bien illégalement reçu, la fonction correctrice qui vise à corriger la situation juridique en cours et la fonction dissolvante qui a pour but d'anéantir la situation juridique illégale. Ensuite, certaines fonctions sont concentrées sur l'existence d'un dommage telles la fonction rétributive qui vise à réparer le dommage social causé par l'atteinte à la valeur protégée et la fonction réparatrice qui vise à réparer le dommage individuel causé par l'illégalité.

²⁰²¹ BARRIÈRE Louis-Augustin, « Propos introductifs », in *La sanction*, Colloque du 27 nov. 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, L'Harmattan Paris, 2007, p. 7 et s.

²⁰²² CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 55, p. LI.

²⁰²³ CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, *op. cit.*, n° 54, p. L.

Enfin, d'autres fonctions répondent à d'autres besoins comme la fonction expressive qui affirme la force de la valeur considérée. Peuvent par exemple se cumuler une sanction correctrice, une sanction dissolvante et une sanction rétributive.

Certaines de ces fonctions concernent les sanctions de l'obligation légale d'information : les fonctions expiatoire ou répressives, réparatrice, correctrices, et dissolvante.

684. L'élaboration d'une typologie fonctionnelle des sanctions de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois permet d'avoir une meilleure appréhension de chaque système de sanction. La typologie permet d'une part, de s'assurer de l'adaptation des effets de chaque sanction à l'objectif qui lui est assigné et d'autre part, de veiller à une articulation opportune des sanctions, afin de favoriser des cumuls cohérents.

Dans un premier temps, la typologie permet de s'assurer du caractère adapté des sanctions et donc de leur efficacité. Chaque type de fonction doit répondre à certains critères. En effet, la sanction réparatrice doit être en adéquation avec la nature du préjudice et le réparer intégralement, la peine doit répondre au principe de personnalité et de proportionnalité à la faute, et la mesure de restitution doit permettre une adéquation entre la perte et le gain²⁰²⁴. Ainsi, l'attribution d'une fonction à une sanction nécessitera que celle-ci respecte certains critères.

Dans un second temps, la typologie ne s'intéresse plus seulement à la sanction individuelle mais à l'articulation des sanctions puisqu'elle favorise le cumul des sanctions dont les fonctions sont différentes.

²⁰²⁴ CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 76, p. LXVIII.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

685. Les sanctions de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois peuvent se voir assigner divers objectifs. En plus de dresser un bilan du droit positif, la classification fonctionnelle des sanctions est nécessaire à leur efficacité puisqu'elle favorise l'adéquation de chaque sanction et leur articulation cohérente. Indépendamment de leur nature, une classification fonctionnelle des diverses sanctions applicables à l'obligation légale d'information peut être proposée.

CHAPITRE II – ESSAI DE CLASSIFICATION

686. L'essai de classification des sanctions applicables à l'obligation légale d'information, en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois, selon leur fonction peut être présenté (Section 1), mais il faut être conscient de la limite d'une telle typologie en raison de la perméabilité des catégories de fonction (Section 2).

Section 1 – Présentation de la classification

687. Chaque sanction applicable à la violation d'une obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois assume une fonction « seconde » particulière et ce, peu importe leur nature. En effet, nous pouvons rappeler que toute sanction a pour fonction « première » d'assurer l'effectivité de la norme à laquelle elle s'applique.

688. Tout d'abord, la fonction expiatoire semble être exercée par les peines d'emprisonnement et d'amende, les peines complémentaires en droit français, la publication, l'affichage ou la diffusion du jugement de condamnation, ainsi que la publication d'annonces rectificatives ou encore la diffusion d'un communiqué informant le public en droit français. Peuvent également être citées la transaction administrative française et les avertissements taxés luxembourgeois, ainsi que les sanctions disciplinaires prévues en droit luxembourgeois (avertissement, blâme, etc.), et la déchéance du droit aux intérêts de droit français. Ces sanctions ont toutes pour objectif de punir l'auteur de l'illégalité et exercent comme tel une fonction expiatoire. On pourrait également parler de sanction répressive. Les sanctions de nature pénale ont la particularité de présenter, par rapport à celles de nature administrative ou civile, un caractère infamant autrement dit accusatoire²⁰²⁵ aux yeux de la société, qui en fait la sanction expiatoire par excellence.

²⁰²⁵ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, PUF, 8^e éd., mise à jour « Quadrige », 2007, v. « Infamant, ante », p. 489.

689. Ensuite, les sanctions assumant une fonction réparatrice sont celles pouvant résulter de la responsabilité civile, l'exécution forcée et l'allocation de dommages-intérêts. En effet, ces sanctions ont pour but la réparation du dommage individuel, subi par le consommateur, causé par l'illégalité dont le professionnel est l'auteur. Les droits français et luxembourgeois appliquent le principe de réparation intégrale du dommage, ce qui signifie que le consommateur doit être replacé dans la situation qui aurait été la sienne si la violation (de l'obligation légale d'information) n'avait pas eu lieu. Ainsi, la réparation ne doit pas être inférieure ni supérieure au dommage, elle ne doit pas procurer un avantage au consommateur.

690. Puis, les sanctions correctrices peuvent être envisagées. Celles-ci semblent être constituées par l'interprétation des clauses obscures en faveur du consommateur en droit français, la validité de la garantie commerciale non-conforme au formalisme informatif imposé et le fait que le consommateur ne supporte pas les frais supplémentaires dont il n'a pas été informé par le professionnel dans le cadre d'un contrat à distance ou hors établissement hors services financiers. Peuvent ensuite être citées les clauses éradiquées du contrat, telles les clauses abusives et les clauses illicites, ainsi que les clauses inopposables en droit français. Enfin peut être mentionné le déplacement du point de départ du délai de rétractation ou sa prorogation lorsque l'information concernant cette faculté est transmise en retard ou omise lors de la conclusion d'un contrat à distance ou hors établissement hors services financiers, ou d'un contrat de *timeshare*. L'objectif commun de ces sanctions applicables au manquement de l'obligation légale d'information est de corriger la situation juridique en cours. Autrement dit, la sanction a pour but de supprimer l'illégalité tout en préservant l'éventuel contrat existant ou en laissant la possibilité au consommateur de s'en défaire. Les sanctions correctrices ont pour résultat de ne pas imposer au consommateur une obligation dont il n'a pas été informé et donc à laquelle il n'a pas consenti, ou de lui permettre d'exercer les droits qu'il aurait du pouvoir exercer s'il en avait été informé.

691. Enfin, il existe des sanctions assurant une fonction dissolvante. Peuvent tout d'abord être citées les sanctions aboutissant à l'anéantissement du contrat. Il s'agit de la nullité pour vice du consentement, la violation de dispositions d'ordre public ou de règles de formes. Il faut également mentionner la résolution du contrat résultant de la responsabilité contractuelle, de l'inexécution de l'obligation de délivrance conforme, de l'action rédhibitoire de la garantie des vices cachés (lorsque l'information qui aurait dû être délivrée porte sur un vice

réhabilitaire) et de l'ultime remède de la garantie légale de conformité. Peuvent ensuite être citées l'action en cessation de la pratique illicite, par exemple d'une pratique commerciale trompeuse, ainsi que les injonctions de mise en conformité pouvant être ordonnées par la DGGCRF en droit français. Toutes ces sanctions visent à anéantir la situation juridique illégale. Un contrat non valablement formé ou inexécuté, ainsi que l'existence d'un comportement illicite vont être « effacés », supprimés. À l'inverse, les sanctions correctrices ont vocation à s'appliquer lorsque la situation juridique peut être rectifiée.

692. La classification fonctionnelle des sanctions de l'obligation légale d'information est un outil utile mais qui présente ses limites. En effet, il faut tenir compte de la complexité du droit et du fait qu'une même sanction revêt en pratique plusieurs fonctions.

Section 2 – Limites de la classification

693. Les sanctions applicables à l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation peuvent être classées selon la fonction « seconde » qu'elles exercent. Cependant, une sanction peut assurer d'autres fonctions. M. Michel Van de Kerchove s'est interrogé sur la flexibilité fonctionnelle ou la polyvalence des sanctions. La conception rigide « monofonctionnelle » des sanctions selon laquelle, par exemple, une sanction civile remplirait exclusivement une fonction réparatrice et une sanction pénale une fonction exclusivement rétributive, est remise en cause²⁰²⁶. L'auteur constate que s'y oppose « *une conception plus flexible qui, sans nier certaines particularités propres aux différents types de sanctions, admet leur relative polyvalence ou « multifonctionnalité »* »²⁰²⁷. De la même manière, Mmes Cécile Chainais et Dominique Fenouillet ont constaté l'existence d'un flou entourant les finalités poursuivies par les sanctions²⁰²⁸.

²⁰²⁶ VAN DE KERCHOVE Michel, « L'hypothèse de la flexibilité affecte-t-elle la nature et les fonctions des sanctions ? », in KAMINSKY Dan (dir.), *La flexibilité des sanctions. XXI^{es} journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2013, p. 66.

²⁰²⁷ VAN DE KERCHOVE Michel, *op. cit.*, p. 67. L'auteur cite : KAMINSKI Dan, *Pénalité, management, innovation*, Namur, Presses Universitaires de Namur, 2009, p. 66.

²⁰²⁸ CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 77, p. LXIX.

694. Deux exemples, non applicables à l'obligation légale d'information, méritent malgré tout d'être cités car ils sont emblématiques de la pluralité d'objectifs assurée par une même sanction. Tout d'abord, « la peine de sanction-réparation » de droit français²⁰²⁹ est une peine correctionnelle qui consiste « dans l'obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixés par la juridiction, à l'indemnisation de la victime »²⁰³⁰. Ensuite, les dommages et intérêts punitifs de droit américain sont à la fois réparateurs et punitifs²⁰³¹. Ainsi, M. Jean-Sébastien Borghetti affirme que « [l]a responsabilité civile ne se limite plus à la réparation du dommage » mais « doit encore jouer un rôle préventif et punitif »²⁰³². Mme Geneviève Viney et M. Patrice Jourdain ont d'ailleurs envisagé « de créer, à côté de l'action en « réparation-compensation », une action autonome en « réparation-expiation »²⁰³³, autrement dit d'analyser « la possibilité et [...] l'utilité d'admettre en droit français des dommages-intérêts [...] punitifs ou tendant à la restitution de profits illicites »²⁰³⁴, et de réfléchir sur le régime qui leur serait approprié²⁰³⁵.

En définitive, Mme Geneviève Viney constate « l'interpénétration des fonctions respectives des responsabilités civile et pénale »²⁰³⁶, la répression pénale pouvant endosser une fonction réparatrice²⁰³⁷ tandis que la responsabilité civile peut exercer une fonction rétributive²⁰³⁸.

²⁰²⁹ C. pén. fr., 131-8-1, al. 1. V. DREYER Emmanuel, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 1284 et s. ; FORTIS Élisabeth, « Janus et la responsabilité. Variation sur la sanction-réparation de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 449 et s. ; GIACOPELLI M., « Libres propos sur la sanction-réparation », D. 2007, p. 1551 ; HERZOG-EVANS M., « La loi relative à la prévention de la délinquance et l'exécution des peines », D. 2007, p. 2174.

²⁰³⁰ C. pén. fr., 131-8-1, al. 2.

²⁰³¹ V. TULKENS Françoise, « Les transformations du droit pénal aux Etats-Unis. Pour un autre modèle de justice », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 193, p. 491 et s. ; CARVAL Suzanne, « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitif ? », RDC 2006, p. 822 ; PIERRE Philippe, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – rapport français », RDC 2010, p. 1117 ; BAUDOUIN Jean-Louis, « Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la *Common law* », in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 1 ; ROWAN Solène, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français : étude comparative », in CARTWRIGHT John, VOGENAUER Stefan and WHITTAKER Simon, *Regards Comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Société de Législation Comparée 2010, p. 353 ; WESTER-OUISSE Véronique, « La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages-intérêts punitifs ! », RCA 2011, étude 5 (Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 2010) ; JOBIN Pierre-Gabriel, « Les dommages punitifs en droit québécois », in *Études de droit de la consommation : Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 537.

²⁰³² BORGHETTI Jean-Sébastien, « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 272, n° 32.

²⁰³³ VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2011, n° 6-6.

²⁰³⁴ VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, *op. cit.*, n° 6-7.

²⁰³⁵ VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, *op. cit.*, n° 6-8.

²⁰³⁶ VINEY Geneviève, *Introduction à la responsabilité*, Traité de droit civil, GHESTIN J. (dir.), 3^e éd., LGDJ, 2008, n° 68. Sur le constat identique en droit luxembourgeois v. RAVARANI Georges, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasirisie luxembourgeoise 2014, 3^e éd., 2014, n° 16.

²⁰³⁷ V. PAILLARD Bertrand, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, thèse, Paris : LGDJ, 2007. M. Bertrand Paillard a tenté, dans sa thèse, de tracer la frontière entre la notion de peine et la notion de réparation et

695. Les sanctions applicables à l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation peuvent se voir reconnaître plusieurs fonctions. On peut considérer que toutes les sanctions exercent une fonction prophylactique ou dissuasive, en amont de la violation, en incitant les professionnels à respecter la loi (dans un cas de récidive ou non). En effet, elles ont toutes pour objectif de prévenir l'illégalité dans la mesure où la possibilité de leur prononcé tend à dissuader les professionnels de commettre un acte illégal et à les inciter à respecter la loi. Ainsi M. Philippe Théry, citant M. Philippe Malaurie, estime que la responsabilité a une fonction prophylactique qui tient notamment à son caractère imprévisible²⁰³⁹.

D'autres auteurs ont reconnu la fonction rétributive de la responsabilité civile : « [o]n dit que la responsabilité civile n'a pas qu'une fonction indemnitaire et qu'en présence d'une faute grave le juge majore les dommages et intérêts à titre de peine privée toutes les fois que le préjudice ne peut être exactement évalué »²⁰⁴⁰, la responsabilité civile s'apparente alors à une peine privée²⁰⁴¹. Un autre exemple est cité par M. Philippe Stoffel-Munck qui décrit l'indemnisation du préjudice subit par l'intérêt collectif des consommateurs comme « l'arme

a constaté « la fragilité de leur séparation » (n° 20). Selon l'auteur, ce constat repose d'une part, sur « le critère introuvable de la peine », et d'autre part, le contenu variable de la réparation civile (n° 21 et s., et n° 54 et s.).

²⁰³⁸ V. CARVAL Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1995.

²⁰³⁹ THÉRY Philippe, « Les sanctions en droit des sûretés. Entre cycles politiques et désordres techniques », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 56, p. 294.

²⁰⁴⁰ GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques 2014*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2014, v. « peine privée », p. 686.

²⁰⁴¹ V. STARCK Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, Paris, 1947.

M. Rodolphe Mésa estime que le « droit commun pénal tend également à s'appliquer dans le domaine du droit civil chaque fois que celui-ci recourt à la sanction punitive ou à la peine privée » (MÉSA Rodolphe, « La place du droit commun dans ses rapports avec le droit pénal », in BOUMGHAR Mouloud et DURAND Valérie (dir.), *Les nouvelles échelles du droit commun*, Larcier, 2013, p. 47, n° 22). Les principes fondamentaux du droit pénal vont donc s'appliquer au contentieux des amendes civiles (l'auteur donne l'exemple de l'amende civile prévue à l'art. L. 442-6 du Code de commerce français qui sanctionne des pratiques restrictives de concurrence, v. décision du Conseil constitutionnel qui estime que cette amende est soumise aux principes fondamentaux du droit pénal : Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, *Société Ets Darty et Fils*, *op. cit.*, p. 48, n° 24), des peines privées (sont notamment concernées les actions intentées pour recel de communauté ou de succession, *op. cit.*, p. 48, n° 25 : l'intention frauduleuse devant être caractérisée afin de permettre le prononcé de peines privées en matière de recel successoral (C. civ. fr., art. 778, anc. art. 792), l'auteur en déduit que « [c]ette exigence probatoire conditionnant l'application de la peine privée est encore une conséquence attachée à la présomption d'innocence, c'est-à-dire de l'application, en matière civile, d'un principe de droit pénal commun », et des dommages-intérêts punitifs (M. R. Mésa rappelle que la Cour de cassation française « a ainsi considéré, dans un arrêt important rendu le 1^{er} décembre 2010, que de tels dommages-intérêts sont conformes à l'ordre public international à la condition que soient respectées les exigences attachées au principe de proportionnalité des peines », *op. cit.*, p. 49, n° 26 ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 2010, n° 09-13303, RTD civ., 2011, p. 317, obs. REMY-CORLAY).

des dommages et intérêts »²⁰⁴². Selon cet auteur, « *[l]es dommages et intérêts réparant le préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs paraissent davantage être une peine privée qu'autre chose, faute de pouvoir apprécier concrètement la somme des préjudices individuels qu'ils sont censés représenter* »²⁰⁴³.

696. De la même manière, l'annulation du contrat pour violation de dispositions d'ordre public ou non-respect des règles de forme assume une fonction immédiate dissolvante mais peut également être qualifiée de répressive en ce que la nullité, sanction naturelle d'un contrat non valablement formé, est en l'espèce conditionnée à la seule violation de la disposition consumériste sans considérer l'existence d'un préjudice, et peut ainsi être considérée comme une peine. Puis, peuvent être citées la nullité pour vice du consentement et l'éradication des clauses abusives qui assument une fonction dissolvante mais également réparatrice.

697. Enfin, « *l'amende a une finalité punitive et dissuasive, même si la prise en compte du dommage à l'économie en droit français ou la volonté de capturer les gains illicites lui confère également une finalité correctrice. C'est une sanction tout à la fois rétrospective et prospective* »²⁰⁴⁴, tournée vers le passé et vers l'avenir.

698. Certains auteurs mettent en garde contre les risques ou les difficultés pouvant être engendrés par des sanctions assumant diverses fonctions. M. Patrick Kinsch estime que « *[d]'autres valeurs, sans s'identifier à des droits fondamentaux, font partie intégrante de la culture juridique européenne. Ainsi, le refus des dommages-intérêts punitifs a été cité plusieurs fois ; ce n'est qu'un exemple parmi d'autres, qui se rattache au souci de conférer au droit privé le rôle d'assurer l'équilibre entre sujets de droit plutôt qu'un rôle sanctionnateur de comportements indésirables* »²⁰⁴⁵.

²⁰⁴² STOFFEL-MUNCK Philippe, « Bouquet de clauses abusives chez Wanadoo », *Comm. comm. électr.* n° 9, sept. 2006, comm. 126, p. 2 et 3.

²⁰⁴³ *Ibid.* V. FRANCK Jérôme, « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », in *Études de droit de la consommation : Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 409 et s., spéc. p. 413 et s. ; BORE Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations*, thèse, LGDJ, 1997.

²⁰⁴⁴ CLAUDEL Emmanuelle, « Les sanctions en droit de la concurrence. La sanction, une institution au cœur de la politique de la concurrence », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 438, n° 33.

²⁰⁴⁵ KINSCH Patrick, « Incertaines frontières. Rapport de synthèse », in POILLOT Élise et RUEDA Isabelle (dir.), *Les frontières du droit privé européen / The Boundaries of European Private Law*, Coll. de la Faculté de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, p. 359. Sur les dommages

699. De plus, le fait de vouloir accomplir trop d'objectifs, les spécificités et conditions de chacune des sanctions risquent de mettre à mal celles des autres pour ne plus présenter aucun intérêt, par exemple les dommages et intérêts punitifs, souvent justifiés par « *le triple souci, de restituer, punir, dissuader* »²⁰⁴⁶.

700. Enfin, M. Louis Perdrix a constaté que les limites floues entre les responsabilités de différentes natures influençaient leur assurabilité. L'auteur explique que « *la perméabilité des frontières des responsabilités pénales, civiles et administratives perturbe la perception des limites de l'assurabilité en assurance de responsabilité, et donc la portée de la sanction des responsables par le refus de garantie* »²⁰⁴⁷.

701. La « multifonctionnalité » des sanctions est une limite de la typologie mais n'est pas un obstacle à l'utilisation de celle-ci. En effet, il conviendra à l'autorité sanctionnatrice, le juge ou l'administration, de tenir compte des circonstances de l'espèce pour moduler la sanction et s'assurer de l'adéquation de la réparation ou de la peine au préjudice et à la gravité de la faute afin que la sanction soit efficace, autrement dit que les effets qu'elle produit soient adaptés à l'objectif qu'elle poursuit, notamment la réparation ou la répression.

punitifs et les fautes lucratives et leurs sanctions en *common law* (droit à restitution des profits illicites), v. NUSSENBAUM Maurice, « L'appréciation du préjudice », LPA n° 99, 19 mai 2005, p. 78

²⁰⁴⁶ CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 77.

²⁰⁴⁷ PERDRIX Louis, « Les sanctions en droit des assurances. De l'opportunité des sanctions spéciales du contrat d'assurance et de la sanction par l'assurance », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 347, n° 36. V. KULLMANN Jérôme, « Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurance raisonnée », JCP E 2009, n° 1226 ; ANZIANI Alain et BÉTEILLE Laurent, *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, Rapport d'information du Sénat n° 558 (2008-2009), p. 98).

M. Louis Perdrix a rappelé les termes du débat. Par principe, seules les fautes civiles sont assurables, ce qui exclue les fautes pénales. En effet, l'objectif de l'exclusion est de préserver leur fonction répressive. Cependant, l'auteur explique que le fondement de l'exclusion de garantie fait l'objet d'un débat car il n'existe aucun fondement satisfaisant à cette exclusion en droit français. Notamment, il n'en est pas fait mention dans le Code des assurances, ni dans le Code civil, seules les fautes intentionnelles ou dolosives étant systématiquement exclues de la garantie par l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances français. L'exclusion de ces fautes est également expresse en droit luxembourgeois à l'article 14, alinéa 1, de la loi luxembourgeoise modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance (Mém. A – N° 65 du 3 sept. 1997, p. 2048 (version à jour au 1^{er} oct. 2012 : Recueil des lois spéciales en matière civile, commerciale et pénale, vol. 1, v. « Assurances » - site Internet Legilux). Cependant, à l'inverse du droit français, l'article 97 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 dispose qu'« [a]ucune amende ni transaction pénale ne peuvent faire l'objet d'un contrat d'assurance, à l'exception de celles qui sont à charge de la personne civilement responsable » (v. PUTZ Jean-Luc, *Droit pénal 2014*, Promoculture-Larcier, 2014, p. 140). Enfin, M. Louis Perdrix expose qu'en cas de disparition de l'inassurabilité des amendes pénales ou civiles, une alternative résiderait dans la clause de découvert obligatoire qui limiterait le montant de l'indemnité puisque « [l]e découvert laisse toujours à la charge de l'assuré une partie du sinistre », en l'espèce en mettant à la charge de l'assuré une partie de l'indemnisation de la victime (p. 352, n° 48).

CONCLUSION DU CHAPITRE II

702. Les sanctions de l'obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois peuvent être classées selon la fonction principale qu'elles assument, par exemple expiatoire, correctrice ou réparatrice. Cependant, la typologie fonctionnelle trouve ses limites dans la « multifonctionnalité » des sanctions. Il reviendra au juge ou à l'administration de s'assurer de l'adéquation de la réparation et de la peine afin que chaque sanction soit efficace et atteigne l'objectif principal qui lui a été assigné par le législateur. Il faut cependant émettre une réserve puisque ces autorités sanctionnatrices ont des pouvoirs discrétionnaires. En effet, leur pouvoir arbitraire doit être considéré, le choix de la sanction étant laissé à leur seule volonté.

CONCLUSION DU TITRE I

703. Les fonctions des sanctions applicables aux obligations légales d'information sont diverses et peuvent être classées selon la fonction principale qui leur a été attribuée *a priori* par le législateur. Malgré le fait qu'une même sanction peut assumer plusieurs fonctions, la proposition de typologie peut être utile afin d'appliquer d'une manière plus cohérente les diverses sanctions existantes et de s'assurer que chaque sanction est adaptée. Ainsi, la violation de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois devrait pouvoir bénéficier d'un régime spécifique.

TITRE II – L’ESSAI DE POLITIQUE LÉGISLATIVE : POUR UN RÉGIME SPÉCIFIQUE DE LA VIOLATION DE L’OBLIGATION LÉGALE D’INFORMATION PAR LE CUMUL LÉGAL DES SANCTIONS

704. L’efficacité des systèmes de sanction de l’obligation légale d’information nécessite que l’articulation des sanctions favorise le cumul de sanctions aux fonctions distinctes (Chapitre I). En pratique, les différents types de sanctions cumulables entre eux devront également être adaptés à l’obligation légale d’information mais aussi au préjudice et la gravité de la faute en cause (Chapitre II).

CHAPITRE I – UN CUMUL THÉORIQUEMENT JUSTIFIÉ PAR LA DIVERSITÉ DES FONCTIONS DE LA SANCTION DE L’OBLIGATION LÉGALE D’INFORMATION

705. Le principe de cohérence des sanctions développé par certains auteurs permet de justifier le choix de privilégier le cumul de sanctions aux fonctions distinctes (Section 1). Cependant, le cumul de sanctions aux fonctions identiques peut se révéler nécessaire pour assurer l’efficacité de la sanction, autrement dit pour que les effets qu’elle produise, notamment réparateurs ou répressifs, soient adaptés au préjudice ou à la gravité de la faute concernés. Dans ce cas, un tel cumul est possible tant que les sanctions restent proportionnelles (Section 2).

Section 1 – Le principe de cohérence des sanctions

706. MM. François Ost et Michel Van de Kerchove se sont intéressés à la question de l’articulation des « réseaux de sanctions », expression empruntée à Mme Mireille Delmas-Marty pour désigner « l’existence de sanctions de types différents »²⁰⁴⁸, chaque type de sanction constituant un réseau de sanctions distinct. Les auteurs évoquent par exemple quatre réseaux : les sanctions communautaires et sanctions internes, les sanctions pénales relevant de plusieurs ordres juridiques et les sanctions internes de nature différente, les sanctions pénales et civiles d’une part, et les sanctions pénales et administratives d’autre part. Ils constatent qu’il en résulte un réseau complexe de sanction dont l’articulation peut être caractérisée par deux principes opposés, le principe d’indépendance et le principe de cohérence²⁰⁴⁹.

707. Le principe d’indépendance entre les réseaux de sanctions explique une cohabitation possible entre les réseaux sans idée de coordination ou de cohérence. Cette cohabitation est justifiée car les types de sanctions assurent des fonctions différentes. Ces sanctions peuvent

²⁰⁴⁸ OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 243, cite : DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l’homme*, Paris, PUF, 1986, p. 142.

²⁰⁴⁹ OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *op. cit.*, p. 244.

donc se juxtaposer et le principe *Non bis in idem* est exclu, les sanctions peuvent se cumuler sans restriction. À l'inverse, le principe de cohérence implique une « [u]nité qui peut aboutir tantôt à l'exclusion de solutions contradictoires dans leur application cumulative, tantôt à l'exclusion d'un système de sanctions au profit de l'autre, consistant dans leur application alternative »²⁰⁵⁰. La conclusion de cette étude est que « l'ensemble que forment les sanctions constitue un « réseau de réseaux » qui n'est régi exclusivement ni par un principe d'indépendance ni par un principe d'unité, mais partiellement par l'un et par l'autre, complétés par un principe d'interdépendance ou de coordination qui, à la fois, en révèle les limites et tend partiellement à les corriger »²⁰⁵¹.

708. Le principe de cohérence implique la coordination des sanctions et donc de gérer leur cumul, de l'autoriser ou de l'interdire. D'ailleurs les auteurs affirment que « [I]es frontières, parfois ténues, qui séparent les sanctions administratives des sanctions pénales contribuent évidemment à justifier une telle coordination »²⁰⁵².

709. Dans le même sens, M. Laurent Neyret affirme que le principe de cohérence des sanctions « obligerait à une véritable coordination des sanctions »²⁰⁵³. De ce fait, « [l]'application cumulative des sanctions serait alors réservée aux sanctions ayant des finalités différentes, comme la répression d'une infraction [...] et la réparation des conséquences dommageables de cette infraction »²⁰⁵⁴. Peuvent ainsi se cumuler les sanctions préventives et punitives, les sanctions punitives et réparatrices, les sanctions correctrices et punitives, etc. Les sanctions pouvant se cumuler sans contrainte sont celles revêtant une fonction préventive.

710. L'analyse de ces auteurs révèle la complexité des réseaux de sanctions existants, et ceux relatifs à l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation n'y font pas exception. Cependant, le principe de cohérence peut servir de base et justifier l'utilisation de la typologie fonctionnelle qui permet de coordonner les sanctions en favorisant le cumul des

²⁰⁵⁰ OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *op. cit.*, p. 244.

²⁰⁵¹ OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *op. cit.*, p. 263.

²⁰⁵² OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *op. cit.*, p. 262.

²⁰⁵³ NEYRET Laurent, « La sanction en droit de l'environnement. Pour une théorie générale », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 32, p. 549.

²⁰⁵⁴ *Ibid.*

sanctions aux fonctions différentes. Si les conditions sont remplies, le manquement à une obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois peut engendrer le prononcé de la cessation de la pratique commerciale déloyale (sanction dissolvante), des peines pénales prévues (sanction répressive), la nullité du contrat pour vice du consentement (sanction dissolvante) et l'allocation de dommages-intérêts (fonction réparatrice). En droit français, une clause abusive « noire » peut être sanctionnée par sa suppression dans le contrat proposé aux consommateurs (sanction correctrice) et le prononcé d'une amende administrative (sanction répressive).

711. Le cumul de sanctions aux fonctions identiques déroge *a priori* au principe de cohérence des sanctions. Ce dernier implique donc, en cas de cumul de sanctions aux fonctions identiques, « *de limiter les effets de leur cumul* »²⁰⁵⁵.

Section 2 – Le principe de proportionnalité comme limite au cumul incohérent de sanctions

712. Le prononcé de deux ou plusieurs sanctions ayant une fonction identique n'est pas satisfaisant puisqu'il induit un risque de disproportion et donc d'inefficacité. En effet, le cumul de sanctions réparatrices risque d'accorder un avantage à la victime tandis que le cumul de sanctions répressives peut se révéler trop sévère par rapport à la gravité de la faute. Il est donc nécessaire d'imposer une limite à ce type de cumul. L'efficacité du cumul de sanctions présentant des fonctions identiques peut être préservée par le respect du principe de proportionnalité, qui se traduit par la réparation intégrale pour les sanctions réparatrices. Ainsi, Mme Emmanuelle Claudel considère que « *les sanctions correctives ou punitives obéissent à un principe de proportionnalité et les sanctions réparatrices au principe de réparation intégrale* »²⁰⁵⁶.

713. Mmes Cécile Chainais et Dominique Fenouillet se sont prononcées dans ce sens puisqu'elles affirment que « *des sanctions poursuivant des objectifs différents peuvent être cumulées ; des sanctions ayant un même objectif ne devraient pas se cumuler, si du moins*

²⁰⁵⁵ OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *op. cit.*, p. 262.

²⁰⁵⁶ CLAUDEL Emmanuelle, « Les sanctions en droit de la concurrence. La sanction, une institution au cœur de la politique de la concurrence », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 439, n° 33.

elles visent à punir l'illégalité, ou réparer le dommage causé, ou restaurer la légalité, une application exclusive semblant préférable, sauf à admettre le cumul en le limitant par le principe de proportionnalité»²⁰⁵⁷. Ainsi, les sanctions réparatrices doivent respecter le principe de la réparation intégrale, tandis que toutes les autres doivent respecter le principe de proportionnalité. Ainsi dans l'exemple précité, le manquement à une obligation légale d'information peut caractériser un délit de pratique commerciale déloyale pour lequel le législateur français prévoit plusieurs peines principales et complémentaires. Celles-ci sont des sanctions répressives et devront être proportionnelles à la gravité de la faute, selon divers critères de durée de l'infraction, de la répétition de l'infraction, de l'intention frauduleuse, etc.

714. C'est le cas par exemple du Conseil constitutionnel français qui exclut l'application du principe *Non bis in idem* au cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives pour autant que le montant global prononcé ne dépasse pas le montant le plus élevé d'une des sanctions encourues.

²⁰⁵⁷ CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 76, p. LXVIII.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

715. La coordination des sanctions de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois est nécessaire à son efficacité. Le principe de cohérence doit leur être appliqué et permettre le cumul de sanctions présentant une fonction différente, par exemple une sanction réparatrice cumulée à une sanction répressive. Lorsque l'adaptation de la sanction implique le prononcé de sanctions aux fonctions identiques, celles-ci doivent respecter le principe de proportionnalité afin de préserver leur cohérence et donc leur efficacité, selon le préjudice ou la faute en cause. Les sanctions applicables à la violation de l'obligation légale d'information devraient donc tenter de respecter ces principes en pratique.

CHAPITRE II – UN CUMUL RÉALISABLE EN PRATIQUE EN RAISON DE LA DIVERSITÉ DES FONCTIONS DE LA SANCTION DE L’OBLIGATION LÉGALE D’INFORMATION

716. Lorsque le professionnel français ou luxembourgeois ne respecte pas l’obligation légale d’information due au consommateur, il commet une faute civile. Cette faute civile peut engendrer diverses conséquences. Elle peut être la source de différents préjudices, par exemple la conclusion d’un contrat inutile à cause d’un dol, un produit non conforme à celui exigé ou des clauses contractuelles déséquilibrées au détriment du consommateur. De plus, cette faute civile est souvent sanctionnée par une amende administrative ou pénale par le législateur français, moins fréquemment en droit luxembourgeois. La faute peut cependant être un élément d’une infraction plus grave telle un délit de tromperie ou de pratique commerciale trompeuse.

La classification fonctionnelle des sanctions permet alors de prononcer les sanctions adaptées et cohérentes aux circonstances de l’espèce, selon le préjudice subi par le consommateur et la gravité de la faute. Les sanctions aux fonctions différentes doivent être privilégiées, parmi les sanctions expiatoires ou répressives, réparatrices, correctrices, dissolvantes, toutes assumant une fonction prophylactique ou dissuasive en amont de la violation.

717. Cependant, chaque type de sanction doit être adapté à l’obligation légale d’information en droit des contrats de consommation. En effet, il a été constaté que les sanctions civiles, assumant principalement une fonction réparatrice, correctrice ou dissolvante, applicables à l’obligation légale d’information (lorsqu’elles ne sont pas expresses et spécifiques) sont majoritairement applicables à d’autres mécanismes (telles la nullité pour vice du consentement et la nullité des clauses abusives) et en tant que telles nécessitent une action en justice et peuvent engendrer des difficultés probatoires faisant obstacles à leur prononcé, ce qui les empêche de produire des effets.

Ensuite, la faute civile constituée par le professionnel qui ne respecte pas l’obligation légale d’information imposée peut être sanctionnée par une amende pénale ou une amende administrative. Là encore le recours au juge est nécessaire pour le prononcé de la sanction

pénale, et les amendes pénales comme administratives peuvent atteindre un montant élevé en droit français comme luxembourgeois.

718. En définitive, la typologie fonctionnelle de la sanction de l'obligation légale d'information permet de favoriser le cumul de sanctions aux fonctions différentes et donc cohérentes. Cependant, les deux obstacles principaux à l'effectivité des sanctions de l'obligation légale d'information persistent et résident dans la nécessité de recourir au juge et le respect du principe de proportionnalité.

Plusieurs propositions peuvent être formulées afin de remédier à ces difficultés. Quatre fonctions principales semblent pouvoir regrouper les sanctions applicables à l'obligation légale d'information. En plus de veiller à leur articulation cohérente, il convient donc de s'assurer de l'efficacité dissuasive (Section 1), réparatrice (Section 2), répressive (Section 3) et dissolvante (Section 4) des sanctions de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation afin de renforcer la confiance des consommateurs (Section 5).

Section 1 – L'efficacité dissuasive de la sanction

719. Nous pouvons rappeler que selon les critères posés par Mme Carole Ouerdane-Aubert de Vincelles, une sanction dissuasive efficace est adaptée au type de déséquilibre dont il est question et proportionnelle aux effets de la violation. À ce titre, M. Jean-Paul Charié explique qu'« *une amende de 10 000 euros sera insupportable pour certaines entreprises, une plaisanterie pour celles dont le bilan consolidé dépasse des milliards d'euros* »²⁰⁵⁸.

Ces critères seront remplis selon la sanction considérée et les circonstances de l'espèce. Il est important de mentionner les conditions favorisant l'efficacité dissuasive de la sanction. La

²⁰⁵⁸ Rapport n° 908 fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie (n° 842) par M. Jean-Paul CHARIÉ (député), 22 mai 2008, pp. 97-98. M. Jean-Paul Charié décrit ce qu'il estime être les « *conditions d'une bonne loi* ». Selon lui, une bonne loi doit notamment impliquer des sanctions réellement dissuasives. Une « bonne loi » doit également s'appuyer sur une volonté politique et être simple, autrement dit réaffirmer les règles fondamentales, supprimer les autres par le biais d'un nombre limité d'articles compréhensibles, être strictement appliquée (au sens de rigoureusement), être immédiatement appliquée et applicable, répondre à un consensus (« *chaque acteur doit avoir les moyens et la volonté de faire appliquer la loi* »), sanctionner les abus, pas la liberté (pour éviter l'inflation législative), et tenir compte de l'environnement international (*ibid*). En ce qui concerne la volonté politique, les enjeux de cette loi doivent être compris par le plus grand nombre afin qu'il y ait une véritable volonté politique de faire appliquer cette loi. Enfin, l'auteur affirme que plus une loi est détaillée et compliquée, plus elle est facile à détourner.

sanction doit produire des effets proportionnels à l'avantage procuré et les contractants doivent connaître la sanction et pouvoir croire à sa réalisation, autrement dit en son prononcé.

720. La condition qui mérite notre attention est celle relative à la connaissance de la sanction par le potentiel auteur de la violation. En effet, cette condition peut être améliorée pour toutes les sanctions, indépendamment de leur propre efficacité et des circonstances de l'espèce. La croyance de la réalisation de la sanction pourra quant à elle être rendue possible en adaptant les conditions du prononcé de certaines sanctions.

721. La sanction de l'obligation d'information doit donc être connue du professionnel pour être dissuasive et qu'elle l'incite à respecter la loi ou à s'y conformer. Il est donc nécessaire que le droit soit accessible, lisible et compréhensible. Ainsi M. Christophe Blanchard note que « [s]i la sanction pénale a été abondamment utilisée, son bilan reste mitigé car bon nombre de dispositions continuent d'être méconnues »²⁰⁵⁹. Le législateur français a amélioré cet aspect en réorganisant la présentation du Code de la consommation. En effet, l'ordonnance du 14 mars 2016 fait apparaître distinctement les sanctions à la suite des dispositions auxquelles elles s'appliquent. Le Code de la consommation luxembourgeois possédait déjà une telle présentation lors de son introduction par la loi du 8 avril 2011. Cependant, la relation entre les différentes sanctions applicables reste complexe et la typologie permettrait de contribuer à la connaissance des sanctions applicables ainsi que leur possible articulation. Une annexe pourrait par exemple être insérée dans les codes de la consommation français et luxembourgeois et présenter la typologie fonctionnelle des sanctions.

722. L'efficacité des autres fonctions de sanctions de l'obligation légale d'information peut également être améliorée.

Section 2 – L'efficacité réparatrice de la sanction

723. Rappelons que l'efficacité réparatrice de la sanction dépend de la capacité de ses effets à réparer intégralement les conséquences de la violation. La sanction réparatrice de la violation

²⁰⁵⁹ BLANCHARD Christophe, « Quelle sanction pour faire cesser les infractions au droit de la consommation ? », in Centre Jean Bodin (sous la dir. de BERNHEIM-DESVAUX Sabine et BLANCHARD Christophe), *L'effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion d'Angers, 26 mars 2015, LDA, juin 2015.

de l'obligation légale d'information est donc efficace lorsqu'elle répare les conséquences de l'absence de transmission d'information, ou la transmission d'une information fautive ou trompeuse, de la transmission partielle de l'information ou d'une information non-conforme. C'est le cas par exemple lorsque toutes les mentions obligatoires ne figurent pas dans le contrat ou que le professionnel n'a pas informé le consommateur de sa faculté de rétractation ou qu'il n'a pas joint au contrat le formulaire de rétractation, ou encore lorsqu'est insérée une clause abusive dans le contrat faisant croire au consommateur qu'il est tenu à de fausses obligations ou ne l'informant pas de ses droits.

724. Nous avons constaté qu'hormis quelques sanctions expresses spécifiques à une obligation légale d'information, la plupart des sanctions réparatrices applicables sont relatives à d'autres mécanismes que l'obligation légale d'information et nécessitent de s'adresser à un juge et d'apporter des preuves supplémentaires. Il conviendrait donc d'essayer d'améliorer ces deux aspects.

725. Tout d'abord, Mme Dominique Fenouillet a mis en évidence que « *l'effectivité quotidienne du droit de la consommation ne peut guère procéder de l'action autonome du consommateur individuel* »²⁰⁶⁰, notamment dans la mesure où le recours au juge est nécessaire. En effet, l'auteur précise que le consommateur fera appel à un juriste spécialisé en droit de la consommation lorsqu'il est atteint de manière grave dans ses intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux mais qu'en dehors de ces situations, il cèdera à obtenir gain de cause si le professionnel résiste à un accord à l'amiable et n'osera pas s'engager dans une action en justice pour les inconvénients qui lui sont inhérentes. De la même manière, le « rapport Coulon » affirme que « *[m]algré certains mécanismes protecteurs, comme la garantie des vices cachés, la théorie des clauses abusives, l'obligation de renseignement ou bien encore l'obligation de sécurité, le droit civil est impuissant à assurer la protection des consommateurs en rétablissant correctement l'équilibre avec les professionnels* »²⁰⁶¹. Ceci s'explique par le caractère judiciaire de ces sanctions qui engendrent des frais de Justice disproportionnés par rapport au dommage subi par le consommateur. En effet, « *les remèdes*

²⁰⁶⁰ FENOUILLET Dominique, « Les préalables à l'effectivité spontanée du droit de la consommation », », in Centre Jean Bodin (sous la dir. de BERNHEIM-DESVAUX Sabine et BLANCHARD Christophe), *L'effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion d'Angers, 26 mars 2015, RLDA n° 105, juin 2015, n° 22.

²⁰⁶¹ Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, « La dépenalisation de la vie des affaires », groupe de travail présidé par Jean-Marie COULON, La documentation française, janv. 2008, p. 38.

du Code civil sont généralement inaccessibles pour les consommateurs car ils supposent des actions en justice exercées individuellement après la conclusion du contrat et souvent même après l'exécution du contrat »²⁰⁶². De plus, il est parfois nécessaire de saisir plusieurs juges. C'est le cas par exemple lorsque la violation de l'obligation légale d'information constitue un délit de tromperie ou de pratique commerciale déloyale, le consommateur pourra voir son préjudice indemnisé par le juge pénal mais il devra saisir le juge civil s'il souhaite obtenir la nullité du contrat²⁰⁶³.

De la même manière, MM. Marcel Fontaine et Thierry Bourgoignie affirment que « [l]es limites du recours au pouvoir judiciaire comme mode de protection du consommateur, à savoir surtout les barrières psychologiques et financières qui rendent la justice peu accessible à l'individu, paraissent tout aussi réelle au Grand-Duché de Luxembourg »²⁰⁶⁴.

726. Bien entendu, une alternative de l'action individuelle du consommateur est l'action collective. Mme Nathalie Douche-Doyette a ainsi proposé dans sa thèse de remplacer l'action française en réparation du préjudice collectif causé à l'intérêt des consommateurs par une action en répétition des profits engendrés par la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs, dont les conditions de recevabilité assouplies permettraient d'en renforcer l'efficacité dissuasive²⁰⁶⁵. L'auteur explique que l'efficacité de la sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation est augmentée par sa mise en œuvre par des moyens collectifs car elle répond à la standardisation des produits, services et des contrats proposés au consommateur²⁰⁶⁶. À ce titre la récente action de groupe française

²⁰⁶² *Ibid.*

²⁰⁶³ « Reste la réparation du préjudice subi par le consommateur trompé par le professionnel : dommages-intérêts, annulation du contrat, remboursement du prix versé. Pour ce faire, le consommateur s'adresse le plus souvent au juge pénal : il lui paraît plus facile de se constituer partie civile. Mais ce choix a ses limites. S'il peut demander réparation de son préjudice personnel à l'occasion de cette action par l'allocation de dommages-intérêts (comme par exemple en matière de publicité de nature à induire en erreur), il ne peut en revanche voir prononcer la nullité du contrat conclu en violation de la loi (Cass. crim., 18 oct. 1988, Bull. crim., n° 353). Le juge répressif n'a pas le pouvoir de se substituer au juge civil dans les rapports contractuels unissant les parties. Il appartient alors au consommateur lésé de saisir le juge civil » (RONDEY Céline, « Information du consommateur : quelle sanction ? », D. 2005, p. 75).

²⁰⁶⁴ FONTAINE Marcel et BOURGOIGNIE Thierry, *Le droit de la Consommation en Belgique et au Luxembourg. Une étude préparée pour la Commission des Communautés Européenne*, Van Nostrand Reinhold Company, 1981, p. 212.

²⁰⁶⁵ DOUCHE-DOYETTE Nathalie, *La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation*, thèse, Université de Lorraine, 2012, p. 427.

²⁰⁶⁶ M. Ulrich Magnus met également en avant la nécessité de créer des « remèdes collectifs », notamment lorsque le contractant n'a pas connaissance de la violation ou décide de ne pas y donner suite (MAGNUS Ulrich, « Rechtsfolgen im Acquis communautaire », in *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, op. cit., p. 312 : Texte original : « [i]f individually agreed legal sanctions are ineffective because the party concerned does not become aware of the breach or prefers not to raise any objection or not to

constitue une nouvelle alternative. Cependant, il conviendrait d'essayer d'améliorer l'action individuelle du consommateur dans la mesure où les actions collectives nécessitent la réunion de certaines conditions particulières et n'apportent pas une solution rapide au consommateur.

727. Afin d'améliorer l'efficacité des sanctions réparatrices applicables il convient d'adapter les éléments de preuve à apporter et de proposer des sanctions extrajudiciaires.

Tout d'abord, peut être imaginée la création d'une catégorie plus générale des sanctions expresses et spécifiques à l'obligation d'information existantes, telles la prorogation du délai de rétractation, la faculté de résiliation gratuite pour les contrats à reconduction tacite, et les frais supplémentaires non dus, et de les élargir à tous les contrats. Ces sanctions correctrices sont également réparatrices. Ceci est possible si l'on admet qu'une information qui n'a pas été transmise ou pas conformément n'est pas opposable lorsqu'elle porte sur la faculté d'exercer un droit (droit de rétractation, faculté de résiliation, validité de la garantie légale de conformité) ou sur une information essentielle obligeant le consommateur, comme l'information relative aux frais supplémentaires²⁰⁶⁷.

Ensuite, la nullité du contrat peut être une sanction réparatrice lorsqu'elle replace le consommateur dans la situation qui aurait été la sienne si la violation de l'obligation légale d'information n'avait pas eu lieu. Cette sanction dissolvante peut donc également être réparatrice. La théorie des vices du consentement permet un tel résultat si ce n'est que le caractère intentionnel du dol est une preuve difficile à rapporter pour le consommateur et présente l'inconvénient d'être une sanction judiciaire. Il est nécessaire de prendre en compte le comportement standardisé, systématique et répétitif, autrement dit non singulier, du professionnel là où le droit commun des contrats s'intéresse à un comportement particulier.

pursue the breach due to lack of interest then collective legal remedies – in particular, a class action to prevent or restrain the infringement – must be provided»). Sur la récente introduction de l'action de groupe en droit français, v. : NOBLOT Cyril, *Droit de la consommation*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, p. 18 et s. ; MAINGUY Daniel et DEPINCÉ Malo, « L'introduction de l'action de groupe en droit français », SJEA n° 12, 20 mars 2014, p. 1144.

²⁰⁶⁷ Peuvent être considérées diverses informations essentielles mais seuls les frais supplémentaires constituent une obligation pesant sur le consommateur. À titre d'information, peuvent être considérées comme des informations essentielles celles listées à l'article L. 111-1 du Code de la consommation français, ainsi que les « informations substantielles » citées pour le délit de pratique commerciale trompeuse par omission aux articles L. 121-3 du Code de la consommation français et L. 122-3 du Code de la consommation luxembourgeois. Il s'agit notamment des caractéristiques « essentielles » ou « principales » du bien ou du service, son prix, le délai de livraison ou d'exécution lorsqu'elle n'est pas immédiate, les coordonnées du professionnel, l'existence d'un droit de rétractation lorsqu'il est prévu par la loi, ainsi que, s'il y a lieu, les informations relatives aux garanties légales, à l'interopérabilité d'un contenu numérique et de la possibilité de recourir à un médiateur de la consommation.

En effet, les contrats de consommation s'inscrivent dans un contexte particulier de standardisation et d'uniformisation des produits, des services et des contrats.

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations en droit français a introduit dans le Code civil la possibilité pour un cocontractant de résoudre unilatéralement le contrat par notification du créancier de l'obligation inexécutée, sous réserve que celle-ci soit suffisamment grave²⁰⁶⁸. Ce mécanisme pourrait inspirer la création d'une sanction similaire en droit de la consommation, le consommateur pouvant résoudre unilatéralement le contrat à condition qu'il démontre que le contrat ne lui est pas utile. Par exemple, une présomption pourrait être établie et disposer que la violation de l'obligation légale d'information portant sur un élément déterminant, comme les caractéristiques essentielles du bien ou du service – l'interopérabilité d'un logiciel ou l'identité d'un transporteur aérien par exemple, est présumée rendre le contrat inutile. Le consommateur pourrait donc résoudre le contrat unilatéralement après mise en demeure du professionnel, à charge pour ce dernier de saisir le juge pour contester la résolution. Cette hypothèse est favorable au consommateur puisque la sanction est facilitée par son caractère extrajudiciaire, et l'initiative de l'action en justice pèse sur le professionnel et non plus sur le consommateur.

728. Après avoir envisagé l'efficacité de la sanction dissuasive et réparatrice, il convient de s'intéresser à celle de la sanction répressive.

Section 3 – L'efficacité répressive de la sanction

729. Pour que la sanction répressive soit efficace, la peine doit être adaptée au comportement prohibé (en l'espèce la recherche du profit par le professionnel) et proportionnelle à la gravité de la faute.

730. Les obligations légales d'information ne recevant pas de sanction expresse peuvent se voir appliquer les peines relatives aux délits de tromperie et de pratique commerciale trompeuse. Or, ces sanctions pénales sont judiciaires et impliquent la preuve d'éléments supplémentaires à la seule violation de l'obligation légale d'information. En droit français, de nombreuses obligations légales d'information en droit des contrats de consommation sont

²⁰⁶⁸ C. civ. fr., art. 1126.

sanctionnées par une contravention ou une amende administrative. La première est judiciaire mais pas la seconde. En revanche, le prononcé des deux types de sanction dépend uniquement de la seule violation de l'obligation légale d'information. Le droit luxembourgeois prévoit plus rarement une amende contraventionnelle et des sanctions administratives, dont une amende d'ordre.

731. Parmi toutes les sanctions répressives, la peine pécuniaire est la plus adaptée puisqu'elle porte directement atteinte au patrimoine du professionnel, autrement dit l'amende pénale et l'amende administrative. Ces deux sanctions ont l'avantage d'être prononcées sur le seul constat du manquement ou de la violation de l'obligation légale d'information. La seconde présente l'avantage supplémentaire d'être extrajudiciaire et donc prononcée rapidement. Cependant, le cumul des amendes administratives applicables à l'obligation légale d'information n'a aucun plafond légal en droit français et les amendes d'ordre luxembourgeoises ont un maximum légal élevé, ce qui peut aboutir à une sanction disproportionnée²⁰⁶⁹. La sanction répressive la plus efficace semble être l'amende administrative à condition qu'elle soit proportionnelle à la gravité de la faute, que soit instauré un plafond légal, ou que la peine puisse être modulée en fonction de la répétition du manquement ou de la violation, de l'intention frauduleuse et de la capacité financière du professionnel. Pourraient également être pris en compte la récidive, la durée de l'infraction et la puissance économique de l'entreprise²⁰⁷⁰. À titre d'exemple, le juge luxembourgeois a estimé que « [l]e représentant du ministère public, en insistant sur la gravité des infractions

²⁰⁶⁹ À propos de la proportionnalité des sanctions pénales, le Conseil constitutionnel français a rappelé dans une décision du 25 février 2010 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 » (Cons. const., 25 févr. 2010, n° 2010-604 – *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 14). Dans sa décision du 4 décembre 2013 du Conseil constitutionnel français²⁰⁶⁹ (Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC – *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, cons. 10 et 43) estime « qu'en prévoyant une amende de 1 500 euros par document dont la copie serait refusée, dans la limite d'un total des amendes ne pouvant être supérieur à 10 000 euros, le législateur n'a pas établi une amende fiscale manifestement disproportionnée au regard du manquement ; qu'en revanche, pour l'instauration d'un plafonnement global du montant des sanctions pouvant être encourues, le législateur a retenu des critères de calcul, alternatifs au seuil de 10 000 euros, en proportion du chiffre d'affaires ou du montant des recettes brutes déclaré, sans lien avec les infractions, et qui revêtent un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité des infractions réprimées ; qu'il y a lieu, dès lors, de déclarer contraires à la Constitution les mots : « ou, si ce montant est supérieur, à 1 % du chiffre d'affaires déclaré par exercice soumis à contrôle ou à 1 % du montant des recettes brutes déclaré par année soumise à contrôle » au deuxième alinéa du paragraphe I de l'article 44 ».

²⁰⁷⁰ CLAUDEL Emmanuelle, « Les sanctions en droit de la concurrence. La sanction, une institution au cœur de la politique de la concurrence », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 446, n° 49.

commises par l'appelant sur une période de plusieurs années... L'amende de 10.000 euros est à maintenir au regard des gains important tirés par le prévenu de son activité infractionnelle »²⁰⁷¹.

M. Laurent Neyret explique que le principe d'efficacité des sanctions nécessite « *d'admettre une sanction spécifique de la faute lucrative, celle-là même dont les conséquences profitables pour son auteur ne sont pas neutralisées par une peine ou par une réparation des dommages causés* »²⁰⁷². Mme Geneviève Viney et M. Patrice Jourdain proposent que ce type de sanction prenne la forme d'une amende proportionnelle au profit illicite réalisé²⁰⁷³. Cette sanction spécifique pourrait être constituée par une sanction pécuniaire, une amende, proportionnelle au profit réalisé par la violation de l'obligation légale d'information. Des experts pourraient évaluer les bénéfices tirés par le professionnel de sa pratique. Cela existe déjà en droit de la concurrence français puisque « *[I]es économistes sont appelés en renfort pour aider à calculer la sanction optimale* »²⁰⁷⁴.

732. Ainsi, pour assurer une sanction répressive efficace de l'obligation légale d'information, on peut s'inspirer du système de sanction français, qui prévoit de nombreuses amendes administratives, dont la mise en œuvre est plus rapide que les sanctions pénales, celles-ci devant être réservées aux manquements les plus graves. Le législateur luxembourgeois pourrait introduire, de la même manière, des amendes administratives du même montant, inférieures ou égales à 3 000 euros. Les deux systèmes devraient cependant imposer une limite au cumul des amendes ou accorder à l'administration le pouvoir de moduler le montant.

733. Dans cette même logique, le législateur français pourrait remplacer les obligations légales d'information punies par des peines d'amende prévues pour les contraventions de cinquième classe par des amendes administratives et conserver les sanctions pénales pour les délits les plus graves tels le délit de tromperie et le délit de pratique commerciale déloyale.

²⁰⁷¹ PUTZ Jean-Luc, *Recueil de jurisprudence pénale 2012*, Promoculture-Larcier, 2012, n° 2.5.4, p. 20, cite : CSJ corr. 9 mai 2012, 252/12 X.

²⁰⁷² L'auteur se prononce en l'espèce en ce qui concerne le droit de l'environnement (NEYRET Laurent, « La sanction en droit de l'environnement. NEYRET Laurent, « La sanction en droit de l'environnement. Pour une théorie générale », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, n° 31, p. 548.

²⁰⁷³ VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, *Les effets de la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2011, n° 6-7 et 6-8.

²⁰⁷⁴ CLAUDEL Emmanuelle, « Les sanctions en droit de la concurrence. La sanction, une institution au cœur de la politique de la concurrence », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 436, n° 24.

Cela apporterait également plus de clarté au système de sanction, et augmenterait l'efficacité dissuasive de la sanction puisque le professionnel aurait connaissance de l'amende administrative encourue pour le manquement à une obligation légale d'information.

734. En droit français, en ce qui concerne le manquement à l'obligation légale d'information, l'administration pourrait donc transiger si celle-ci constitue un délit non puni d'une peine d'emprisonnement ou une pratique commerciale déloyale. Le législateur luxembourgeois pourrait, à l'image du droit français, permettre à l'administration de transiger sur le délit de pratique commerciale déloyale.

735. L'efficacité dissolvante de la sanction peut être envisagée après avoir analysé celle des sanctions dissuasives, réparatrices et répressives.

Section 4 – L'efficacité dissolvante de la sanction

736. Les critères d'efficacité de la sanction dissolvante peuvent être mentionnés (§1) avant de pouvoir illustrer l'utilité d'une telle sanction relativement à l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation par des exemples pratiques (§2).

§1 – Les critères

737. Parmi les sanctions dissolvantes applicables au manquement de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation peuvent être citées la nullité du contrat (pour vice du consentement, violation de dispositions d'ordre public ou de règles de forme), les actions en cessation et les injonctions de mise en conformité ou de cessation d'un agissement illicite de l'administration française.

738. La nullité qui est une sanction judiciaire requiert parfois des éléments de preuve supplémentaires à la seule violation de l'obligation légale d'information et n'est parfois pas la solution souhaitée par le consommateur qui peut trouver un intérêt au maintien du contrat. Ensuite, l'action en cessation possède l'inconvénient d'être judiciaire puisque c'est le juge qui va ordonner la cessation de l'acte illicite. La sanction dissolvante efficace de l'obligation

légale d'information semble être l'injonction de mise en conformité ou de cessation de la DGCCRF existant en droit français²⁰⁷⁵.

739. Un des mécanismes de substitution aux sanctions pénales présentés par le groupe de travail présidé par M. Jean-Marie Coulon sur la dépenalisation de la vie des affaires est l'injonction administrative. Selon ce rapport, elles correspondent aux « *pouvoirs de mise en demeure des acteurs économiques dans des domaines techniques particuliers* »²⁰⁷⁶. Dans leur pouvoir administratif d'enquête, les agents de la DGCCRF peuvent enjoindre au professionnel de se conformer à leurs obligations dans un délai raisonnable²⁰⁷⁷, de faire cesser des agissements illicites ou de supprimer toute clause illicite ou interdite²⁰⁷⁸.

Le « rapport Coulon » explique qu' « *en pratique, les agents de la DGCCRF adressent un avertissement informel aux contrevenants leur rappelant la réglementation afin de les inciter à rectifier leur comportement* »²⁰⁷⁹. Ainsi, les avertissements informent le professionnel de la menace de poursuite pénale ou de sanction administrative qui pèse sur lui s'il n'obéit pas à l'injonction. En effet, selon l'obligation légale d'information concernée, le professionnel français encourt une peine de contravention ou une amende administrative. De plus, depuis l'ordonnance du 14 mars 2016, le professionnel qui ne se conforme pas à l'injonction encourt une amende administrative²⁰⁸⁰, ce qui assied l'efficacité dissuasive de l'injonction.

740. L'injonction est donc la force du système français puisqu'elle est extrajudiciaire et donc souple et pratique à mettre en œuvre. Elle constitue une réponse rapide à la faute du professionnel qui ne respecte pas son obligation légale d'information en droit des contrats de

²⁰⁷⁵ Un exemple d'injonction de mise en conformité ordonnée par le juge peut être citée. Le TGI de Niort avait enjoint un entrepreneur de construction de mettre ses formulaires de contrat en harmonie avec la loi, sous astreinte de 500 Francs par contrat non modifié (TGI Niort, 29 juin 1981, *Consommateurs actualité* 1981, p. 2) : « [l]e Tribunal de Grande Instance de Niort, dans un jugement rendu le 29 juin 1981, a considéré comme « faute civile » le fait de présenter une offre de contrat dont les stipulations sont illicites (le contrat litigieux contrevenait sur plusieurs points aux exigences d'ordre public du Code de la construction et de l'urbanisme). Le jugement enjoint le professionnel de mettre son contrat-type en conformité avec les dispositions susvisées sous astreinte de 500 F par conclusion ou offre d'un contrat non conforme dûment constaté à compter de la signification du présent jugement. Ce jugement est devenu définitif, le défendeur n'ayant pas interjeté l'appel. On peut se demander s'il fera jurisprudence et s'il sera confirmé par les juridictions suprêmes. Il a le mérite de poser la question de l'astreinte, moyen de coercition pour obliger les professionnels à mettre leur contrat-type en conformité avec les lois protégeant le consommateur » (DE LAMBERTERIE Isabelle et WALLAERT Catherine, « France », RIDC, Vol. 34 n° 3, juill. – sept. 1982, n° 181, p. 750).

²⁰⁷⁶ Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, « La dépenalisation de la vie des affaires », groupe de travail présidé par Jean-Marie COULON, La documentation française, janv. 2008, p. 28.

²⁰⁷⁷ C. consom. fr., art. L. 521-1.

²⁰⁷⁸ C. consom. fr., art. L. 521-2, al. 1. Ces injonctions peuvent faire l'objet d'une mesure de publicité (al. 2).

²⁰⁷⁹ *Ibid.*

²⁰⁸⁰ C. consom. fr., art. L. 522-1.

consommation et prend en compte l'aspect de consommation de masse en dissolvant l'acte illicite, en prévention d'éventuel préjudices futurs. Une telle injonction de mise en conformité pourrait être introduite en droit luxembourgeois. À cette fin, il serait peut être utile de créer, à l'image de la France, une administration spécialisée (DGCCRF) pour centraliser ce pouvoir d'injonction et les contrôles, à la place des multiples organismes qui peuvent notamment agir en cessation (Commission de surveillance du secteur financier, Commission des assurances, etc.).

741. L'aspect extrajudiciaire et collectif de cette sanction, puisqu'elle prévient l'éventuel préjudice des consommateurs, est la raison de son efficacité. MM. Jean Calais-Auloy et Henri Temple confirment que « [l]e respect des textes impératifs relève donc d'une méthode préventive et collective, sans qu'il soit nécessaire que chaque consommateur agisse individuellement »²⁰⁸¹. En effet, M. Christianos Vassili énonce qu'« [a] supposer même que les consommateurs soient informés sur leurs droits, restent des difficultés psychologiques : certains consommateurs sont parfois gagnés par ce que le doyen Carbonnier appelle la « timidité juridique », notion qui, certes, reste à définir, mais qui les empêche d'être actifs lors de la revendication de leurs droits »²⁰⁸². Il est moins compliqué pour le consommateur de contacter la DGCCRF française ou la Police grand-ducale plutôt que de saisir un juge civil ou pénal.

742. De plus, l'action individuelle du consommateur peut vite être limitée. Par exemple le consommateur peut contacter le professionnel par lettre recommandée (par exemple agence de la banque si prêteur, agence de voyage) et demander que l'information (brochure, contrat écrit, etc.) ou le document (document annuel d'information contrat de prêt) qui lui est dû lui soit communiqué. Il peut également tenter d'expliquer au professionnel que ce défaut d'information a été préjudiciable pour qu'il lui soit concédé d'éventuels dommages et intérêts (remise sur un prochain achat, etc.) Cela suppose que le consommateur connaît cette obligation légale d'information, ce qui est peu probable. En cas d'inertie du professionnel, le consommateur peut contacter le service client et à défaut de réponse ou en cas de solution insatisfaisante pour le consommateur, ce dernier peut saisir le médiateur. Enfin, le

²⁰⁸¹ CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2010, n° 55, p. 61.

²⁰⁸² CHRISTIANOS Vassili, « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », D. 1993, chr., p. 28.

consommateur français peut signaler ce manquement à la Répression des fraudes de son département²⁰⁸³ et le consommateur luxembourgeois à l'autorité administrative compétente.

Un exemple concret peut être cité. Le Code de la consommation français impose à tout professionnel de communiquer, à toute personne intéressée, un exemplaire des conventions qu'il propose habituellement²⁰⁸⁴. Le professionnel qui refuse de procurer de tels documents au consommateur qui en fait la demande encourt une peine de contravention de cinquième classe²⁰⁸⁵. M. Guy Raymond affirme cependant que « [c]ette sanction est en réalité illusoire car cela suppose que l'intéressé fasse constater le refus par ministère d'huissier ou tout au moins qu'il adresse une demande par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La remise des documents est, dans la pratique, laissée à la bonne volonté des professionnels »²⁰⁸⁶. Cet exemple accentue la nécessité de ces sanctions dissolvantes efficaces que sont les injonctions administratives afin de dissoudre les situations illégales et prévenir les situations préjudiciables pour le consommateur.

743. Quelques illustrations du contrôle de la DGCCRF relatif au respect par le professionnel de ses obligations légales d'information et de l'utilisation de l'injonction peuvent être citées.

§2 – Les illustrations pratiques

744. Les compétences des agents de la DGCCRF ont été résumées ainsi par le Conseil constitutionnel : « l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation est compétente, d'une part, pour constater les infractions et manquements aux obligations posées par ces diverses dispositions, enjoindre au professionnel de se conformer à celles-ci, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite et, d'autre part, pour prononcer les amendes administratives sanctionnant les manquements relevés ainsi que l'inexécution des mesures d'injonction »²⁰⁸⁷. Ces agents disposent également d'un pouvoir de

²⁰⁸³ La DGCCRF conseille au consommateur de contacter le service d'accueil du consommateur d'une direction départementale de la protection des populations (DDPP) ou d'une direction départementale de la cohésion sociale et de la protection des populations (DDCSPP), et notamment de s'adresser à la DDCSPP du département où se situe le siège social de l'entreprise avec laquelle il est en litige afin d'accélérer le traitement de la réclamation (<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/contacts>, dernière consultation le 27 juin 2016).

²⁰⁸⁴ C. consom. fr., art. L. 114-1 [anc. art. L. 134-1].

²⁰⁸⁵ C. consom. fr., art. R. 131-1 [anc. art. R. 134-1].

²⁰⁸⁶ RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, n° 430.

²⁰⁸⁷ Cons. const., 13 mars 2014, déc. n° 2014-690 DC, cons. 69.

transiger aux contraventions, à certains délits non punis d'une peine d'emprisonnement et au délit de pratique commerciale trompeuse.

745. L'action des agents de la DGCCRF est essentielle à l'effectivité du droit de la consommation français, et notamment de l'obligation légale d'information, car ils disposent de pouvoirs suffisamment intimidants pour inciter les professionnels à respecter la loi. Il est donc intéressant de savoir comment ces pouvoirs de recherche des manquements et infractions, de transaction, d'injonction et d'amende administrative sont mis en œuvre en pratique.

746. Quelques chiffres de la DGCCRF en date de 2015 peuvent être cités car ils illustrent les types de contrôles effectués et les actions qui en résultent, notamment en ce qui concerne l'obligation légale d'information pesant sur le professionnel. Il en ressort une nette tendance des agents de la DGCCRF à privilégier les avertissements, puis les injonctions, autrement dit d'enjoindre au professionnel de se conformer à la loi, avant de dresser en dernier recours un procès-verbal de constatation de l'infraction transmis au Procureur pour d'éventuelles poursuites pénales ou transmis au professionnel lorsqu'il encourt une amende administrative. L'objectif de cessation de l'illicite est clairement affiché et privilégié par rapport à celui de répression. À ce titre, l'efficacité dissuasive de l'avertissement ou de l'injonction provient de l'efficacité répressive de l'amende administrative, prononcée rapidement, et de la menace d'une poursuite pénale, infamante.

747. Cinq types de contrôles relatifs notamment à l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français peuvent être cités. Tout d'abord, le rapport de la DGCCRF dispose que *« les contrôles ont porté sur le respect par les professionnels des dispositions du Code de la consommation relatives aux garanties légales et commerciales, à l'information précontractuelle et à la disponibilité des pièces détachées. Les contrôles, menés dans 205 entreprises du secteur des produits électroniques et électroménagers, ont conduit à 71 avertissements, 28 injonctions et 9 procès-verbaux »*²⁰⁸⁸.

Ensuite, *« 380 établissements (distribution, commerce de gros) ont été contrôlés dans le cadre de cette enquête portant sur l'étiquetage énergétique des luminaires, lave-linge, sèche-*

²⁰⁸⁸ DGCCRF, « 2015 Résultats de la DGCCRF », p. 9 ((accessible sur : <http://www.economie.gouv.fr/presentation-des-resultats-2015-dgccrf>, dernière consultation le 29 sept. 2016).

cheveux, appareils de réfrigération, téléviseurs, fours, hottes et lave-vaisselle. Les manquements relevés ont donné lieu à 136 avertissements, 33 injonctions et 28 procès-verbaux »²⁰⁸⁹.

Puis, « les investigations ont notamment porté sur le financement automobile et sur le regroupement de crédits. Avec des taux infractionnels relativement élevés (compris entre 20 et 30 %), ces enquêtes ont mis en évidence des manquements en matière de publicité, d'information contractuelle et de démarchage. Les infractions constatées ont été sanctionnées par 50 avertissements, 19 injonctions, 14 procès-verbaux »²⁰⁹⁰.

À ensuite été contrôlée la « vente de billets dans le secteur low-cost aérien ». Selon la DGCCRF, « cette enquête avait pour objet de vérifier que les compagnies aériennes dites « low-cost » fournissent à leurs clients une information claire et détaillée sur les prix et les conditions générales de vente tout au long du processus de consultation, puis de formalisation de la transaction. L'information donnée aux consommateurs s'est révélée déloyale dans 70% des cas (9 compagnies sur 13) : facturation de frais de dossier ou de frais de paiement supplémentaires, absence de disponibilité du service au prix annoncé, etc. Les infractions ont donné lieu à 5 avertissements, 1 injonction, 1 PV. En outre, la DGCCRF a saisi le réseau de coopération européen pour qu'il prenne le relais de son action auprès d'un opérateur situé dans un autre pays de l'Union européenne »²⁰⁹¹.

Enfin, « des contrôles ont été menés en matière d'information des consommateurs sur les biens immobiliers. Au total, 2 000 établissements ont été visités et 1 271 anomalies relevées (absence d'information du consommateur sur les honoraires des agents immobiliers, précisions insuffisantes sur la qualité des biens vendus ou loués). Ces constats ont été suivis de 868 avertissements, 367 injonctions, 108 procès-verbaux et 2 procédures civiles »²⁰⁹².

748. Ces statistiques révèlent l'importance du rôle des agents de la DGCCRF quant à l'effectivité des dispositions consuméristes et notamment de l'obligation légale d'information. Ceci est d'autant plus important que l'efficacité des contrôles de l'administration assure le respect du droit de la consommation, ce qui donne confiance aux consommateurs. Or, il est nécessaire que le consommateur soit confiant pour contracter avec un professionnel et soit un acteur économique actif stimulant la concurrence sur le marché.

²⁰⁸⁹ *Ibid.*

²⁰⁹⁰ *Ibid.*

²⁰⁹¹ *Ibid.*

²⁰⁹² *Ibid.*

Section 5 – Des sanctions efficaces pour renforcer la confiance des consommateurs

749. Le consommateur convaincu du respect du droit de la consommation par le professionnel, et le cas échéant, des moyens existants pour s'assurer de son application, sera plus enclin à contracter avec un professionnel car il saura que ses droits sont protégés²⁰⁹³. La confiance du consommateur dans le respect du droit de la consommation est la clé d'un marché dynamique. L'obligation légale d'information joue à ce titre un rôle essentiel puisqu'elle a pour objectif le consentement éclairé du consommateur ainsi que la loyauté de la concurrence à travers une information transparente et vraie.

750. La confiance et l'information des contractants a ainsi fait l'objet d'une analyse économique du droit. MM. Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau expliquent que « *la confiance permet de faire l'économie de précautions qu'on serait amené à prendre en son absence en suivant la logique du calcul rationnel devant un risque* »²⁰⁹⁴. Les auteurs poursuivent et mettent en évidence le cercle vertueux créé en économie grâce à l'information et la confiance qu'elle engendre : « *[l]a confiance joue un rôle important dans l'économie de marché. Lorsque les agents économiques se font mutuellement confiance, plus de contrats seront conclus et plus de gains réciproques en résulteront qu'entre parfaits inconnus. Le bien-être collectif augmente lorsque la confiance mutuelle s'améliore* »²⁰⁹⁵.

La confiance va consister en « *une utilisation rationnelle de l'information pour ajuster son comportement* »²⁰⁹⁶ : « *[l]a personne confiante dispose d'informations lui permettant d'évaluer à la baisse la probabilité d'un événement dommageable ou la perte qu'il risque de lui causer, le cas échéant. Il peut dès lors rationnellement abaisser également le niveau des précautions qu'il est optimal de prendre* »²⁰⁹⁷.

²⁰⁹³ On ne peut éviter la mauvaise foi et l'abus des actions de certains consommateurs. Pour un exemple en droit des assurances : « *[m]ais bienvenue dans le monde du droit du contrat d'assurance à celui qui souscrit une assurance sur la vie en unités de compte et verse des primes qui se comptent en centaines de milliers d'euros, puis, constatant que la valeur de ces unités ne monte pas mais baisse, a recours au bas procédé qui consiste à soutenir qu'il n'a pas reçu deux documents, mais un seul, qui contenait pourtant toutes les informations requises par la loi, afin de renoncer à un contrat qu'il a néanmoins exécuté à plusieurs reprises, montrant ainsi qu'il a disposé de toutes ces informations ! Et tout cela est dû à une locution adverbiale, « en outre », qui unit « la proposition ou le contrat d'assurance » et la « note d'information »* » (KULLMANN Jérôme, « Assurances de personnes », RGDA n° 2006-2, 1^{er} avr. 2006, p. 481 et s.).

²⁰⁹⁴ MACKAAY Ejan et ROUSSEAU Stéphane, *Analyse économique du droit*, Méthodes du droit, éd. Thémis, Dalloz, 2008, n° 1377.

²⁰⁹⁵ *Ibid.*

²⁰⁹⁶ MACKAAY Ejan et ROUSSEAU Stéphane, *op. cit.*, n° 1379.

²⁰⁹⁷ *Ibid.*

751. C'est ainsi que « [l]a Communauté a introduit peu à peu des règles sur les contrats, ayant d'abord pour but d'intensifier la compétition des participants du marché avec les moyens du droit des obligations ». M. Hans-W. Micklitz explique que « [l]es obligations d'information précontractuelles et les exigences de transparence, [...] servent à ce but »²⁰⁹⁸. Les obligations légales d'information participent donc également au bon fonctionnement du marché. En effet, le même auteur rappelle que « [l]a transparence des contrats ne s'adresse pas seulement à la relation bilatérale entre consommateur et entrepreneur mais aussi à la relation horizontale des entrepreneurs entre eux. Les obligations d'information contractuelles mènent à une standardisation et une uniformisation du contrat »²⁰⁹⁹ qui permet de favoriser une concurrence loyale.

Or, « [c]e système d'information, de transparence et de résiliation ne peut fonctionner que s'il y a des mécanismes de protection juridique adéquats »²¹⁰⁰, autrement dit des moyens de détection et de contrôle des manquements et violations des dispositions consuméristes ainsi que des sanctions efficaces, autrement dit adaptées, facilement et rapidement mises en œuvre.

752. Cela explique l'intérêt de la Commission européenne à ce sujet, qui a annoncé des chiffres intéressants relatifs au « manque de confiance des consommateurs ». Elle révèle que « les consommateurs doivent être confiants pour participer activement au marché unique, or beaucoup d'entre eux restent prudents : 25 % pensent qu'un nombre important de produits non alimentaires vendus dans l'UE ne sont pas sûrs, 30 % pensent qu'ils ne sont pas suffisamment informés, près de 50 % estiment que leurs droits ne sont pas protégés »²¹⁰¹.

753. L'importance de la confiance du consommateur est d'autant plus importante que l'information du consommateur repose sur la loyauté du professionnel. Ceci a été mis en exergue par M. Yves Guyon qui insiste sur la différence existant entre l'information du consommateur et l'information de l'actionnaire. Il existe un contrôle administratif préalable des informations fournies aux actionnaires, les informations qui leur sont données sont contrôlées par un commissaire aux comptes qui est un professionnel indépendant et les notes

²⁰⁹⁸ MICKLITZ Hans-W., « De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la communauté européenne », in *Études de droit de la consommation : Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 744.

²⁰⁹⁹ *Ibid.*

²¹⁰⁰ MICKLITZ Hans-W., *op. cit.*, p. 745.

²¹⁰¹ Commission européenne, « Comprendre les politiques de l'Union européenne – Consommateurs », 2014, p. 11.

d'information publiées par les sociétés sont vérifiées par la COB, autorité administrative indépendante, lorsque la société fait publiquement appel à l'épargne²¹⁰². Il en va différemment en ce qui concerne l'information du consommateur puisque « [c]'est seulement a posteriori que des contrôles effectués par la direction des fraudes permettront de découvrir et de sanctionner d'éventuelles inexactitudes. Le consommateur doit faire confiance à son vendeur, alors que l'actionnaire bénéficie d'une information contrôlée »²¹⁰³.

754. Le consommateur est un acteur économique dont la confiance peut avoir une influence sur le marché. M. Malo Depincé a démontré l'influence du marché²¹⁰⁴ sur le consommateur et sur le professionnel dans le cadre de l'effectivité du droit de la consommation. Ainsi le consommateur peut avoir « un effet considérable sur le marché pour inciter les autres consommateurs à orienter leurs choix de consommation et les professionnels à mieux se conformer à leurs obligations légales »²¹⁰⁵, à travers les blogs, les sites de notation ou comparateurs. En effet, l'auteur explique qu'« un consommateur qui se plaint en public incite les autres à ne pas consommer le produit ou le service qui n'est pas conforme, dans son contenu ou sa présentation, à la réglementation »²¹⁰⁶.

Il est de l'intérêt du professionnel de s'assurer qu'il respecte la loi et d'obtenir la confiance du consommateur, notamment par le biais d'une information conforme et loyale, afin de l'encourager à contracter et à influencer positivement les autres consommateurs. À défaut, la confiance du consommateur doit être préservée par l'existence de moyens de contrôle et de sanctions efficaces, garantissant l'effectivité du droit de la consommation dont fait partie l'obligation légale d'information.

²¹⁰² GUYON Yves, « Actionnaires et consommateurs », in *Études de droit de la consommation : Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 488, n° 8 (pour biblio : p. 481 et s.)

²¹⁰³ GUYON Yves, *op. cit.*, p. 488, n° 9.

²¹⁰⁴ M. Jean-Pierre Pizzio rappelle que le droit de la consommation est « un droit de protection qui possède la particularité de participer aussi à la régulation du marché ». (PIZZIO Jean-Pierre, « Le droit de la consommation à l'aube du XXIème siècle. Bilan et perspectives », in *Études de droit de la consommation : Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 882, n° 4).

²¹⁰⁵ DEPINCÉ Malo, « Influence du marché et logique économique », in Centre Jean Bodin (sous la dir. de BERNHEIM-DESVAUX Sabine et BLANCHARD Christophe), *L'effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion d'Angers, 26 mars 2015, RLDA n° 105, juin 2015, point II.

²¹⁰⁶ *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE II

755. Le cumul des sanctions de l'obligation légale d'information est réalisable en pratique puisqu'il est justifié par leurs fonctions distinctes, et à défaut par le respect du principe de proportionnalité. L'articulation cohérente des sanctions implique au préalable des sanctions dissuasives, réparatrices, répressives, correctrices ou dissolvantes efficaces. La sanction doit produire les effets adéquats à sa finalité et être adaptée au dommage ou à la faute concernés. L'efficacité de la sanction dépend notamment de son effectivité, c'est-à-dire de la possibilité d'être prononcée. Quelle que soit sa fonction, le caractère extrajudiciaire de la sanction semble être essentiel à l'effectivité de la sanction.

CONCLUSION DU TITRE II

756. La diversité des sanctions applicable au manquement d'une obligation légale d'information nécessite que leur articulation soit cohérente afin d'obtenir le prononcé de sanctions efficaces, autrement dit dont les effets sont adéquats à l'objectif qui leur a été assigné. Le cumul des sanctions est théoriquement justifié et réalisable en pratique par les diverses finalités qui sont assignées aux sanctions. La variété de sanctions applicables présente un intérêt indéniable puisqu'elles peuvent s'adapter aux conséquences de la violation de l'obligation légale d'information. Par exemple, le manquement à une obligation légale d'information peut caractériser un dol et une pratique commerciale trompeuse. Si les conditions sont remplies, pourront être prononcées une sanction dissolvante (la cessation de la pratique commerciale trompeuse), une sanction répressive (les peines prévues pour le délit de pratique commerciale trompeuse), et une sanction réparatrice (l'allocation de dommages et intérêts). Cependant, plusieurs peines répressives sont prévues pour le délit de pratique commerciale trompeuse. Le juge devra donc veiller à ce que les peines prononcées soient proportionnelles à la gravité de la faute, par exemple en fonction de la durée de l'infraction, la répétition de la violation, de l'intention frauduleuse et des profits générés par la violation.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

757. Un système de sanction de l'obligation légale d'information cohérent, possédant des sanctions efficaces et effectives participerait à renforcer la confiance des consommateurs et les encouragerait à conclure des contrats. Des sanctions connues et rapides à mettre en œuvre seraient de nature à rassurer le consommateur puisque le respect de ses droits serait garanti.

758. Afin d'être dissuasive, réparatrice, répressive, correctrice et dissolvante et par conséquent efficace au regard du manquement par le professionnel à une obligation légale d'information, il convient que la sanction prononcée soit adaptée à l'obligation d'information. Son efficacité dépend également de son effectivité. La sanction doit pouvoir être prononcée rapidement afin d'être adaptée à la consommation de masse. Ce thème fondamental n'est cependant pas abordé par cette thèse car il constituerait une étude en lui-même.

CONCLUSION GÉNÉRALE

759. La sanction a pour objectif d'assurer l'effectivité de l'obligation légale d'information, autrement dit son respect et sa mise en œuvre. L'effectivité de l'obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois dépend de l'efficacité de la sanction qui lui est applicable. Or, les systèmes de sanctions actuels sont inefficaces pour plusieurs raisons.

760. Majoritairement d'origine européenne, les textes imposant des obligations d'information ne définissent pas de sanctions, non pour des raisons de compétences législatives mais d'ordre politique puisqu'il est laborieux de parvenir à un consensus entre tous les États membres. Cela aboutit à l'existence de systèmes de sanction nationaux variés, même lorsqu'on prend pour exemple deux pays de culture juridique proche et d'histoire législative commune comme la France et le Luxembourg. L'Union européenne conserve une influence sur les sanctions nationales à travers le rôle d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne, qui veille à la conformité des sanctions adoptées et de leur application, afin qu'elles soient, selon la formule récurrente des directives, « proportionnées, efficaces et dissuasives ».

761. L'ensemble des sanctions applicables au manquement de l'obligation légale d'information en droits des contrats de consommation français et luxembourgeois est hétérogène et comprend des sanctions de différentes natures, civile, pénale et administrative. Les obligations légales d'information recevant une sanction expresse et spécifique, propre à l'obligation d'information existent mais ne sont pas la majorité. En effet, le législateur est parfois resté muet sur la sanction à appliquer en cas de manquement à l'obligation d'information qu'il a édictée.

762. Le silence du législateur quant à la sanction applicable à la violation d'une obligation légale d'information amène à recourir à des sanctions civiles et pénales applicables à d'autres mécanismes que l'obligation d'information. Peuvent être cités la nullité du contrat pour dol, l'éradication d'une clause abusive ou illicite, l'exécution forcée ou l'allocation de dommages

et intérêts résultant de la responsabilité civile, la peine d'emprisonnement et d'amende pour le délit de tromperie. Selon les circonstances de l'espèce, la sanction réparatrice, majoritairement de nature civile, sera efficace si les effets qu'elle produit sont adaptés au préjudice découlant de la violation de l'obligation légale d'information et s'ils le réparent intégralement. La sanction répressive, de nature pénale, sera efficace si la peine est adaptée au comportement prohibé, en l'espèce le professionnel recherche la réalisation de profit, et si la peine est proportionnée à la gravité de la faute.

763. Ces sanctions présentent deux traits communs. Presque toutes nécessitent de faire appel au juge (sauf réparation ou remplacement pour garantie légale de conformité). De la même manière, leur prononcé implique la preuve d'éléments supplémentaires à la seule violation de l'obligation légale d'information (préjudice pour la responsabilité civile, déséquilibre pour la clause abusive, caractère intentionnel du dol, un des éléments matériels exhaustifs sur lequel porte la tromperie, etc. ; sauf l'inopposabilité de la clause et l'éradication de la clause illicite). Ces éléments de preuve peuvent être source de difficulté pour le consommateur et faire obstacle au prononcé de la sanction.

764. La transposition de la directive 2011/83/UE en droits français et luxembourgeois a comblé partiellement les lacunes du droit. En effet, la loi du 17 mars 2014 a introduit de nombreuses amendes administratives en droit français venant notamment apporter une sanction expresse à certaines obligations légales d'information en droit de la consommation qui n'en possédaient pas. Cependant, la recherche d'une sanction réparatrice nécessitera toujours le recours aux sanctions civiles évoquées. Ensuite, la loi du 2 avril 2014 a inséré dans le Code de la consommation luxembourgeois la précision que le consommateur peut invoquer la nullité du contrat lorsque le professionnel manque à une ou plusieurs obligations essentielles d'information. Cette sanction a l'avantage d'être expresse mais elle n'est qu'un rappel de la sanction de droit des contrats de nullité pour vice du consentement et en présente donc les inconvénients.

765. Contrairement à la situation précédente, il arrive que le législateur prévoit ou permette le prononcé de plusieurs sanctions pour le même manquement à une obligation légale d'information. Ainsi, la loi prévoit qu'un même type sanction peut se cumuler, ou que deux ou plusieurs sanctions distinctes peuvent s'appliquer au manquement d'une obligation légale

d'information. Ceci peut aboutir respectivement à un cumul de sanctions disproportionné ou à un cumul de sanction incohérent. Dans le premier cas, la situation posant problème concerne surtout le cumul des contraventions, ou le cumul des amendes administratives en droit français, puisque la sanction qui en résulte peut atteindre un montant élevé disproportionné par rapport à la gravité de la faute. Ensuite la seconde hypothèse est relative au cumul des sanctions possédant des fonctions identiques, surtout répressives, dont la sanction n'est pas toujours adaptée au comportement prohibé ni proportionnée à la gravité de la faute.

766. Ces deux situations opposées révèlent les obstacles principaux à l'effectivité de la sanction de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois. Tout d'abord, la connaissance des sanctions applicables et leur articulation sont rendues complexes par l'hétérogénéité du réseau de sanctions existant, ce qui affecte leur efficacité dissuasive. Ensuite, la plupart de ces sanctions nécessite d'introduire une action en justice, dont les coûts et la lourdeur sont trop élevés par rapport au montant du litige de consommation. Enfin, en ce qui concerne la majorité de ces sanctions, la difficulté pour le consommateur de rapporter certaines preuves empêche le prononcé de la sanction. L'ineffectivité de la sanction provoque alors son inefficacité réparatrice ou répressive puisqu'elle ne peut pas produire d'effet. De plus, une sanction qui a de faibles chances d'être prononcée verra son efficacité dissuasive amoindrie. Les systèmes de sanction actuels de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation français et luxembourgeois sont donc inefficaces.

767. L'efficacité des systèmes de sanctions français et luxembourgeois de l'obligation légale d'information en droit de consommation peut être rétablie en opérant plusieurs ajustements. Un régime spécifique de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation pourrait être proposé. Il devrait être fondé sur l'élaboration d'une typologie fonctionnelle des sanctions applicables à l'obligation légale d'information. En effet, l'articulation cohérente des sanctions entre elles est nécessaire à leur efficacité. Selon les circonstances, doit être privilégié le cumul entre sanctions présentant des fonctions distinctes. Cependant, si le cumul de sanctions aux fonctions identiques est souhaitable, celles-ci doivent respecter le principe de proportionnalité afin de s'adapter aux faits de l'espèce. De plus, chaque type de sanction doit remplir certains critères afin d'être adapté à l'obligation d'information et donc être efficace.

768. Il est nécessaire de dissuader les professionnels d'enfreindre la loi. Pour ce faire, la sanction doit être connue, autrement dit lisible et compréhensible, et doit pouvoir être mise en œuvre. Ensuite, il est nécessaire que la sanction réparatrice répare intégralement le dommage, qu'elle soit adaptée à l'obligation légale d'information et soit extrajudiciaire, l'intervention du juge pouvant éventuellement être sollicitée *a posteriori*. Puis la sanction répressive doit être adaptée au comportement prohibé, proportionnelle à la gravité de la faute et extrajudiciaire. Enfin, la sanction dissolvante (incarnée par l'injonction de mise en conformité en droit français) est nécessaire à une prévention collective. Elle apparaît comme efficace puisqu'elle permet de dissoudre les situations illicites tout en prévenant qu'elles engendrent des préjudices.

L'efficacité des sanctions dissuasives, répressives, réparatrices et dissolvantes de l'obligation légale d'information en droit des contrats de consommation implique que ces sanctions et leur articulation soient connues du professionnel et qu'elles soient effective, autrement dit prononçables facilement (le seul manquement de l'obligation d'information doit suffire au prononcé de la sanction, sauf pour la nullité), et rapidement (autrement dit qu'elle soit extrajudiciaire).

769. L'efficacité des systèmes de sanctions de l'obligation légale d'information dépend de leur cohérence et de leur adaptation aux litiges consuméristes. Il est indispensable de prendre en compte la standardisation des contrats, des produits mais aussi des comportements des professionnels et d'avoir à disposition des sanctions autant efficaces qu'effectives, autrement dit faciles et rapides à prononcer. Le respect de l'obligation légale d'information assuré par l'existence de sanctions efficaces et effectives renforcera la confiance des consommateurs et les incitera à être des acteurs économiques actifs favorisant la concurrence.

ANNEXES

Annexe 1 : Tableau comparatif des sanctions civiles applicables au déséquilibre informatif contractuel en droits français et luxembourgeois

Règlementations	Sanctions en droit français	Sanctions en droit luxembourgeois
Clause abusive (directive 93/13/CEE : « <i>ne lie pas</i> »)	Texte : réputée non écrite (déséquilibre significatif)	Nulle et non écrite (déséquilibre) – en pratique, assimilée à la nullité par la jurisprudence et la doctrine
Clause illicite	Jurisprudence : nulle	Jurisprudence : nulle
Clause résultant d'une pratique commerciale déloyale	X	Texte : nulle et non écrite
	Jurisprudence : inopposable	X

Annexe 2 : Tableau de la comparaison théorique des régimes juridiques de la nullité et du réputé non écrit en droits français et luxembourgeois

Nullité	Réputé non écrit
Le contrat tout entier peut être annulé si la clause déclarée nulle était déterminante du consentement du cocontractant.	Seule la clause est supprimée. Elle est réputée inexistante et ne peut pas entraîner l'anéantissement du contrat.
Action soumise à la prescription.	Action imprescriptible.
Doit être prononcée par le juge.	Extrajudiciaire (si un jugement le prononce, il n'est que déclaratif).

BIBLIOGRAPHIE

I. MANUELS, TRAITÉS ET OUVRAGES

A. Sources de droit français

AMBROISE-CASTÉROT Coralie, *Droit pénal spécial et des affaires*, 3^e éd., Gualino, Lextenso éditions, 2012.

BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, 20^e éd., Précis Dalloz, 2007.

CABRILLAC Rémy, *Droit des obligations*, 8^{ème} édition, Dalloz, 2008, n° 101.

CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Précis Dalloz, 2015.

CALAIS-AULOY Jean et TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2010.

CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Forum Flammarion, 1996.

CIBERT-GOTON Virginie et ALBORTCHIRE Adamou, *Pratique du droit de la concurrence et de la consommation*, Editions Eska, 2007.

DELMAS-MARTY Mireille et GIUDICELLI-DELAGE Geneviève (dir.), *Droit pénal des affaires*, 4^e éd., Thémis Droit privé, PUF, 2000.

DELMAS-MARTY Mireille et TEITGEN-COLLY Catherine, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992.

FARJAT Gérard, *L'ordre public économique*, Paris : R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1963.

GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, *Droit pénal des affaires*, 6^e éd., Dalloz, 2006.

GHESTIN Jacques, *La formation du contrat*, LGDJ, 1993.

GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Le contrat : formation*, LGDJ, 2^e édition, 1988.

JEANDIDIER Wilfrid, *Droit pénal des affaires*, 5^e éd., Précis Dalloz, 2003.

LARGUIER Jean et CONTE Philippe, *Droit pénal des affaires*, 10^e éd., Armand Colin, 2001.

NOBLOT Cyril, *Droit de la consommation*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012.

PICOD Yves et DAVO Hélène, *Droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey Université, 2010.

PIEDELIEVRE Stéphane, *Droit de la consommation*, MOLFESSIS Nicolas (dir.), Corpus Droit Privé, Économica, 2008.

PRADEL Jean, *Droit pénal. Tome II Procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 1990.

PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Dalloz, 2008.

RAYMOND Guy, *Droit de la consommation*, Litec, 2008.

TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit Civil. Les obligations*, 11^e éd., Précis Dalloz, 2013.

VINEY Geneviève, *Introduction à la responsabilité*, Traité de droit civil, GHESTIN J. (dir.), 3^e éd., LGDJ, 2008.

VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2011.

B. Sources de droit luxembourgeois

ANCEL Pascal, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois. Approche comparative*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2015.

FONTAINE Marcel et BOURGOIGNIE Thierry, *Le droit de la Consommation en Belgique et au Luxembourg. Une étude préparée pour la Commission des Communautés Européenne*, Van Nostrand Reinhold Company, 1981.

HIEZ David (coord.), *Les Codes thématiques Larcier. Droit luxembourgeois*, 3^e éd., Larcier, 2011.

MAJERUS Nicolas, *Histoire du droit dans le Grand-Duché du Luxembourg*, Tome Deuxième, 1949.

PESCATORE Pierre, *Introduction à la science du droit*, 2^{ème} réimpression, Université du Luxembourg, Bruylant Bruxelles, 2009.

PUTZ Jean-Luc, *Droit pénal 2014*, Promoculture-Larcier, 2014.

PUTZ Jean-Luc, *Recueil de jurisprudence pénale 2012*, Promoculture-Larcier, 2012.

PUTZ Jean-Luc, *Recueil de jurisprudence pénale 2016*, 5^e éd., Promoculture-Larcier, 2016.

RAVARANI Georges, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasicrisie luxembourgeoise 2014, 3^e éd., 2014.

SEIFERT Achim (coord.), *Les Codes thématiques Larcier. Droit luxembourgeois*, 2^e éd., Larcier, 2010.

SPIELMANN Dean et SPIELMANN Alphonse, *Droit pénal général luxembourgeois*, Bruylant – Bruxelles, 2002.

VOGEL Gaston, *Droit pénal*, coll. Les pandectes, Promoculture-Larcier, 2016.

C. Sources d'autres droits nationaux

Source de droit belge

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

Source de droit des États-Unis

BEN-SHAHAR Omri and SCHNEIDER Carl E., *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press, 2014.

D. Sources de droit de l'Union européenne

MICKLITZ Hans-W., REICH Norbert and ROTT Peter, *Understanding EU Consumer Law*, Intersentia, 2009.

WEATHERILL Stephen, *EU Consumer Law And Policy*, Elgar European Law, 2005.

WILMAN Folkert, *Private enforcement of EU law before national courts. The EU Legislative Framework*, Elgar European Law and Practice, Edward Elgar publishing, 2015.

E. Sources de droit européen

SPIELMANN Alphonse et WEITZEL Albert, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit luxembourgeois*, éd. Nemesis, 1991.

F. Source de droit international

MACKAAY Ejan et ROUSSEAU Stéphane, *Analyse économique du droit*, Méthodes du droit, éd. Thémis, Dalloz, 2008.

II. DICTIONNAIRES

A. Sources de droit français

ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1993.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, PUF, 8^e éd., mise à jour « Quadrige », 2007.

GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques 2014*, Dalloz, 21^e éd., 2014.

Petit Larousse en couleur, Millésime 1992, Larousse, 1991.

B. Sources de droit luxembourgeois

VOGEL Gaston, *Encyclopédie judiciaire de droit luxembourgeois*, Promoculture-Larcier, 2016.

VOGEL Gaston, *Lexique de procédure pénale de droit luxembourgeois*, Larcier, 2001.

III. THÈSES, MONOGRAPHIES ET MÉLANGES

A. Thèses et monographies

1. Sources de droit français

BRICKS Hélène, *Les clauses abusives*, thèse, Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1982.

DOUCHE-DOYETTE Nathalie, *La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation*, thèse, Université de Lorraine, 2012.

FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, 1992.

GAUDEMET Sophie, *La clause réputée non écrite*, thèse, Recherches Juridiques, Economica, 2006.

LAITHIER Yves-Marie, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse, LGDJ, 2004.

MOURGEON Jacques, *La répression administrative*, thèse, Toulouse, LGDJ, 1967.

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002.

PAILLARD BERTRAND, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, thèse, LGDJ, 2007.

RZEPECKI Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, thèse, PUAM, 2002.

SAUPHANOR Nathalie, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, thèse, Bibliothèque de Droit Privé, LGDJ, 2000

2. Sources de droit luxembourgeois

POELMANS Olivier, *Droit des obligations au Luxembourg. Principes généraux et examen de jurisprudence*, Les Dossiers du Journal des tribunaux Luxembourg, Larcier, 2013.

3. Sources de droit belge

DE RUE Maité, « La flexibilité des sanctions en droit pénal social, in KAMINSKI Dan (dir.), *La flexibilité des sanctions. XXI^{es} journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2013, p. 343 et s.

VAN DE KERCHOVE Michel, « L'hypothèse de la flexibilité affecte-t-elle la nature et les fonctions des sanctions ? », in KAMINSKY Dan (dir.), *La flexibilité des sanctions. XXI^{es} journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2013, p. 53 et s.

4. Sources de droit européen

BEKA Anthi, *The Ex Officio Doctrine in European Consumer Law. A Procedural Tool Invigorating Individual Consumer Legislation*, thèse, Luxembourg, 2015.

POELEMANS Maiténa, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire : Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, thèse, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, 2004.

POILLOT Élise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, thèse, LGDJ, 2004.

B. Mélanges et collectifs

1. Sources de droit français

CHERIGNY Bernard, « La société « surrepressive » dans la philosophie d’Herbert Marcuse », in *Mélanges offerts à Pierre COUVRAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 51 et s.

DANTI-JUAN Michel, « Le consentement et la sanction », in *Mélanges offerts à Pierre COUVRAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 367 et s.

DAURIAC Isabelle, « Forme, preuve et protection du consentement », in *Mélanges Michelle GOBERT*, *Économica*, 2004, n° 19 et s.

GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, « La sanction de l’imprudence », in *Mélanges offerts à Pierre COUVRAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 523 et s.

MAZEAUD Denis, « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », in *Études de droit de la consommation : Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 697 et s.

PICOD Yves, « Le contrôle des clauses abusives : diversité d’approches entre le droit de la consommation et le droit des pratiques restrictives de concurrence », in *PUIGELIER Catherine (dir.), La diversité du droit, Mélanges en l’honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 1109 et s.

PIZZIO Jean-Pierre, « Le droit de la consommation à l’aube du XXIème siècle. Bilan et perspectives », in *Études de droit de la consommation : Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 877 et s.

RAYMOND Guy, « Crédit – formalisme – sanctions en droit de la consommation », in *Mélanges offerts à Pierre COUVRAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 111 et s.

RÉMY Philippe, « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d’inexécution du contrat », in *Mélanges offerts à Pierre COUVRAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p.121 et s.

VERMELLE Georges, « Le maximum et le minimum », in *Mélanges offerts à Pierre COUVRAT. La sanction du droit*, PUF, 2001, p. 354 et s.

ARCELIN LECUYER Linda, « Fasc. 794 : Publicité. Règles générales quant au contenu du message publicitaire », J.-Cl. Conc.-consom., 25 juill. 2013.

BIOLAY Jean-Jacques, « Fasc. 994 : Contrats de service de communications électroniques », J.-Cl. Conc.-Consom., 18 avr. 2008.

CLARET Hélène, « Fasc. 10 : Contrats et obligations ».

CLARET Hélène, « Fasc. 980 : Étiquetage », J.Cl. Conc.-consom, 26 oct. 2014.

COURTIEU Guy, « Fasc. 18 : Assurances de groupe ».

ÉRESÉO Nicolas, « Fasc. 3480 : Pratiques commerciales trompeuses », J.-Cl. Communication, 5 oct. 2009.

LACHIÈZE Christophe, « fasc. 996 : Contrat de voyages. Contrats et responsabilité », J.-Cl. Conc.-consom., 2 juill. 2010.

LEVENEUR Laurent, « Fasc. 1060 : Garantie de conformité des meubles vendus aux consommateurs. – Garantie légale de conformité. – Garantie commerciale », J.-Cl. Conc.-consom., 2015.

LUBY Monique, « Fasc. 790 : Droit communautaire de la consommation », J.-Cl. Conc.-cons., 15 sept. 2002.

PETIT Bruno, « Fasc. unique : Contrats et obligations. Consentement », J.-Cl. Civil Code, 20 sept. 2012.

RAYMOND Guy, « Fasc. 900 : Pratiques commerciales déloyales et agressives », J.-Cl. Conc.-consom, 15 nov. 2008.

RAYMOND Guy, « Fasc. 845 : Information du consommateur », J.-Cl. Conc.-consom.

RAYMOND Guy, « Fasc. 800 : Contrats de consommation », J.-Cl. Conc.-Consom.

RIDEAU Joël, « Fasc. 161-55 : Ordre juridique de l'Union européenne. – Sources non écrites », J.-Cl. Droit international, 20 août 2014.

STUYCK Jules, « Fasc. 2000 : Politique européenne de la consommation », J.-Cl. Europe Traité, 2 janv. 2013.

« Distinction entre tromperie et falsification », Lamy Droit économique 2016, n° 6799.

« Examen d'office par le juge national du caractère abusif de la clause », Lamy Droit économique 2016, n° 5183.

Le consommateur & ses contrats, JurisClasseur, Juris Compact, 2002.

Lamy droit du contrat, Étude 132, n° 132-93.

Lamy droit économique 2016, n° 5010.

LDPA 2011, n° 2472.

« Préjudice réparé », Lamy Droit du contrat, n° 132-111.

« Vente et garantie des biens de consommation : protection du consommateur », SJEA n° 24, 11 juin 2015, act. 489.

2. Sources de droit luxembourgeois

BRUCHER Jean, THIELTGEN Nicolas et BENA Marie, « La protection juridique des intérêts du consommateur dans le Code civil », in *Le bicentenaire du Code civil. Une contribution luxembourgeoise*, éd. Portalis, 2004, p. 166 et s.

WAGNER Numa, « Luxembourg » in *La circulation du modèle juridique français*, (Journées franco-italiennes), Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique, Tome XLIV, Litec, 1993, p. 98 et s.

3. Source de droit belge

FORIERS Paul, « Les lacunes du droit », in *Le problème des lacunes en droit*, Études publiées par Ch. Perelman, Bruxelles, Bruylant 1968, p. 9 et s.

IV. CONTRIBUTIONS ET ARTICLES

A. Contributions dans des ouvrages collectifs

1. Sources de droit français

BARRIÈRE Louis-Augustin, « Propos introductifs », in *La sanction*, Colloque du 27 nov. 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, L'Harmattan Paris, 2007.

BLANCHARD Christophe, « Quelle sanction pour faire cesser les infractions au droit de la consommation ? », in Centre Jean Bodin, BERNHEIM-DESVAUX Sabine et BLANCHARD Christophe (dir.), *L'effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion d'Angers, 26 mars 2015, RLDA n° 105, juin 2015.

BORGHETTI Jean-Sébastien, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », in *Études offertes à Geneviève VINEY. Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 145 et s.

BORGHETTI Jean-Sébastien, « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 257 et s.

BUREAU Dominique, « Remarques sur la codification du droit de la consommation », D. 1994, p. 291.

CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. XI et s.

CLAUDEL Emmanuelle, « Les sanctions en droit de la concurrence. La sanction, une institution au cœur de la politique de la concurrence », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 425 et s.

DEPINCÉ Malo, « Influence du marché et logique économique », in Centre Jean Bodin (sous la dir. de BERNHEIM-DESVAUX Sabine et BLANCHARD Christophe), *L'effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion d'Angers, 26 mars 2015, RLDA n° 105, juin 2015.

DRUMMOND France, « Les sanctions en droit des marchés financiers. La sanction, instrument de régulation des marchés », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 451.

EVEILLARD Gweltaz, « Les sanctions en droit administratif. Entre approfondissement de la soumission à l'égalité et recherche de l'efficacité », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 491 et s.

FENOUILLET Dominique, « Les préalables à l'effectivité spontanée du droit de la consommation », in Centre Jean Bodin (sous la dir. de BERNHEIM-DESVAUX Sabine et BLANCHARD Christophe), *L'effectivité du droit de la consommation*, colloque, Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion d'Angers, 26 mars 2015, RLDA n° 105, juin 2015.

LEPAGE Agathe, « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Études de droit de la consommation : Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597 et s.

LEPAGE Agathe, « Les sanctions en droit pénal des affaires. Réflexions sur la place et le rôle du droit pénal dans la vie des affaires », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 95 et s.

MALAURIE Philippe, « Les sanctions en droit privé », *Deffrénois* n° 4, 28 févr. 2006, p. 316.

MAZEAUD Denis, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 235 et s.

MEKKI Mustapha, « Considérations sociologiques sur le droit des sanctions », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 31 et s.

NEYRET Laurent, « La sanction en droit de l'environnement. Pour une théorie générale », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 533 et s.

PERDRIX Louis, « Les sanctions en droit des assurances. De l'opportunité des sanctions spéciales du contrat d'assurance et de la sanction par l'assurance », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 327 et s.

ROBERT Jacques-Henri, « Application ou non-application de la règle *non bis in idem* entre les sanctions pénales, civiles et administratives », *Archives de politique criminelle*, n° 7, 1984, p. 136 et s.

ROUMY Frank, « Les origines romano-canonique du concept moderne de sanction », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 3 et s.

THÉRY Philippe, « Les sanctions en droit des sûretés. Entre cycles politiques et désordres techniques », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 275 et s.

2. Sources de droit luxembourgeois

BIEVER Robert, « Le juste milieu », in *Quo vadis droit luxembourgeois ? Réflexion sur l'évolution des sources techniques et normatives*, Lëtzebuenger Juristendag, promoculture Larcier, 2013, p. 97 et s.

BRAUM Stefan, « Faut-il adapter notre droit pénal aux exigences nouvelles (sinon les défis qui se posent au droit pénal luxembourgeois) ? », *Quo vadis droit luxembourgeois ? Réflexion sur l'évolution des sources techniques et normatives*, Lëtzebuenger Juristendag, promoculture Larcier, 2013, p. 129 et s.

BRUCHER Jean, « La protection juridique du consommateur dans le domaine bancaire », in ALJB, *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, Vol. 2, Larcier – Bruxelles, 1994, p. 643 et s.

CABRILLAC Rémy, « La codification du droit de la consommation : approche générale », in PRÜM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 35 et s.

DE WAERSEGGER Pierre-Michaël, « Le banquier dispensateur de crédit à la consommation », in ALJB, *Droit bancaire et financier au Luxembourg. Recueil de doctrine*, Vol. 2, éd. Larcier, 2014, p. 949 et s.

ELVINGER André, « Historique du droit bancaire et financier luxembourgeois » in ALJB, *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, 10e anniversaire de l'ALJB, V. 1, Larcier – Bruxelles, 1994, p. 3 et s.

GRAMEGNA Pierre, « Plaidoyer en faveur d'un plus juste équilibre entre le droit de la consommation et les objectifs du marché européen », in PRÜM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 73 et s.

KRECKÉ Jeannot, « Préface », in PRÜM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 5 et s.

MAJERUS Nicolas, *Un droit luxembourgeois existe-t-il et comment faut-il l'étudier ? : Conférence faite à de futurs juristes aux Cours Supérieurs de l'Athénée*, 1938 p. 8 et s.

MOREL Anne et OMES Elisabeth, « L'obligation d'information et de conseil du banquier », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg. Recueil de doctrine*, V. 2, éd. Larcier – ALJB (2004), p. 481 et s.

MOUSEL Paul, « Conclusions », *Quo vadis droit luxembourgeois ? Réflexion sur l'évolution des sources techniques et normatives*, Lëtzebuurger Juristendag, promoculture Larcier, 2013, p. 189 et s.

PIERRAT Myriam et HOFFMANN André, « Obligations d'information et de conseil en matière de service d'investissement : le banquier entre le marteau et l'enclume », in ALJB, *Droit bancaire et financier au Luxembourg. Recueil de doctrine*, Vol. 2, Larcier, Anthemis, 2014, p. 751 et s.

POILLOT Élise, « Le Code luxembourgeois de la consommation : étude de droit interne et de droit comparé », JTL n° 25, Larcier, 5 févr. 2013, p. 1 et s.

RAUCHS Pierre, « Le projet de Code de la consommation luxembourgeois », in PRÜM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 52 et s.

RAVARANI Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution de la Cour administrative du Luxembourg », in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, colloque, réunion des Conseils d'État du Benelux et de la Cour administrative du Luxembourg, Bruxelles, 21 oct. 2011, p. 33 et s.

SCHMITZ Bob, « La codification du droit de la consommation au Luxembourg. Le point de vue des consommateurs », in PRÜM André (dir.), *La codification en droit luxembourgeois du droit de la consommation*, coll. de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, 2009, p. 81 et s.

WIVENES Georges, « Les sanctions administratives au Luxembourg. Contribution du Conseil d'État du Luxembourg », in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, colloque, réunion des Conseils d'État du Benelux et de la Cour administrative du Luxembourg, Bruxelles, 21 oct. 2011, p. 19 et s.

3. Sources d'autres droits nationaux

Sources de droit belge

VAN DE KERCHOVE Michel, « L'hypothèse de la flexibilité affecte-t-elle la nature et les fonctions des sanctions ? », in KAMINSKY Dan (dir.), *La flexibilité des sanctions ? XXI^{es} journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2013, p. 53 et s.

4. Sources de droit de l'Union européenne

BOURGOIGNIE Thierry, « Droit et politique communautaire de la consommation. Une évaluation des acquis », in *Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 95 et s.

BOURGOIGNIE Thierry (dir.), *L'intégration économique régionale. Protection du consommateur*, Éd. Yvons Blais, 2009.

BOURGOIGNIE Thierry, « Vers un droit de la consommation : unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 1-2, 2005, pp. 153-174.

DA CRUZ VILAÇA José Luís, « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », in *La Cour de Justice et la Construction de l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, Springer, 2013, pp. 279-306.

FASQUELLE Daniel et MEUNIER Patrick (dir.), *Le droit communautaire de la consommation : Bilan et perspectives*, (actes du colloque de Boulogne-sur-Mer, 14 et 15 janv. 2000), coll. de la CEDECE, Paris : La documentation française, 2002.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « The Need for Codified Guiding Principles and Model Rules in European Contract Law », in *The Foundations of European Private Law*, edited by BROWNSWORD Roger, MICKLITZ Hans-W., NIGLIA Leone and WEATHERILL Stephen (ed. by), Oxford and Portland, Oregon, 2011, p. 73 et s.

GAZIN Fabienne, « Les sanctions en droit de l'Union européenne. Renforcement de l'autorité ou « surenchère sanctionnatrice » du droit européen ? », in CHAINAIS Cécile et FENOUILLET Dominique (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. La sanction, entre technique et politique*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. 571 et s.

JACQUEMIN Zoé, « Les instruments du droit commun européen », in BOUMGHAR Mouloud et DURAND Valérie (dir.), *Les nouvelles échelles du droit commun*, Larcier, 2013, p.71 et s.

KINSCH Patrick, « Incertaines frontières. Rapport de synthèse », in POILLOT Élise et RUEDA Isabelle (dir.), *Les frontières du droit privé européen / The Boundaries of European Private Law*, Coll. de la Faculté de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, p. 351 et s.

LATINA Mathias, « L'impact de l'harmonisation européenne sur le droit commun des contrats », in BOUMGHAR Mouloud et DURAND Valérie (dir.), *Les nouvelles échelles du droit commun*, Larcier, 2013, p. 95 et s.

LILLEHOLT Kåre, « European Private Law : Unification, Harmonisation or Coordination ? », in *The Foundations of European Private Law*, edited by Roger Brownsword, Hans-W Micklitz, Leone Niglia and Stephen Weatherhill, Oxford and Portland, Oregon, 2011, p. 354 et s.

MAGNUS Ulrich, « Rechtsfolgen im Acquis communautaire », in SCHULZE Reiner, EBERS Martin und GRIGOLEIT Hans Christoph, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire (Information Requirements and Formation of Contract in the Acquis Communautaire)*, Mohr Siebeck, 2003, p. 312.

MÉSA Rodolphe, « La place du droit commun dans ses rapports avec le droit pénal », in BOUMGHAR Mouloud et DURAND Valérie (dir.), *Les nouvelles échelles du droit commun*, Larcier, 2013, p. 36 et s.

MICKLITZ Hans-W., « De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la communauté européenne », in *Études de droit de la consommation : Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 725 et s.

ROCHFELD Judith et HOUTCIEFF Dimitri, « Perspectives de développement du droit communautaire en matière de droit à la consommation » in SCHULZE Reiner, EBERS Martin und GRIGOLEIT Hans Christoph, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire (Information Requirements and Formation of Contract in the Acquis Communautaire)*, Mohr Siebeck, 2003, p. 49 et s.

SCHMITZ Bob (int. de), in POILLOT Élise et RUEDA Isabelle (dir.), *Les frontières du droit privé européen / The Boundaries of European Private Law*, Coll. de la Faculté de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Larcier, p. 151 et s.

SCHULZE Reiner, « The Acquis Communautaire and the Development of European Contract Law », in SCHULZE Reiner, EBERS Martin und GRIGOLEIT Hans Christoph, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire (Information*

Requirements and Formation of Contract in the Acquis Communautaire), Mohr Siebeck, 2003, p. 3 et s.

SCHWINTOWSKI Hans-Peter, « Informationspflichten und effet utile – Auf der Suche nach einem effektiven und effizienten europäischen Sanktionensystem », in SCHULZE Reiner, EBERS Martin und GRIGOLEIT Hans Christoph, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire (Information Requirements and Formation of Contract in the Acquis Communautaire)*, Mohr Siebeck, 2003, p. 267 et s.

VAN GERVEN Walter, « Rapport introductif », in JAMIN Christophe et MAZEAUD Denis (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001, p. 3 et s.

VOGENAUER Stefan and WEATHERILL Stephen (ed. by), *The Harmonisation of European Contract Law. Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, 2006.

WEATHERILL Stephen (ed. by), *Better Regulation*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, 2007.

WILHELMSSON Thomas, « Private Law Remedies against the Breach of Information Requirements of EU Law » in SCHULZE Reiner, EBERS Martin und GRIGOLEIT Hans Christoph, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire (Information Requirements and Formation of Contract in the Acquis Communautaire)*, Mohr Siebeck, 2003, p. 245 et s.

B. Articles

1. Sources de droit français

AMRANI MEKKI Soraya, « Droit des contrats », D. 2005, p. 2836.

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », D. 2014, p. 879.

AVENA-ROBARDET Valérie, « Clauses abusives dans les contrats de crédit à la consommation », D. 2005, p. 640.

AVENA-ROBARDET Valérie, « Clauses abusives dans les contrats de téléphonie mobile : encore et toujours », D. 2004, p. 635.

AVENA-ROBARDET Valérie, « Crédit à la consommation : la première Chambre civile campe sur ses positions », D. 2004, p. 947.

BAZIN Éric, « De la nullité virtuelle d'un contrat de consommation », LPA n° 178, 7 sept. 2005, p. 16.

BAZOT Alain, « Table ronde n° 3 : De nouveaux outils de défense du consommateur », LPA n° 128, 2014, p. 24.

BRETZNER Jean-Daniel et BENDAVID Michaël, « Analyse critique des dispositions relatives aux sanctions administratives », AJCA n° 1, 2014, p. 19.

CALAIS-AULOY Marie-Thérèse, « La dépénalisation en droit pénal des affaires », D. 1988, chron., p. 315, n° 2.

CASAUX-LABRUNÉE Lise, « Vice caché et défaut de conformité : propos non conformistes sur une distinction viciée (à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 septembre 1997) », D. 1999, p. 1.

CHAUVEL Patrick, « Protection du consommateur », Dr. et patr. 2005, p. 135.

CHAUVEL Patrick, « Réticence, obligation d'information et volonté de tromper », D. 2006, p. 2774.

CHEREL Alexandre (bureau du contentieux à la DGCCRF), « L'élément intentionnel », note de synthèse, C&C 1996, n° 93, pp. 10-16.

CHEREL Alexandre, « Tromperie sur les véhicules d'occasion », BID n° 2, 1996, n° 96-048, p. 9 et s.

CHRISTIANOS Vassili, « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », D. 1993, chr., p. 28.

CONSTANTIN Alexis, « Nullité d'un contrat de vente de meubles pour défaut d'étiquetage », SJEA n° 30, 28 juill. 2005, 1145.

CONTE Philippe, « 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », Dr. pén. n° 3, mars 2006, étude 4.

COTTEREAU Vincent, « La clause réputée non écrite », JCP G 1993, vol. I, p. 3691.

COUTURIER Gérard, « Les finalités et les sanctions du formalisme », Defrénois, 15 août 2000, n° 15-16, p. 880 et s.

DE LAMBERTERIE Isabelle et WALLAERT Catherine, « France », RIDC, Vol. 34 n° 3, juill. – sept. 1982, pp. 673-755.

DELMAS-MARTY Mireille, « Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », D. 1986, chron., pp. 27-28.

DELMAS-SAINT HILAIRE Philippe, RSC 1989, p. 500.

DELPECH Xavier, « Clause abusive : le contrat ne peut être annulé en son entier », Dalloz actualité, 26 mars 2012.

DETRAZ Stéphane, « Les pouvoirs de l'Administration chargée de la consommation et de la concurrence et les sanctions », LPA 2014, n° 128, p. 22.

DOBKINE Michel, « L'ordre répressif administratif », D. 1993, chron., p. 157.

FENOUILLET Dominique, « Formalisme informatif », Revue des contrats n° 2, 2005, p. 323, spéc. p. 327.

FERRIER Didier, « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », D. 1980, chr., p. 177 .

GHESTIN Jacques (dir.), **GROSSER Paul**, **LOISEAU Grégoire**, **SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha**, **SERINET Yves-Marie** et **VIRASSAMY Georges**, « Droit des contrats », SJEG n° 46-47, 10 nov. 2014, doct. 1195.

GOUT Olivier, « L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt particulier », D. 2003, p. 589, n° 14.

GRYNBAUM Luc, « La fusion de la garantie des vices cachés et de l'obligation de délivrance opérée par la directive du 25 mai 1999 », Contr.-conc.-consom. n° 5, mai 2000, chron. 7.

HENRY Xavier, « Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité », D. 2003, p. 2557.

HOUTCIEFF Dimitri, « Propos sur un formalisme moderne : les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation », RDC 2004, p. 408.

JAMIN Christophe, « La réticence dolosive : délit civil ou manquement à l'obligation pré-contractuelle d'information ? », SJEG n° 7, 13 févr. 2002, II 10027.

JESTAZ Philippe, « La sanction ou l'inconnue du droit », D. 1986, chron. 32, p. 197.

JULIEN Jérôme, « Les contrats du droit de la consommation », LPA, 28 nov. 2012, n° 238, p. 27.

KESSOUS Emmanuel, « Qualités des produits consommés et genèse d'une police du commerce : Retour sur les débats de la loi de 1905 sur la répression des fraudes », Actes des 3^{èmes} Journées Normandes de Recherche sur la Consommation, Société et Consommation, 11 – 12 mars 2004, Rouen, France.

KULLMANN Jérôme, « Remarques sur les clauses réputées abusives », D. 1993, p. 59.

LAMOUREUX Marie, « L'interprétation des contrats de consommation », D. aff. 2006, chron. 2848.

LASSERRE-CAPDEVILLE Jérôme, MASCALA Corinne et NEUVILLE Sébastien, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe *non bis in idem* en matière financière », D. 2012, p. 693.

LEROY Yann, « La notion d'effectivité du droit », Droit et société 2011/3 (n° 79), 2011, p. 715 et s.

MAGNIER Véronique, « Les sanctions du formalisme informatif », SJEG n° 5, janv. 2004, I 106.

MALINVAUD Philippe, « Responsabilité civile. Action directe contractuelle, Vice ou non conformité », RDI, 1992, p. 221.

MARCHAND A., « L'article 6 du Code civil au secours du consommateur », Lamy Droit économique, Bull. d'actualité, n° 180, janv. 2005.

MESTRE Jacques, « De quelques nouvelles avancées de l'obligation de renseignement », RTD civ. 1990, p. 465.

MESTRE Jacques, « D'importantes précisions sur les cas de nullité du contrat », RTD Civ. 1999, p. 383.

MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « Et le poids maintenu de certaines prescriptions réglementaires », RTD Civ. 2005, p. 389.

MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « Mais une nouvelle avancée probatoire pour l'acheteur déçu, à mi-chemin entre l'obligation de renseignement et la réticence dolosive », RTD Civ. 2003, p. 84.

MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, « Où, à l'inverse, réticence dolosive et obligation d'information sont nettement distinguées », RTD Civ. 2005, p. 591.

PIÉDELIÈVRE Stéphane, « Remarques sur les sanctions civiles dans les dispositions relatives à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier », JCP N, 1995, doct. 889.

PIZZIO Jean-Pierre, « Domaine d'application du droit de la consommation », D. 2000, p. 40.

POISSONNIER Ghislain, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », D. 2008, p. 1285.

POISSONNIER Ghislain, « Pour une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation », Contrats-conc.-consom. n° 7, juill. 2013, étude 10, n° 9.

POISSONNIER Ghislain, « Sanction du défaut de bordereau de rétractation », Gaz. Pal. n° 98, 8 avr. 2010, p. 12.

POISSONNIER Ghislain, « Un contrat de crédit à la consommation non daté est irrégulier », Gaz. Pal. 27 mars 2014, n° 86.

RAYMOND Guy, « Caractéristiques principales... toujours les ordinateurs... », Contrats-conc.-consom. n°1, janv. 2012, comm. 31.

RAYMOND Guy, « Clauses abusives », Contrats-conc.-consom. n° 7, juill. 2003, comm. 118.

RAYMOND Guy, « Des conditions de la pratique commerciale déloyale selon la directive n° 2005/29/CE », CCC n° 12, déc. 2013, comm. 281.

RAYMOND Guy, « Indemnisation du préjudice subi par une personne ayant souhaité participer à des séances de castings », Contrats-conc.-consom. n° 5, mai 2002, comm. 84.

RAYMOND Guy, « Notion de pratique commerciale », Contrats-conc.-consom. n° 7, juill. 2015, comm. 189.

RAYMOND Guy, « Les aspirateurs à sac contre les aspirateurs sans sac ! », Contrats-conc.-consom. n° 10, oct. 2004, comm. 145.

RAYMOND Guy, « Sanction de l'offre irrégulière », Contrats-conc.-consom. n° 2, févr. 2009, comm. 63.

RIEFA Christine, « Publicité « forfait illimité » AOL : un nouvel élan vers la transparence des offres d'accès à l'internet », D. 2004, p. 1727.

ROBERT Jacques-Henri, « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de celles du droit administratif », AJDA 1995, n° spécial, p. 76 et s.

ROSENFELD Emmanuel et VEIL Jean, « Sanctions administratives, sanctions pénales », CAIRN, pp. 61-73.

SALVAT Odile, « La garantie spéciale de conformité et l'obligation générale de délivrance conforme : quel choix d'action pour l'acheteur ? », Contr.-conc.-consom. n° 8, août 2006, étude 18.

STOFFEL-MUNCK Philippe, « Bouquet de clauses abusives chez Wanadoo », CCE n° 9, sept. 2006, comm. 126.

TORCK Stéphane, « Chronique d'une mort annoncée ou la vaine résistance de la Chambre criminelle de la Cour de cassation », Dr. sociétés n° 5, mai 2014, comm. 87.

TOURNAFOND Olivier, « L'action en garantie des vices cachés ne donne pas ouverture à une action en responsabilité contractuelle », D. 1993, p. 242.

2. Sources de droit luxembourgeois

« Culture et droit civil. Rapport national luxembourgeois », par un Collectif d'auteurs du groupe luxembourgeois de l'Association Henri Capitant, Pasicrisie luxembourgeoise, Tome 34 4/2009, 2009, n° 11 à 15, pp. 357 à 359.

BRUCHER Jean, « La protection juridique du consommateur dans le domaine bancaire et financier : morceaux choisis quant à son évolution récente au Luxembourg », Bull. Dr. et Banque, 2012, n° 49, p. 22-30.

COUSTANCE Frédérique, « Les clauses abusives en droit luxembourgeois : état des lieux de la législation et son application », ACE – le magazine des professionnels Vol. 7 (2012), N° 5, pp. 3-11.

ELVINGER Marc, « La directive 99/44 du 25 mai 1999 et le droit luxembourgeois », Revue européenne de droit privé, éd. Kluwer Law International.

HOFFMANN Camille, « Les clauses abusives en droit luxembourgeois », Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves, Luxembourg N° 58, mars 1954, pp. 17-32 et N° 59, juill. 1984, pp. 4-24.

3. Sources d'autres droits nationaux

Sources de droit espagnol

PAZOS CASTRO Ricardo, « El problema de la sobrecarga informativa y la imposición de obligaciones legales de información », Revista CESCO de Derecho de Consumo, n° 15/2015, pp. 107-124

Source de droit des États-Unis

BEN-SHAHAR Omri, « The Myth of the 'Opportunity to Read' in Contract Law », 7-18-2008, University of Chicago Law and Economics, Olin Working Paper n° 415 (available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1162922>).

BEN-SHAHAR Omri and SCHNEIDER Carl E., « The failure of mandated disclosure », University of Pennsylvania Law Review, Vol. 159, 2011, p. 647 et s.

MORAND Charles-Albert, « La sanction », Travaux CETEL, n° 36, mars 1990.

4. Sources de droit de l'Union-européenne

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Chronique de droit européen des contrats », Contrats-conc.-consom. n° 4, avr. 2015, chron. 2.

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Naissance d'un droit commun européen des contrats », RTD Eur. 2012, p. 661.

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », SJEA n° 51-52, 22 déc. 2011, act. 683.

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Régime européen des sanctions », RTD eur. 2014, p. 724.

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle », RTD Eur. 2013, p. 559.

AUBRY Hélène, POILLOT Élise et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Droit de la consommation février 2015 – décembre 2015 », D. 2016, p. 617.

AUBRY Hélène, POILLOT Élise et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Droit de la consommation mars 2013 – mars 2014 », D. 2014, p. 1297.

AUBRY Hélène, POILLOT Élise et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Droit de la consommation février 2011 – février 2012 », D. 2012, p. 840.

AVENA-ROBARDET Valérie, « Crédit à la consommation : l'office du juge retrouvé », D. 2009, p. 365.

AVENA-ROBARDET Valérie, « Les clauses abusives dans les contrats de téléphonie mobile : une espèce en voie de disparition », D. 2000, p. 395.

BERLIN Dominique, « Une association de défense des consommateurs n'est pas un consommateur », SJEG n° 51, 16 déc. 2013, p. 1353.

BERNHEIM-DESVAUX Sabine, « Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché », RLDA n° 69, mars 2012, n° 3945.

BLANC Dominique et DEROULEZ Jérôme, « La longue marche vers un droit européen des contrats », D. 2007, p. 1615.

BENOIR-ROHMER Florence, « Protection des consommateurs (art. 38 de la Charte) », RTD eur. 2015, p. 181.

CASTILLO DE LA TORRE Fernando, « Le relevé d'office par la juridiction communautaire », Cah. dr. eur., vol. 41, n° 3-4, 2005, pp. 395-463.

CATALANO Nicola, « La Communauté économique européenne et l'unification, le rapprochement et l'harmonisation du droit des États membres », Revue internationale de droit comparé, Vol. 13, N° 1, 1961.

COULON Cédric, « Responsabilité du vendeur et révélation du défaut de conformité : des précisions sur la garantie des biens de consommation », RCA n° 9, sept. 2015, alerte 26.

DANIEL Élise, « Clauses abusives », Europe n° 10, oct. 2015, comm. 391.

DANIEL Élise, « Clauses abusives », Europe n° 3, mars 2015, comm. 126.

DAVID Ronan, « La déchéance du droit aux intérêts », RLDA n° 57, févr. 2003, jurisprudence, n° 3590, p. 29.

DAVIS Alan, « La directive du Conseil des Communautés relative à la sécurité générale des produits », RED consom. 1992, p. 132.

DORALT Walter, « De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats », RDC 2011, p. 1313.

EIDENMÜLLER Horst, FAUST Florian, GRIGOLEIT Hans Christoph, JANSEN Nils, WAGNER Gerhard et ZIMMERMANN Reinhard, « Le cadre commun de référence pour le droit privé européen. Les questions de son évaluation et les problèmes de codification », RTD Eur. 2008, p. 761.

FAUVRARQUE-COSSON Bénédicte, « Vers un droit commun européen de la vente », D. 2012, p. 34.

HUET Jérôme, « Le scandale de l'harmonisation totale », RDC n° 3, 1^{er} juill. 2011, p. 1070 et s.

IDOT Laurence, « Clauses abusives et recours à l'arbitrage », Europe n° 12, déc. 2006, comm. 378.

KAMDEM Innocent Fetze, « Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », R.J.T., n° 43, 2009, p. 616 et s.

LANDO Ole, « Have the PECL Been a Success or a Failure ? », European Review of Private Law, vol. 17, 2009, p. 367-375.

LE GAC-PECH Sophie, « Coup de projecteur sur le contrôle des clauses abusives », SJEA n° 30, 23 juill. 2015, 1375.

LETE Javier, « La publicité trompeuse à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », Rev. UE 2015, p. 468.

LIMPENS Anne, « Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun », RIDC, vol. 19, n° 3, 1967, p. 646.

MORACCHINI-ZEIDENBERG Stéphanie, « La pratique commerciale trompeuse peut être loyale », SJEA n° 49, 5 déc. 2013, comm. 1675.

MOSBRUCKER Anne-Laure, « Clauses abusives », Europe n° 8-9, août 2015, comm. 349.

PAISANT Gilles, « La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », SJEG n° 3, 16 janv. 2012, doct. 62.

POILLOT Élise, « Le droit européen de la consommation », RLDA n° 105, juin 2015, p. 80.

POISSONNIER Ghislain, « Une première étape vers une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation », D. 2014, p. 1307.

REMY-CORLAY Pauline, « Observations sur la version française des Principes du droit européen des contrats », RIDC n° 1, vol. 56, 2004, pp. 205-212.

RAYMOND Guy, « Emballage des produits », Contrats- conc.-consom. n° 12, déc. 2015, comm. 294.

RAYMOND Guy, « Notion de pratique commerciale », Contrats-conc.-consom. n° 7, juill. 2015, comm. 189.

RAYMOND Guy, « Une nouvelle directive européenne modifie celle de 1992 », Contrats-conc.-consom. n° 3, mars 2002, comm. 54.

RAYMOND Guy, « Sécurité des produits », Contrats-conc.-consom. n° 2, févr. 2005, étude 2.

RIGAUX Anne, « Clauses abusives », Europe n° 6, juin 2015, comm. 244.

ROCHFELD Judith, « Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale. La nouvelle répartition des compétences communautaire et interne », D. 2009, p. 2047.

SIMON Denys, « Compétence en matière pénale », Revue Europe n° 11, nov. 2005, comm. 369.

SIMON Denys, « Constitution, souveraineté pénale et droit communautaire », Cahier du Conseil constitutionnel n° 26, août 2009, p. 2.

SIMON Denys, « Droit au recours juridictionnel effectif », Europe n° 10, oct. 2014, comm. 369.

SMITS Jan M., « Full Harmonisation of Consumer Law ? A critique of the Draft Directive on Consumer Rights », TICOM Working Paper on Comparative and Transnational Law, Tillburg, 2009/2, European Review of Private Law 1-2010, vol. 18, pp. 5-14.

STRICKLER Yves, « L'office du juge et les principes », HAL, 2012 (article tiré d'une session de formation continue ENM, Paris, 29 mars 2012 : « L'office du juge : quels pouvoirs ? Quelles décisions ? »).

WITZ Clause, « Commission pour le Droit Européen Du Contrat, Les principes du droit européen du contrat. L'exécution, l'inexécution et ses suites », RIDC n° 1, vol. 50, 1998, pp. 257-258.

5. Sources de droit européen

ROETS Damien, « L'article 4 du Protocole n° 7 (non bis in idem) dopé par la Grande Chambre », RSC 2009, p. 675.

SUDRE Frédéric, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », JCP G n° 29, 13 juill. 2009, chron. 143.

V. RAPPORTS, COMMUNICATIONS ET AVIS

A. Sources nationales

1. France

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, JOFR n° 64 du 16 mars 2016, texte n° 28.

Rapport n° 908 fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi de modernisation de l'économie (n° 842) par M. Jean-Paul CHARIE (député), 22 mai 2008.

Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, « La dépenalisation de la vie des affaires », groupe de travail présidé par Jean-Marie COULON, La documentation française, janv. 2008.

Rapport n° 111 de M. Gérard CORNU, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 5 déc. 2007, relatif au Projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, « Examen des articles », Titre II, Chapitre III

« Dispositions diverses », art. L. 141-4 [nouveau] du code de la consommation (<http://www.senat.fr/rap/107-111/107-111.html>, dernière consultation le 29 avr. 2016).

RICHARD Marie-Sophie (conseiller référendaire à la Cour de cassation), « Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit », *in* rapport annuel de la Cour de cassation, 2004, p. 181.

Conseil d'État (Section du rapport et des études), *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 8 déc. 1994, La Documentation française – Paris, 1995.

Projet de loi de modernisation de l'économie, n° 842.

Projet de loi relatif à la consommation, NOR : EFIX1307316L.

Ministère de la Justice, *Annuaire statistique de la Justice*, tableau actualisé intitulé « Condamnations selon le type d'infraction 2008-2013 », 2015, p. 4.

Ministère de la Justice, *Annuaire statistique de la Justice*, éd. 2009-2010, La Documentation française, 2010, p. 191.

Ministère de la Justice, *Annuaire statistique de la Justice*, éd. 2006, La Documentation française, 2006, p. 189.

Avis n° 792 du 23 juillet 2013 présenté par Mme Nicole BONNEFOY au nom de la commission des lois sur le Projet de loi portant modification du code de la consommation.

DGCCRF, « 2015 Résultats de la DGCCRF » (accessible sur : <http://www.economie.gouv.fr/presentation-des-resultats-2015-dgccrf>).

CCA, Recommandation n° 03-01 relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet, BOCCRF du 31 janv. 2003.

CCA, recommandation n° 96-02 relative à la location de véhicules automobiles, BOCCRF du 3 sept. 1993.

2. Luxembourg

Rapport annuel de l'ILR, pour 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2007, 2012.

Rapport de la Commission des Affaires étrangères (Doc. parl., sess. 1988-1989, n° 3290, p. 15 et s. (rapporteur : M. Georges Margue)) du 9 janvier 1989 (CEDH Protocole n° 7, art. 4, réserve non nécessaire).

Avis du Conseil d'État du 29 janv. 2002, doc. parl. n° 4694/07 et n° 4735/06.

Document parlementaire n° 6478, Projet de loi portant modification du Code de la consommation, déposé le 17 septembre 2012.

Document parlementaire 5881/00, Projet de loi portant introduction d'un code de la consommation, déposé le 20 mai 2008.

Document parlementaire, sess. 1988-1989, n° 3290 (dépôt du projet le 15 nov. 1988 (CEDH Protocole n° 7, art. 4, proposition réserve).

B. Sources supranationales

1. Communications et communiqués de presse

Communication de la Commission, « Programme de travail de la Commission pour l'année 2015. Un nouvel élan », 16 déc. 2014, COM(2014) 910 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, « Une vision pour le marché intérieur des produits industriels », 22 janv. 2014, COM(2014) 25 final.

Communication de la Commission européenne au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, « Un droit commun européen de la vente pour faciliter les transactions transfrontières sur le marché unique », 11 oct. 2011, COM(2011) 636 final.

Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, « Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal », COM(2011) 573 final, 20 sept. 2011.

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Droit européen des contrats et révision de l'*acquis* : la voie à suivre », 11 oct. 2004, COM(2004) 651 final.

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Un droit des contrats plus cohérent. Un plan d'action », 12 févr. 2003, COM(2003) 68 final.

Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, 11 juill. 2001, COM(2001) 398 final.

Communication de la Commission sur la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation, 30 mars 1998, COM(1998) 198 final.

Communiqué de presse de la Commission européenne, « Un nouvel élan : la Commission européenne dévoile son programme de travail en faveur de la croissance, de l'emploi et de l'investissement », 16 déc. 2014, IP/14/2703.

Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission européenne convoque un groupe de juristes experts pour trouver des solutions dans le domaine du droit des contrats », 21 mai 2010, IP/10/595.

Communiqué de presse de la CJUE n° 63/15 du 4 juin 2015, « La Cour clarifie les règles concernant la protection des consommateurs en matière de vente et de garantie des biens de consommation ».

2. *Rapports*

Rapport du groupe d'experts, « A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback », 3 mai 2011 (http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf).

Rapport de la Commission des affaires européennes (Assemblée nationale), 25 nov. 2009, compte rendu n° 127 (<http://www.assemblee-nationale.fr/13/europe/c-rendus/c0127.asp> - dernière consultation le 07/03/2016).

Conseil de l'Europe, « Rapport explicatif du Protocole No 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales », STE n° 117, Strasbourg, 22 nov. 1984.

3. Programmes, plan d'action, résolutions et recommandations

Recommandation n° 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, JOCE L 115/31.

Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation non couverts par la recommandation 98/257/CE, JOCE L 109/56.

Recommandation de la Commission du 7 déc. 2001 établissant les principes pour l'utilisation de « SOLVIT » - le réseau de résolution des problèmes dans le marché intérieur, JOCE L 331/79.

4. Livres verts

Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1er juill. 2010, COM(2010) 348 final.

5. Décisions

Décision de la Commission du 26 avril 2010 portant création du groupe d'experts pour un cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats (JO L 105 du 27.4.2010, p 109).

6. Propositions législatives et travaux préparatoires

Commission européenne, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, 11 oct. 2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD).

Commission des Communautés européennes, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des consommateurs, 8 oct. 2008, COM(2008) 614 final, 2008/0196 (COD).

Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, edited by VON BAR Christian, CLIVE Eric and SCHULTE-Nölke Hans, and BEALE Hugh, HERRE Johnny, HUET Jérôme, STORME Matthias, SWANN Stephen, VARUL Paul, VENEZIANO Anna and ZOLL Fryderyk, Sellier. European Law publishers, 2009.

7. *Autres*

Documents de travail :

Commission européenne, Document de travail des services de la Commission, « Orientations pour la mise en œuvre et l'application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales », 3 déc. 2009, SEC(2009) 1666.

Publications :

Commission européenne, « Comprendre les politiques de l'Union européenne – Consommateurs », 2016.

Commission européenne, « Comprendre les politiques de l'Union européenne – Consommateurs », 2014.

VI. LEGISLATIONS ET CONVENTIONS

A. Législation nationale

1. Législation française

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 1789

Code civil

Code de la consommation

Code de l'aviation civile

Code de procédure pénale

Code de la santé publique

Code des assurances

Code du tourisme

Code monétaire et financier

Code pénal

Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400, texte n° 1.

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF n° 0181 du 5 août 2008, p. 12471, texte n° 1.

Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n° 0003 du 4 janvier 2008, p. 258, texte n° 1.

Loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales, JORF du 29 juin 1989, p. 8047 (abrogée par ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, art. 34).

Loi du 10 janvier 1978 n° 78-23 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, JORF du 11 janvier 1978, p. 301.

Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, JORF du 30 décembre 1973, p. 14139.

Loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, JORF du 3 juillet 1963, p. 5915.

Ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation, JORF n° 0073 du 26 mars 2016, texte n° 27.

Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, JOFR n° 0064 du 16 mars 2016, texte n° 29.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JOFR n° 0035 du 11 févr. 2016, texte n° 26.

Décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, JORF n° 0151 du 30 juin 2016, texte n° 62.

Décret n° 2014-1061 du 17 septembre 2014 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation, JORF n° 0217 du 19 septembre 2014, p. 15331, texte n° 49.

Ordonnance n° 2005-1086 du 1^{er} septembre 2005 instaurant un règlement transactionnel pour les contraventions au code de commerce et au code de la consommation et portant adaptation des pouvoirs d'enquête et renforcement de la coopération administrative en matière de protection des consommateurs, JORF n° 204 du 2 septembre 2005, p. 14255, texte n° 11.

Décret n° 2001-1178 du 12 décembre 2001 relatif à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, JORF n°289 du 13 décembre 2001, p. 19783, texte n° 2.

Décret n° 86-583 du 14 mars 1986 portant application au commerce de l'ameublement de la loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services, JORF du 19 mars 1986, p. 4574 (titre depuis le 29 juill. 2016 : portant application de l'article L. 214-1 du code de la consommation en ce qui concerne les produits d'ameublement).

Décret n° 50-813 du 29 juin 1950 pris pour application au commerce du meuble de la loi du 1^{er} août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles, JOFR du 5 juillet 1950, p. 7289.

Arrêté du 18 décembre 2015 relatif à la publicité des prix des hébergements touristiques marchands autres que les meublés de tourisme et les établissements hôteliers de plein air, JORF n° 0299 du 26 décembre 2015, p. 24056, texte n° 139.

Arrêté du 18 avril 2012 relatif aux factures de fourniture d'électricité ou de gaz naturel, à leurs modalités de paiement et aux conditions de report ou de remboursement des trop-perçus, JORF n° 0099 du 26 avril 2012, p. 7448, texte n° 31.

Arrêté du 21 juin 2011 portant organisation de l'administration centrale de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, JORF n° 0148 du 28 juin 2011, texte n° 19.

Arrêté du 28 octobre 1996 relatif à l'information des consommateurs sur les prix et services offerts par les mandataires automobiles, JORF n° 277 du 28 novembre 1996, p. 17291.

Arrêté du 3 août 1994 relatif à l'information du consommateur sur les prix des fruits et légumes (JORF n° 180 du 5 août 1994, p. 11408).

Arrêté du 18 octobre 1988 relatif à l'affichage des prix dans les hôtels et les autres établissements similaires d'hébergement, JORF du 26 octobre 1988, p. 13504 (abrogé le 1^{er}

janvier 2016).

2. *Législation luxembourgeoise*

Code civil

Code de la consommation

Code d'instruction criminelle

Code pénal

Loi du 17 février 2016 portant introduction du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation dans le Code de la consommation et modifiant certaines autres dispositions du Code de la consommation, Mém. A – N° 60 du 14 avril 2016, p. 1032.

Loi modifiée du 4 juillet 2014 portant réorganisation de l'Institut luxembourgeois de la normalisation, de l'accréditation, de la sécurité (ILNAS) et qualité des produits et services et portant organisation du cadre général pour la surveillance du marché dans le contexte de la commercialisation des produits, Mém. A – N° 135 du 28 juill. 2014, p. 2144.

Loi du 2 avril 2014 portant modification du Code de la consommation, Mém. A – N° 64 du 22 avril 2014, p. 660.

Loi du 8 avril 2011 portant introduction d'un Code de la consommation, Mém. A – N° 69 du 12 avril 2011, p. 1120.

Loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques, Mém. A – N° 43 du 8 mars 2011, p. 610.

Loi du 3 mars 2010 introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et le Code d'instruction criminelle, Mém. A – N° 36 du 11 mars 2010, p. 614.

Loi du 3 mars 2010 introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et le Code d'instruction criminelle, Mém. A – N° 36 du 11 mars 2010, p. 614.

Loi du 29 avril 2009 relative aux pratiques commerciales déloyales, Mém. A – N° 88 du 30 avril 2009, p. 1028.

Loi modifiée du 31 juillet 2006 relative à la sécurité générale des produits, Mém. A – N° 162 du 8 sept. 2006, p. 2978.

Loi modifiée du 1^{er} août 2007 portant organisation du marché du gaz naturel, Mém. A – N° 153 du 21 août 2007, p. 2798.

Loi modifiée du 1^{er} août 2007 portant organisation du marché de l'électricité, Mém. A – N° 152 du 21 août 2007, p. 2764.

Loi modifiée du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyales et transposant la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, Mém. A – N° 90 du 12 août 2002, p. 1830 (version mise à jour : Recueil lois spéciales, vol. 2, v. « Concurrence et Prix », p. 330).

Loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique, Mém. A – N° 96 du 8 sept. 2000, p. 2176.

Loi modifiée du 21 mars 1997 sur les télécommunications, Mém. A – N° 18 du 27 mars 1997, p. 761.

Loi du 27 févr. 1989 portant approbation du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg, le 22 novembre 1984, Mém. A – N° 12 du 7 mars 1989, p. 146.

Loi modifiée du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandise et la sollicitation de commandes, Mém. A – N° 61 du 31 juill. 1987, p. 1175.

La loi modifiée du 26 février 1973 portant extension de la compétence des tribunaux de police en matière répressive, Mém. A – N° 14 du 12 mars 1973, p. 353.

Loi modifiée du 25 septembre 1953 ayant pour objet la réorganisation du contrôle des denrées alimentaires, boissons et produits usuels, Mém. A – N° 62 du 10 oct. 1953, p. 1259 (version mise à jour : Recueil lois spéciales, vol. 2, v. « Denrées alimentaires », p. 3 et s.).

Règlement grand-ducal du 25 août 2015 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires, les allégations nutritionnelles et de santé ainsi que le marquage du numéro de lot, Mém. A – N° 176 du 10 sept. 2015, p. 4302.

Règlement grand-ducal du 2 avril 2014 portant modification de la partie réglementaire du Code de la consommation, Mém. A – N° 64 du 22 avril 2014, p. 674.

Règlement grand-ducal du 21 juin 2010 relatif au système d'étiquetage de l'électricité, Mém. A – N° 98 du 30 juin 2010, p. 1802.

Règlement grand-ducal du 19 mai 2003 relatif aux autorisations pour la fourniture de gaz naturel, Mém. A – N° 94 du 11 juillet 2003, p. 1734.

Arrêté grand-ducal du 28 janvier 2015 portant constitution des ministères, Mém. A – N° 15 du 20 janv. 2015, p.182.

B. Législation de l'Union européenne

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, JOUE n° C 306 du 17 décembre 2007, p. 1 et s.

Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, JOCE n° C 191 du 29 juillet 1992, p. 1 et s., (version consolidée : JOUE n° C 202 du 7 juin 2016, p. 13 et s.).

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 du Traité de Lisbonne, anc. Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957 (EUR-Lex n° CELEX 11957E/TXT) et anc. Traité instituant la Communauté européenne depuis le Traité de Maastricht de 1992 (version consolidée : JOUE n° C 202 du 7 juin 2016, p. 47 et s.).

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOCE n° C 364 du 18 décembre 2000, p. 1 et s. ; JOUE n° C 303 du 14 déc. 2007, p. 1 et s. (version consolidée : JOUE n° C202 du 7 juin 2016, p. 389 et s.).

Directive (UE) 2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 90/314/CEE du Conseil, JOUE n° L 326 du 11 décembre 2015, p. 1 et s.

Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, JOUE n° L 60 du 28 février 2014, p. 34 et s.

Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, JOUE n° L 165 du 18 juin 2013, p. 63.

Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, JOUE n° L 304 du 11 novembre 2011, p. 64 et s.

Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, JOUE n° L110 du 1er mai 2009, p. 30.

Directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange, JOUE n° L 33 du 3 février 2009, p. 10 et s.

Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JOUE n° L 136 du 24 mai 2008, p. 3 et s.

Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, JOUE n° L 133 du 22 mai 2008, p. 66 et s.

Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JOUE n° 149 du 11 juin 2005, p. 22 et s.

Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 sept. 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, JOCE n° L 271 du 9 octobre 2002, p. 16 et s.

Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 déc. 2001 relative à la sécurité générale des produits, JOCE n° L 11 du 15 janv. 2002, p. 4 et s.

Directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard, JOCE n° L 109 du 6 mai 2000, p. 29 et s.

Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JOCE n° L 171 du 7 juill. 1999, p. 12 et s.

Directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, JO L 80 du 18 mars 1998, pp. 27–31.

Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance - Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'article 6 paragraphe 1 - Déclaration de la Commission sur l'article 3 paragraphe 1 premier tiret, JOCE n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19 et s.

Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, propos introductifs, JOCE n° L 95 du 21 avril 1993, p. 29 et s.

Directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, JOCE n° L 158 du 23 juin 1990, p. 59 et s.

Directive 89/108/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative au rapprochement des législations des États membres concernant les aliments surgelés destinés à l'alimentation humaine, JOCE L 40 du 11 févr. 1989, pp. 34-37.

Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, JOCE n° L 372 du 31 décembre 1985, p. 31 et s.

Directive n° 79/112/CEE du 18 décembre 1978 relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que la publicité faite à leur égard, art. 1^{er}, paragr. 3, point a), JO n° L 033 du 8 févr. 1979, pp. 0001-0014.

Règlement (UE) n° 524/2013 du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation, JOUE n° L 165 du 18 juin 2013, p. 1 et s.

Règlement (UE) n° 1169/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires, modifiant les règlements (CE) n° 1924/2006 et (CE) n° 1925/2006 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 87/250/CEE de la Commission, la directive 90/496/CEE du Conseil, la directive 1999/10/CE de la Commission, la directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil, les directives 2002/67/CE et 2008/5/CE de la Commission et le règlement (CE) n° 608/2004 de la Commission, dit règlement « INCO » (JOUE L 304 du 22 nov. 2011, pp. 18–63.

Règlement (CE) n° 110/2008 du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2008 concernant la définition, la désignation, la présentation, l'étiquetage et la protection des indications géographique des boissons spiritueuses et abrogeant le règlement (CEE) n° 1576/89 du Conseil, JOUE n° L 39 du 13 févr. 2008, pp. 16-58.

Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, JOUE n° L 199 du 31 juillet 2007, p. 1 et s.

Règlement (CEE) n° 1576/89 du Conseil du 29 mai 1989 établissant les règles générales relatives à la définition, à la désignation et à la présentation des boissons spiritueuses, JOCE n° L 160 du 12 juin 1989, pp. 1-17 (abrogé par règlement (CE) n° 110/2008 du 15 janvier 2008).

VII. JURISPRUDENCE

A. Cour européenne des Droits de l'Homme

Cour EDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, aff. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10 (Non bis in idem, sanctions pénale et administrative).

Cour EDH (gr. ch.), 10 févr. 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, n° 14939/03 (matière pénale, critère de la même infraction, faits identiques ou en substance les mêmes faits).

Cour EDH, 31 mai 2001, *Franz Fischer c. Autriche*, n° 37950/97 (matière pénale, critère de la même infraction, le même comportement, éléments essentiels des deux infractions).

Cour EDH, 14 sept. 1999, *Ponsetti c. France et Chesnel c. France*, n° 36855/97 et n° 41731/98 (matière pénale, éléments constitutifs du manquement sont les mêmes).

Cour EDH, 23 sept. 1998, *Malige c/ France*, aff. 27812/95 (matière pénale).

Cour EDH, 30 juill. 1998, *Oliveira c. Suisse*, Recueil des arrêts et décisions 1998-V (matière pénale, critère de la même infraction, le même comportement, un fait constitue plusieurs infractions).

Cour EDH, 23 oct. 1995, *Gradinger c. Autriche*, série A n° 328-C (matière pénale, critère de la même infraction, le même comportement indépendamment de la qualification juridique).

Cour EDH, 24 févr. 1994, *Bedenoun c/ France*, aff. 12547/86 (matière pénale).

Cour EDH, 21 févr. 1984, *Ôzturk c/ RFA*, aff. 8544/79 (matière pénale).

Cour EDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, série A n° 22 (matière pénale, trois critères).

B. Cour de justice de l'Union européenne (ordre alphabétique)

CJUE, 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, aff. C-488/11.

CJUE, 5 déc. 2013, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, aff. C-413/12.

CJCE, 6 oct. 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08.
CJUE, 14 mars 2013, *Aziz*, aff. C-415/11.
CJUE, 11 juin 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, aff. C-602/13.
CJUE, 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, aff. C-618/10.
CJUE, 21 févr. 2013, *Banif Plus Bank*, aff. C-472/11.
CJCE, 3 mai 2005, *Berlusconi e.a.*, aff. C-387/02, C-391/02 et C-403/02.
CJUE, 9 juill. 2015, *Bucura*, aff. C-348/14.
CJUE, 19 sept. 2013, *CHS Tour Services*, aff. C-435/11.
CJCE, 21 nov. 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00.
CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C-176/03.
CJCE, 21 sept. 1989, *Commission c/ Grèce*, aff. 68/88.
CJCE, 8 juin 1994, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-382/92.
CJUE, 7 sept. 2016, *Deroo-Blanquart*, aff. C-310/15.
CJUE, 16 oct. 2008, *deutsche internet versicherung*, aff. C-298/07.
CJUE, 3 oct. 2013, *Duarte Hueros*, aff. C-32/12.
CJUE, 4 juin 2015, *Faber*, aff. C-497/13.
CJUE, 2 févr. 2015, *Home Credit Slovakia*, aff. C-42/15.
CJUE, 26 avril 2012, *Invitel*, aff. C-472/10.
CJCE, 8 avr. 1976, *Jean-Noël Royer*, aff. 48/75.
CJUE, 30 mai 2013, *Jorös*, aff. C-397/11.
CJUE, 30 avr. 2014, *Kásler et Káslerné Rábai*, aff. C-26/13.
CJUE, 10 sept. 2014, *Kušinová*, aff. C-34/13.
CJUE, 27 mars 2014, *LCL Le Crédit Lyonnais*, aff. C-565/12.
CJUE, 17 déc. 2009, *Martín Martín*, aff. C-227/08.
CJUE, 26 févr. 2015, *Matei*, aff. C-143/13.
CJUE, 9 nov. 2010, *Mediaprint Zeitungs*, aff. C-540/08.
CJCE, 26 oct. 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05.
CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo*, aff. C-240/98 à C-244-98.
CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, aff. C-243/08.
CJUE, 15 mars 2012, *Pereničová et Perenič*, aff. C-453/10.
CJUE, 27 févr. 2014, *Pohotovost'*, aff. C-470/12.
CJCE, 4 oct. 2007, *Rampion*, aff. C-429/05.
CJUE, 23 janv. 2015, *Robirosa Carrera et Romera Navales*, aff. C-570/14.

CJUE, 17 juill. 2014, *Sánchez Morcillo*, aff. C-169/14.

CJUE, 4 juin 2015, *Teekanne*, aff. C-195/14.

CJUE, 26 sept. 2013, *Texdata Software*, aff. C-418/11.

CJUE, 21 janv. 2015, *Unicaja Banco et Caixabank*, aff. C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13.

CJUE, 16 avr. 2015, *UPC Magyarország*, aff. C-388/13.

CJUE, 23 avril 2015, *Van Hove*, aff. C-96/14.

CJUE, 9 nov. 2010, *VB Pénzügyi Lizing Zrt*, aff. C-137/08.

CJUE, *Verein für Konsumenteninformation*, aff. C-127/15 (Demande de décision préjudicielle présentée le 12 mars 2015).

CJUE, 12 mai 2011, *Ving Sverige*, aff. C-122/10.

C. Juridictions nationales

1. Juridictions françaises

a. Juridictions judiciaires

Cass. ass. plén., 8 juill. 2010, n° 09-71252, QPC, *Bonnemoy c/ Autorité des marchés financiers* (*non bis in idem*, conformité du pouvoir de sanction de l'AMF).

Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 2015, n° 14-11437 (délict de pratique commerciale trompeuse, vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés, absence d'indication du prix de chaque élément).

Civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 2014, n° 13-23607 (C. consom. art. L. 111-1, résolution du contrat de voyage, inexécution).

Cass. 1^{ère} civ., 2 juill. 2014, n° 13-18062 (contrat de communications électroniques, modification des conditions contractuelles, inopposabilité de la clause).

Cass. 1^{ère} civ., 16 janv. 2013, n° 05-12.081 (contrat de prêt, manquement à l'obligation de mentionner dans le contrat le taux effectif global, substitution au taux contractuel initial du taux de l'intérêt légal).

Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 2011, n° 10-10800, *UFC Que Choisir c/ Sté DARTY et fils* (délict de pratique commerciale trompeuse, vente liée d'ordinateur et de logiciel, information substantielle).

Cass. 1^{ère} civ., 20 mai 2010, n° 09-10913 (contrat de service de communication électronique, modifications contractuelles, non-respect des délais d'information).

Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 2010, n° 08-20403 (crédit à la consommation, absence du formulaire détachable de rétractation, déchéance du droit aux intérêts).

Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 2009, n° 05-20176 (ordre public, revirement, relevé d'office par le juge).

Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2008, n° 04-19033 (C. consom., art. L. 111-1, nullité du contrat, nécessité preuve d'un dol).

Cass. 1^{ère} civ., 27 nov. 2008, n° 07-20309 (offre de crédit immobilier, manquement au formalisme, déchéance du droit aux intérêts doit être prononcée et non la nullité).

Civ. 1^{ère}, 15 mai 2007, n° 06-14781 (vente, moteur de voiture, fausse information sur le kilométrage, manquement à l'obligation de délivrance conforme).

Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 2005, n° 03-19603 (responsabilité civile, absence de preuve du lien de causalité entre le manquement à l'obligation d'information et le dommage).

Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2005, n° 01-16733 (contrat de crédit à la consommation, clause abusive, clause renverse la charge de la preuve).

Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 2004, n° 01-11823 (délict de tromperie, sanction pénale, dispositions d'ordre public, art. 6 du C. civ., nullité du contrat de vente).

Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 2004, n° 01-11296 (publication du jugement de condamnation pour publicité trompeuse sur le portail d'AOL et dans la presse écrite).

Cass. 1^{ère} civ., 18 déc. 2002, n° 99-21121 (ordre public, invoqué par la personne protégée, tempérament du principe).

Cass. 1^{ère} civ., 26 nov. 2002, n° 00-17119, *BNP-Parisbas c/ Mme Theret* (contrat de crédit à la consommation, absence d'offre préalable, déchéance du droit aux intérêts du prêteur ; déchéance des intérêts conventionnels, non des intérêts légaux).

Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 2002, n° 00-22199 (ordre public, invoqué par la personne protégée).

Cass. 1^{ère} civ., 15 févr. 2000, n° 98-12713 (ordre public, invoqué par la personne protégée).

Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1999, n° 96-18909 (offre de contrat de crédit immobilier, formalisme informatif, la déchéance est l'unique sanction civile).

Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 1998, n° 96-19898 (ordre public, nullité de la convention, nécessité de la preuve d'un dol).

Cass. 1^{ère} civ., 7 oct. 1998, n° 96-17829 (ordre public, sanction pénale, nullité du contrat, cumul possible).

Cass. 1^{ère} civ., 13 janv. 1998, n° 96-12047 (contrat de courtage matrimonial, nullité pour règle de forme, fausse date).

Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 1994, 91-21347 (ordre public, action du consommateur en nullité de la vente).

Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 1982, n° 81-16122 (responsabilité contractuelle, sécurité générale des produits, insuffisance d'information de l'utilisateur quant aux risques inhérents à l'utilisation du produit et aux précautions à prendre, produit antiparasitaire).

Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 1973, n° 71-13449 (responsabilité contractuelle, sécurité générale des produits, omission d'information sur les risques du produits, fabricant de la colle).

Cass. 2^{ème} civ., 20 nov. 2003, n° 01-17977 (sécurité générale des produits, producteur ne doit informer le consommateur que du risque qui n'est pas immédiatement perceptible, méfaits du tabac).

Cass. com., 12 janv. 2016, n° 14-15203 (contrat de prêt, manquement à l'obligation de mentionner dans le contrat le taux effectif global, substitution au taux contractuel initial du taux de l'intérêt légal).

Cass. crim., 10 nov. 2015, n° 14-86799 (pratique commerciale trompeuse, nécessité de déterminer l'organe ou le représentant de la personne morale pour le compte de qui elle a été commise).

Cass. crim., 18 nov. 2014, n° 13-86660 (délit de tromperie sur la nature, les qualités essentielles, l'origine ou la quantité d'une marchandise et délit de falsification de denrée alimentaire, boisson, substance médicamenteuse ou produit agricole).

Cass. crim., 9 sept. 2014, n° 13-85927 (question préjudicielle, délit de pratique commerciale déloyale ; cumul contravention, affichage des prix).

Cass. crim., 9 sept. 2014, n° 13-85079 (cumul idéal d'infractions, délit de pratique commerciale trompeuse et délit de tromperie).

Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83579 (*non bis in idem*, conformité du pouvoir de sanction de l'AMF).

Cass. crim., 21 janv. 2014, n° 13-81012 (délit de pratique commerciale trompeuse, emballage, fausse qualité du produit, compléments alimentaires).

Cass. crim., 15 déc. 2009, n° 09-83059 (publicité trompeuse, présomption d'intention coupable).

Cass. crim., 20 oct. 2009, n° 09-83678 (délit de tromperie par mensonge, vente de véhicule, fausse mention sur la facture).

Cass. crim., 16 mai 2006, n° 05-87086 (délit de tromperie par manœuvre, véhicule, manipulation du compteur électrique).

Cass. crim., 7 mars 2006, n° 05-81773 (étiquetage trompeur de bouteilles de vin, élément matériel des deux délits, publicité de nature à induire en erreur et délit de tromperie).

Cass. crim., 15 nov. 2005, n° 04-87604 (délit de tromperie par mensonge, produit périssable, fausse date de péremption).

Cass. crim., 6 sept. 2005, n° 04-86919 (délit de tromperie, boisson spiritueuse, violation de la réglementation relative à la mention de l'âge de vieillissement).

Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 2005, n° 04-10063 (C. consom., art. L. 111-1, omission d'information des caractéristiques essentielles du béton).

Cass. crim., 19 oct. 2004, n° 04-82218 (délit de tromperie, mentions relatives au mode d'élevage et à l'origine des œufs).

Cass. crim., 4 déc. 2001, n° 00-88077 (infraction à la législation sur démarchage et délit de publicité trompeuse).

Cass. crim., 6 févr. 2001, n° 00-83283 (publicité trompeuse et infraction à la réglementation sur la publicité des prix).

Cass. crim., 29 janv. 1997, Bull. crim. 1997, n° 42, p. 119 (délit de tromperie, résulte de la présentation, objectif diététique d'un produit, produit n'appartenant à aucune classe des produits diététiques réglementés).

Cass. crim., 30. oct. 1995, n° 95-80361 (cumul idéal d'infractions, délit de publicité de nature à induire en erreur et délit de tromperie).

Cass. crim., 5 avr. 1995, n° 94-81940 (publicité trompeuse, élément intentionnel, preuve de la mauvaise foi non exigée).

Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 1994, n° 92-12239 (affaire des tableaux d'amortissement, offre de contrat de crédit immobilier, échéancier des amortissements, inobservation des règles de forme, déchéance du droit aux intérêts et nullité du contrat).

Cass. crim., 28 nov. 1991, n° 90-86624 (cumul idéal d'infraction, qualification la plus haute, publicité fautive ou de nature à induire en erreur).

Cass. crim., 11 oct. 1989, n° 88-87168 (délit de tromperie, revente véhicule d'occasion, élément intentionnel).

Cass. crim. 20 déc. 1988, n° 86-96295 (délit de tromperie par réticence, denrées alimentaires, absence de mention du traitement chimique).

Cass. crim., 27 janv. 1987, n° 85-95759 (délit de tromperie par réticence, véhicule d'occasion, dissimulation d'un accident antérieur).

Cass. crim. 3 sept. 1986, n° 85-93224 (cumul d'amendes contraventionnelles, étiquetage, notion de lot de fabrication permettant une peine unique non retenue).

Cass. crim. 25 juin 1984, n° 83-92808 (notion de publicité, étiquetage obligatoire, meubles neufs).

Cass. crim., 26 mars 1979, n° 76-91898 (délit de tromperie, vente d'un véhicule, élément intentionnel).

Cass. crim., 4 déc. 1978, n° 77-92400 (délit de publicité trompeuse, preuve mauvaise foi non exigée).

Cass. crim., 10 mai 1978, n° 77-91445 (cumul idéal d'infraction, délit de publicité de nature à induire en erreur et délit d'escroquerie)

Cass. crim., 21 mai 1974, n° 72-91375 (notion de publicité, support publicitaire indifférent, documents commerciaux, bons de commande, étiquettes, factures).

CA Montpellier, (1^{ère} ch. sect. B), 3 juin 2015, RG n° 13/05368 (ordre public, obligation précontractuelle d'information, annulation du contrat de vente et d'installation d'une cuisine équipée).

CA Bordeaux, 2 avr. 2015, RG n° 13/06596 (C. consom., art. L. 111-1, contrats de vente de cuisines équipées, résolution pour inexécution).

CA Montpellier, 15 janv. 2015, RG n° 12/00197 (C. consom., art. L. 111-1, contrats de vente de cuisines équipées, résolution pour inexécution).

CA Angers (ch. civ. A), 5 nov. 2013, RG n° 12/01842, Juris-Data n° 2013-026541 (ordre public, obligation précontractuelle d'information, annulation du contrat de vente et d'installation d'une cuisine équipée).

CA Paris, 13 avr. 2012, *Thierry L. et autre c/ SARL Pascha Concept* : JurisData n° 2012-007693 (C. consom., art. L. 111-1, nullité du contrat, condition preuve d'un dol).

CA Aix-en-Provence, 8 déc. 2011, JurisData n° 2011-032349 (C. consom., art. L. 111-1, exclusion d'un vice caché, le juge ne peut pas se prononcer sur un éventuel défaut de conformité, vice du consentement, nullité du contrat).

CA Paris, 27 avril 2011, n° JurisData 2011-014720 (pratique commerciale trompeuse, responsabilité civile).

CA Versailles, 9 sept. 2009, RG n° 07/05200 (responsabilité contractuelle, contrat de service de communications électroniques, modification des conditions contractuelles, nécessité de la preuve d'une faute ; clause contractuelle reprenant une obligation légale d'information, clause abusive (non)).

CA Paris, 23 mars 2009, JurisData n° 2009-2757 (contrôle du montant de l'amende par le juge, diminution en l'absence du nombre de contraventions poursuivies).

CA Colmar, 3 juill. 2008, N° RG 07/00763 (inopposabilité de la clause, contrats de prêt immobilier et assurance de groupe, clause limitant la garantie).

CA d'Aix-en-Provence, com., 24 janv. 2008, n° RG 06/08974 (responsabilité contractuelle, contrat de crédit immobilier, manquement obligation précontractuelle d'information).

CA Dijon, 23 oct. 2007, n° RG 07/126 (responsabilité contractuelle, contrat de crédit immobilier, omission de l'annexe de la notice d'assurance).

CA Bordeaux, 24 janv. 2006, RG 05/1030 (délit de publicité fausse ou trompeuse et violation affichage des prix).

CA Angers, 1^{er} avr. 2004, JurisData n° 2004-248360 (tromperie sur les qualités substantielles de la marchandises, produit d'entretien pour meuble, étiquetage non conforme à la réglementation sur les produits dangereux).

CA Versailles, 10 févr. 2004, *SA Dyson c/ Sté Electrolux LDA et a.*, JurisData n° 2004-235354 (action d'une société en responsabilité civile pour la publicité trompeuse opérée par une autre société).

CA Paris, 2 juill. 2001, JurisData n° 2001-160374 (réparation du préjudice limitée au prix versé par le contractant lésé).

CA Paris, 15 juin 2001, JurisData n° 2001-153910 (contrat de crédit à la consommation, clause assurance chômage, clause obscure, clause abusive).

CA Orléans, 30 mars 2000, *SA Franfinance/Cossinet*, n° 99/00789, JurisData n° 2000-117562 (formalisme, rigidité déchéance du droit aux intérêts, juge considère les manquements inexistant).

CA Paris, 24 sept. 1999, RG n° 1997/06108, JurisData n° 1999-024420 (C. consom., art. L. 111-1, contrat de location de voiture, inopposabilité des clauses).

CA Paris, 25^e ch., sect. B, 4 oct. 1996, *Caret c/ SA René Godfrid*, n° 26216/94 (ordre public, nullité du contrat de vente).

CA Paris, 16 mai 1994, BID n° 2, 1996, p. 14 (délict de tromperie, revente d'un véhicule d'occasion, élément intentionnel).

CA Paris, 4 déc. 1991, *CNC Cogiroute La Henin/Ciotti*, n° 90/24071, JurisData n° 1991-024438 (offre de crédit à la consommation, nullité du contrat, non-respect du formalisme et absence de consentement).

TGI Nanterre, 3 mars 2006, RG n° 04/03016, p. 27 (contrats de services de communications électroniques, clause source de déséquilibre contractuel).

TGI Paris, 21 févr. 2006, RG n° 04/02910 (contrat de service de communications électroniques, clauses illicites).

TGI Nanterre, 9 févr. 2006, RG n° 04/02838 (contrat de service de communications électroniques, clauses illicites).

TGI Nanterre, 15 oct. 2001, *UFC c/ SFR*, RG n° 01/07363 (publication de la signification du jugement de condamnation pour publicité trompeuse sur la page d'information des abonnés du site Internet d'un opérateur – confirmé par : CA Versailles, 16 mai 2002, RG n° 01/07363).

TGI Nanterre, 2 juin 2004, RG n° 02/03156 (clauses illicites donc nulles).

TI Nogent-sur-Marne, 24 déc. 2013, n° 11-13-001014, *SA Financo c/ M. V.* (offre de contrat de crédit à la consommation, manquement au formalisme, omission de dates, question du cumul entre déchéance du droit aux intérêts et nullité du contrats).

TI Vienne, 14 mars 2003, *Cofidis c./ F.*, JurisData n° 2003-212562 (clause abusive, illisibilité, petitesse des caractères).

TI Roubaix, 8 janv. 2004, RG n° 11-03-000533 (contrat de crédit à la consommation, clause abusive, textes du droit de la consommation doivent être combinés).

TI Périgueux, 28 juin 2002, RG n° 11-01-000572 (contrat d'abonnement téléphonique, clause contractuelle de révision de prix non abusive, caractère trompeur de la publicité).

TI Niort, 8 déc. 1999, *Mme P. c/ Sté Uni Côte Ouest*, JurisData n° 1999-133574 (ordre public, règles du démarchage, nullité du contrat de courtage matrimonial).

TI Tours, 9 oct. 1992, *Lelut c/ Magasin Cache-cache*, n° 375/92 du rôle, JurisData n° 1992-052336 (responsabilité contractuelle, remboursement du prix, omission mention étiquette de lavage, pantalon ayant rétréci anormalement).

T. pol. Lille, 21 mars 2008, N° 06/10962 (poursuites DGCCRF, deux mille offres non-conformes, investigations limitées à trente, manque de temps).

T. pol. du Havre, 29 juin 1983, G.P. 1983.2, som. 423 (cumul d'amendes contraventionnelles, catalogues non-conformes).

b. Conseil constitutionnel

Cons. const., QPC, 18 mars 2015, n° 2014/453-454 et n° 2015-462 – *M. John L. et autres* [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié] (poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente, principe de nécessité des délits et des peines).

Cons. const., 13 mars 2014, déc. n° 2014-690 DC (DGCCRF, sanction administrative, contrôle du juge administratif ; principe de proportionnalité, cumul amendes pénale et administrative, plafond du maximum légal le plus élevé).

Cons. const., 28 juin 2013, n° 2013-329 QPC – *Société Garage Dupasquier* [Publication et affichage d'une sanction administrative] (principe de proportionnalité des sanctions, contrôle du Conseil, absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue).

Cons. const., 16 mai 2013, n° 2013-667 DC – *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral* (nécessité des peines, sanction ayant le caractère d'une punition).

Cons. const., 17 janv. 2013, n° 2012-289 QPC – *M. Laurent D.* [Discipline des médecins] (nécessité des peines, sanction ayant le caractère d'une punition).

Cons. const., 21 sept. 2012, n° 2012-273 QPC – *Société Egilia* [Contrôle des dépenses engagées par les organismes de formation professionnelle continue] (nécessité des peines, sanction ayant le caractère d'une punition).

Cons. const., 30 déc. 1997, déc. n° 97-395 DC (cumul amendes pénale et administrative, plafond du maximum légal).

Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 (*Non bis in idem*, possible cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives).

c. Conseil d'État

CE, 16 juill. 2010, *Beslay c/ Autorité des marchés financiers*, n° 321056 (*non bis in idem*, conformité du pouvoir de sanction de l'AMF).

2. Juridictions luxembourgeoises

Cass., 24 janv. 2013, n° 5/2013 (plusieurs infractions, plusieurs qualification, prononcé de la peine la plus grave).

Cass., 10 déc. 1959, P. 18, 67 (loi du 25 sept. 1953, falsification, définition).

CSJ corr., 26 févr. 2013, 121/13 (plusieurs infractions, plusieurs qualification, prononcé de la peine la plus grave).

CSJ corr. 3 juill. 2012, 355/12 V (concours idéal et réel d'infractions, coexistence, exemple).

CSJ corr. 7 mai 2012, 241/12 VI (exception au principe de non-cumul, peines d'amende pour délits ou crimes en concours se cumulent avec les peines d'amendes pour contraventions).

CSJ corr. 14 févr. 2012, 102/12 V (caractère de la peine la plus forte, maximum de la peine d'emprisonnement).

CA, 10 janv. 2007, Pas. 33, p. 491 (caution, le manquement à une obligation précontractuelle d'information doit être intentionnel pour constituer une réticence dolosive).

CA, 5 juill. 2006, n° de rôle 30298, n° JUDOC 99862655 (responsabilité civile, obligation d'information du chirurgien, inexécution, infection nosocomiale, perte d'une chance et indemnisation partielle (rappel), mais application art. 1382 C. civ. et réparation intégrale).

CA, 18 janv. 1969, n° JUDOC 96913018, Pas. 21, p. 77 (délit de tromperie sur la nature de la chose vendue, automobile d'occasion, fausses indications et intention de lucre, qualités essentielles, âge et état d'usure du moteur).

CA, 22 mars 1965, n° JUDOC 96513102, Pas. 19, p. 508 (délict de tromperie sur la nature de la chose vendue, voiture d'occasion, fausses affirmations du vendeur).

CA, 29 juin 1912, n° JUDOC 91213457, Pas. L. 9, p. 49 (délict de tromperie sur la nature de la chose vendue, bétail, fausse affirmation, mauvaise foi du vendeur).

CA, 2 déc. 1910, n° Judoc 91003204, Pas. L. 8. 407 (clauses illicites, nullité du contrat entier si elle fait un tout indivisible avec celui-ci).

Trib. Luxembourg, ord. en matière commerciale IIe, 17 février 2012, n° 251/2012 (pratiques commerciales déloyales, action en cessation).

Trib. Luxembourg, 11 mai 2012, n° 105/2012, n° rôle 132709, Judoc n° 100000139 (obligation précontractuelle de renseignement, nullité pour dol et/ou responsabilité civile).

Trib. Luxembourg, 1^{er} juill. 2011, n° 134738, BIJ, 2012, p. 57 (annulation de la vente du véhicule (non), erreur, absence de preuve du caractère déterminant).

Trib. Luxembourg, ord. en matière commerciale IIe, 17 juin 2011, n° 862/2011 (pratiques commerciales déloyales, action en cessation).

Trib. Luxembourg, ord. en matière commerciale IIe, 3 juin 2011, n° 776/2011 (pratiques commerciales déloyales, action en cessation).

Trib. Luxembourg. 1^{er} mars 2011, n° 70/11 VIII (contrat entre particuliers, obligation de délivrance conforme, résolution (non), absence de défaut de conformité substantiel, défaut non déterminant de l'achat).

Trib. Luxembourg, 10 févr. 2010, n° 44/2010, rôle n° 121581 (obligation de renseignement précontractuelle, faute ou négligence commise lors de la phase de négociation d'un contrat par une des parties qui néglige de fournir à l'autre partie les informations).

Trib. Dierkirch, 14 juill. 2009, n° 99/2009 (vente d'un véhicule automobile, nullité, réticence dolosive, année de fabrication d'un véhicule, qualité essentielle de la chose).

Trib. Luxembourg, 23 avril 2009, n° 1321/2009 (délict de tromperie sur la nature de la chose vendue, définition du terme nature, substance mais aussi qualités essentielles).

Trib. Dierkirch, 15 avr. 2008, n° 45/2008 (qualité essentielle de la chose, caractère inondable d'un terrain à bâtir, absence de dol, information suffisante).

Trib. Luxembourg, 11 janv. 2008, n° 4/2008, rôle n° 103911, Judoc n° 99863271 (responsabilité contractuelle, modification d'un élément essentiel du contrat, contrat de voyage à forfait).

Trib. Luxembourg, 9 mars 2005, n° de rôle 62430 (ordre public, absence d'autorisation d'établissement, installateur de piscine, nullité du contrat).

Trib. Luxembourg, 9 juin 2004, n° 83682 (clause abusive, théorie : réputée nulle et non écrite, pratique : nullité).

Trib. Luxembourg, 17 octobre 2002, n° 2183/2002 (délict de tromperie sur la nature de la chose vendue, véhicule, manipulation du compteur kilométrique avant la vente).

Trib. Luxembourg, 16 mai 2002, n° 1228/2002 (délict de tromperie sur la nature ou l'origine de la chose vendue, emploi de manœuvres frauduleuses non nécessaire, silence gardé sur qualité essentielle suffit).

Trib. Luxembourg, 27 octobre 1993, n° 1564/93 (délict de tromperie sur la nature de la chose vendue, garagiste, silence gardé sur le véritable nombre de kilomètres effectué du véhicule).

Trib. Luxembourg, 21 avr. 1993, n° de rôle 46302 ; 352/93 (ordre public, absence d'autorisation d'établissement, agence immobilière, nullité du contrat).

Trib. Luxembourg, 19 juin 1991, n° JUDOC 99114708 (ordre public, formalisme informatif, agence immobilière, sanction pénale, nullité contrat de mandat).

Trib. Luxembourg, 1^{er} mars 1989, n° de rôle 112/89 (ordre public, absence d'autorisation d'établissement, entrepreneur, nullité du contrat).

Trib. Luxembourg, 21 déc. 1988, n° de rôle 37605 (ordre public, formalisme informatif, agence immobilière, sanction pénale, nullité contrat de mandat).

Trib. Luxembourg, 24 juin 1987, rôle n° 1190/87, n° JUDOC 98710711 (délict de tromperie sur la nature ou l'origine de la chose vendue non caractérisé, platines commercialisées identiques aux platines exposées en vente, modèle annoncé par le vendeur correspondant à celui désiré par les acheteurs).

Trib. Luxembourg, 25 janv. 1987, n° de rôle 34184 (ordre public, formalisme informatif, agence immobilière, sanction pénale, nullité contrat de mandat).

Trib. Luxembourg, 18 décembre 1985, n° de rôle 32743 (clauses abusives, dispositions d'ordre public, nullité des clauses relevée d'office par le juge).

Trib. Luxembourg, 26 nov. 1982, *Mme Casella c/ SARL Roboto*, n° 963/82 (produits dangereux, obligation du fabricant d'attirer l'attention sur les dangers que peut faire courir l'utilisation d'un produit, produit détergent ayant dégagé des gaz, intoxication de l'utilisateur).

Trib. Luxembourg, 3 juillet 1958, n° JUDOC 95813020, Pas. 17, p. 339 (délict de tromperie sur la nature de la chose vendue, voiture de démonstration, omission de révéler l'accident).

Justice de Paix, Lux., 5 déc. 2002, n° de rôle 5403/02, n° JUDOC 99834615 (responsabilité contractuelle, agent immobilier, faute, information déterminante pour la fixation du prix).

Justice de Paix Luxembourg, 10 mars 1992, n° de rôle 914/92 (ordre public, formalisme informatif, agence immobilière, sanction pénale, nullité contrat de mandat).

Justice de Paix Esch-sur-Alzette, 23 mars 1989, n° de rôle 475/89 (ordre public, formalisme informatif, vente d'un immeuble à construire, nullité du contrat de réservation).

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Action en cessation, 133 et s.

Amende

- administrative, 77, 135, 161, 200 et s., 237, 245, 364, 505, 524 et s.
- pénale, 74, 166, 185, 227, 504, 516, 582, 594.

Association de consommateurs, 8, 118 et s., 323, 437.

Assurabilité

- sanction, 700.

C

Clause abusive, 404 et s.

Clause illicite, 136, 319 et s.

Clause inopposable, 324 et s.

Clause réputée nulle et non écrite

- résultant d'une pratique commerciale déloyale (Luxembourg), 412 et s.

Contrat à distance et hors établissement, 60, 71, 74, 80 et s., 90 et s., 134, 201, 352, 427.

Contrat d'adhésion, 144, 404.

Contrat de consommation

- notion, 22, 92, 158, 168, 224.

Contrat de courtage matrimonial, 422, 605.

Contrat de *timeshare*, 67, 133, 193, 606.

Contrat de voyage à forfait, 252, 287, 290 et s., 315, 362.

CJUE

- influence sur les sanctions nationales, 101 et s.

Crédit à la consommation, 8, 70, 105, 110, 143, 169 et s., 485, 594 et s.

Crédit immobilier, 8, 169, 174, 238, 250, 280, 557.

D

Déchéance du droit aux intérêts, 169 et s.

Denrées alimentaires, 445, 513, 516.

Dépénalisation, 192 et s.

Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF, France), 214, 223, 548, 654.

Dol, 161, 248, 361 et s., 392.

Dommages et intérêts, 87, 144, 289, 338, 365 et s.

Dommages et intérêts punitifs, 694, 698.

Droit de l'Union européenne, 51 et s.

E

Effet utile, 70, 95, 98 et s.

Erreur, 123, 356 et s.

Étiquetage, v. *Produits (réglementation de la conformité)*

Exécution forcée du contrat

- « effet obligatoire de l'information », 338 et s.

F

Formalisme informatif, 153 et s.

G

Garantie commerciale, 147, 204, 234, 242, 254, 319.

Garantie légale de conformité des contrats de consommation, 258, 356 et s.

H

Harmonisation, 10, 51, 66 et s.

O

Obligation de clarté, 146.

Obligation de sécurité générale des produits

- responsabilité contractuelle, 298 et s.

Obligation légale d'information, 20 et s.

Ordre public

- nullité du contrat, 158 et s.

P

Peines complémentaires, 134, 179, 334, 537, 565.

Pièces détachées, 0, 465.

Préjudice, 261.

Pratiques commerciales trompeuses, 422 et s.

Prix, 21, 26, 94, 125.

Produits

- dangereux (obligation générale de sécurité), 250, 299.
- réglementation de la conformité, 512 et s.

R

Relevé d'office, 109 et s., 410.

Résolution

- garantie des vices cachés du vendeur, 141, 252, 319, 379 et s.
- obligation de délivrance conforme du vendeur, 141, 343, 375 et s.

Responsabilité civile, 256 et s.

- contractuelle, 274 et s.
- délictuelle, 270 et s.

S

Sanction

- absence, 247 et s.
- cumul, 483 et s.
- effectivité, 46 et s.
- efficacité, 39 et s.
- expresse, 231 et s.
- fonctions, 672 et s.
- typologie fonctionnelle, 686 et s.
- notion, 32 et s.

Sanction administrative, 196 et s.

Sanction civile, 138 et s.

Sanction pénale, 177 et s.

T

Transaction

- administrative (France), 210 et s.
- avertissements taxés (Luxembourg), 210 et s.

Tromperie, 442 et s.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	1
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	3
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION.....	11
TITRE PRÉLIMINAIRE – UNE QUESTION DOMINÉE PAR LE DROIT DE L’UNION EUROPÉENNE	39
CHAPITRE I – L’ANALYSE DES COMPÉTENCES DE L’UNION EUROPÉENNE	41
SECTION 1 – LA COMPÉTENCE D’ATTRIBUTION DE L’UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS.....	41
SECTION 2 – LA COMPÉTENCE LÉGISLATIVE DE L’UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE DE CRÉATION DE SANCTIONS AUX OBLIGATIONS D’INFORMATION QU’ELLE ÉDICTE.....	46
CHAPITRE II – LA POSITION INDÉCISE DE L’UNION EUROPÉENNE QUANT À L’HARMONISATION DES SANCTIONS.....	51
SECTION 1 – LA POSITION DE PRINCIPE DU LÉGISLATEUR : LE RETRAIT	51
SECTION 2 – L’EXCEPTION : LA CRÉATION D’UNE SANCTION COMMUNE	56
§1 – La proposition d’une sanction commune.....	56
§2 – La prescription d’une sanction commune	57
A. Les sanctions générales applicables aux contrats de consommation.....	58
B. Les sanctions spécifiques à certains contrats.....	61
SECTION 3 – LES OPPORTUNITÉS MANQUÉES.....	66
§1 – La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011.....	67
§2 – La directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs	73
SECTION 4 – L’HARMONISATION ANTICIPÉE DE PROCÉDURES DE RÈGLEMENT DES LITIGES	76
CHAPITRE III – LES PROPOSITIONS DE LA DOCTRINE EUROPÉENNE QUANT À LA DÉTERMINATION DE SANCTIONS AUX OBLIGATIONS D’INFORMATION EN DROIT DE L’UNION EUROPÉENNE	79
CHAPITRE IV – LE RÔLE D’ORIENTATION DU JUGE DE L’UNION À TRAVERS SON POUVOIR D’INTERPRÉTATION DU DROIT	83

SECTION 1 – LE CONTRÔLE DE CONFORMITÉ DES SANCTIONS NATIONALES PAR LE JUGE DE L’UNION EUROPÉENNE	83
SECTION 2 – L’INFLUENCE DU JUGE DE L’UNION EUROPÉENNE SUR LA MISE EN ŒUVRE DES SANCTIONS PAR LE JUGE NATIONAL	88
§1 – L’étendue des pouvoirs d’intervention du juge national.....	88
A. La faculté du juge de relever d’office les dispositions protectrices des consommateurs	89
B. L’obligation du juge de relever d’office les clauses abusives	91
§2 – Le rôle des associations de consommateurs.....	97
§3 – La détermination des éléments constitutifs d’une infraction	99
CONCLUSION DU TITRE PRÉLIMINAIRE	105
PARTIE I – LE CONSTAT DE L’INEFFICACITE DES SYSTEMES FRANÇAIS ET LUXEMBOURGEOIS.....	107
TITRE I – UN SYSTÈME DE SANCTIONS HÉTÉROGÈNE.....	109
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE – UNE VARIÉTÉ DE SANCTIONS COMMUNE AUX DEUX SYSTÈMES	111
SECTION PRÉLIMINAIRE – LES ACTIONS EXERCÉES DANS L’INTERÊT COLLECTIF DES CONSOMMATEURS	112
SECTION 1 – DES SANCTIONS DE NATURE CIVILE.....	115
§1 – Des sanctions civiles réparatrices	116
§2 – Des sanctions civiles répressives	123
A. La nullité du contrat pour seule violation des dispositions consuméristes.....	124
1. La nullité du contrat pour non-respect des règles de forme	124
2. La nullité du contrat pour violation de dispositions d’ordre public	128
B. La déchéance du droit aux intérêts en droit français	140
SECTION 2 – DES SANCTIONS DE NATURE PÉNALE.....	145
§1 – L’importance du droit pénal en droit de la consommation	145
§2 – Les peines applicables au manquement de l’obligation légale d’information	147
§3 – La prise en compte de la faute lucrative en droit français de la consommation	153
§4 – La dépenalisation du droit français de la consommation.....	155
SECTION 3 – DES SANCTIONS DE NATURE ADMINISTRATIVE.....	157
§1 – Les diverses sanctions administratives	158
§2 – Le pouvoir de transiger de l’Administration.....	167
A. Les autorités compétentes.....	169
B. Le champ d’application	170
C. Le montant de la transaction administrative.....	171
D. Le montant attractif et l’effectivité de la transaction comme supports de son efficacité dissuasive et répressive	175
CONCLUSION DU CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.....	179

CHAPITRE I – L’EXISTENCE DE SANCTIONS EXPRESSES	181
SECTION 1 – PRÉSENTATION.....	181
§1 – Les sanctions expresses spécifiques à une obligation légale d’information particulière.....	181
§2 – Les sanctions expresses non-spécifiques à l’obligation légale d’information empruntées au droit commun.....	183
SECTION 2 – CRITIQUE.....	185
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	189
CHAPITRE II – UNE ABSENCE PONCTUELLE DE SANCTIONS EXPRESSES	191
SECTION 1 – LE RECOURS À DES SANCTIONS CIVILES APPLICABLES À D’AUTRES MÉCANISMES QUE L’OBLIGATION D’INFORMATION	198
§1 – Première matérialisation de ce recours : les sanctions relevant de la responsabilité <i>lato sensu</i> du professionnel.....	198
A. Le recours alternatif à la responsabilité délictuelle ou contractuelle	199
1. Le préjudice causé par la méconnaissance d’une obligation d’information.....	199
2. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile.....	201
3. Les actions en justice possibles	202
4. La nature de la réparation du préjudice	203
B. L’application jurisprudentielle de la responsabilité délictuelle à l’obligation légale d’information.....	204
C. L’application jurisprudentielle de la responsabilité contractuelle.....	206
1. L’application à l’obligation légale d’information	207
a. Une obligation d’information précontractuelle.....	207
b. Une information due pendant l’exécution du contrat	215
2. Le cas spécifique de l’obligation légale d’information relative aux produits dangereux et l’obligation de sécurité générale des produits	221
a. L’application en droit français	224
b. L’application en droit luxembourgeois.....	229
§2 – La seconde matérialisation de ce recours : les sanctions ne relevant pas de la responsabilité du professionnel <i>lato sensu</i>	233
A. Sur le fondement du seul manquement de l’obligation légale d’information	233
1. La sanction de la nullité de la clause : les clauses illicites	233
2. La sanction de l’inopposabilité de la clause	237
B. Le cas particulier de l’action en garantie légale de conformité	242
C. L’exécution forcée du contrat.....	248
D. Les sanctions exigeant des preuves supplémentaires	260
1. L’anéantissement rétroactif du contrat	260
a. Les divers fondements de l’annulation du contrat	261
i. La nullité pour vice du consentement.....	261
I. L’erreur.....	262
II. Le dol.....	266

ii. La résolution du contrat	269
I. La résolution pour inexécution	269
II. La résolution pour défaut de conformité du bien de consommation	273
a. L'action de droit commun pour manquement à l'obligation de délivrance conforme	277
b. L'action réhibitoire de la garantie des vices cachés	279
b. Les difficultés probatoires de l'anéantissement rétroactif du contrat	282
2. Les sanctions permettant de restaurer l'équilibre du contrat	294
a. La sanction des clauses abusives	295
b. Le cas particulier en droit luxembourgeois des clauses réputées nulles et non écrites lorsqu'elles résultent d'une pratique commerciale déloyale	305
SECTION 2 – LE RECOURS À DES SANCTIONS PÉNALES APPLICABLES À D'AUTRES MÉCANISMES QUE L'OBLIGATION D'INFORMATION	309
§1 – Le délit de pratiques commerciales trompeuses	310
§2 – Le délit de tromperie	334
CONCLUSION DU CHAPITRE II	347
CHAPITRE III – LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE 2011/83/UE DU 25 OCTOBRE 2011 RELATIVE AUX DROITS DES CONSOMMATEURS COMME OPPORTUNITÉ LEGISLATIVE DE CORRECTION DU SYSTÈME DE SANCTION DE L'OBLIGATION LEGALE D'INFORMATION.....	351
SECTION 1 – UNE OCCASION PARTIELLEMENT SAISIE PAR LE LÉGISLATEUR FRANÇAIS : L'INTRODUCTION DES AMENDES ADMINISTRATIVES	353
SECTION 2 – UNE OCCASION MANQUÉE PAR LE LÉGISLATEUR LUXEMBOURGEOIS : LE SIMPLE RAPPEL DE LA NULLITÉ RELATIVE POUR VICE DU CONSENTEMENT	357
CONCLUSION DU CHAPITRE III	363
CONCLUSION DU TITRE I	365
TITRE II – LE CUMUL DES SANCTIONS	367
CHAPITRE I – LES DIVERSES SITUATIONS DE CUMUL	369
SECTION PRÉLIMINAIRE – RAPPEL DE QUELQUES RÈGLES DE CUMUL EN DROIT PÉNAL	371
§1 – Le cumul d'infractions	371
§2 – Le cumul des peines	374
SECTION 1 – LE CUMUL DISPROPORTIONNÉ	379
§1 – Le cumul des sanctions pécuniaires de même nature	379
A. Le cumul des amendes contraventionnelles entre elles	379
1. Les obligations générales d'information	380
a. L'obligation de remise des contrats en droit français	380
b. L'obligation d'indiquer les prix des biens et des services en droit luxembourgeois	380
2. Le contrat de service de fourniture d'énergie en droit français	383
3. Les réglementations particulières en droit français	385
a. La réglementation des clauses abusives et la présentation des écrits	385
b. La conformité des produits et des services et la réglementation de l'étiquetage	386

c.	La sécurité des produits et des services et la réglementation de l'étiquetage	392
B.	Le cumul des amendes administratives entre elles en droit français	393
1.	Les obligations générales d'information	395
a.	L'obligation d'indiquer les prix des biens et des services	396
b.	L'obligation générale précontractuelle d'information	396
2.	Les contrats particuliers	397
a.	Le contrat de vente de voyages et de séjours	397
b.	Le contrat de transport aérien	398
3.	Le contrat conclu par démarchage téléphonique	399
§2 –	L'inefficacité répressive et dissuasive de la peine inadaptée à la gravité de la faute	400
A.	L'absence de limite légale au cumul	400
B.	La limite au cumul dans la pratique	403
1.	Les moyens matériels de contrôle et de poursuite des violations	403
2.	La modulation de la peine par juge	406
SECTION 2 –	LE CUMUL INCOHÉRENT	407
§1 –	Le cumul des sanctions réparatrices entre elles	411
§2 –	Le cumul des sanctions répressives entre elles	412
A.	Le cumul des sanctions pénales entre elles	412
B.	Le cumul des sanctions administratives entre elles	414
1.	Le cumul des amendes administratives entre elles sans limite et la publication de la décision en droit français	414
2.	Le cumul d'une amende d'ordre et d'autres sanctions administratives en droit luxembourgeois	415
C.	Le cumul entre la sanction pénale et la sanction administrative	422
D.	Le cumul entre une sanction pénale ou administrative et une sanction civile	428
1.	Le cumul entre l'amende pénale et la déchéance du droit aux intérêts en droit français	429
2.	Le cumul entre une sanction pénale ou administrative et une nullité automatique du contrat	433
a.	Le cumul entre la sanction pénale ou administrative et la nullité du contrat pour violation de règles de forme	434
b.	Le cumul entre l'amende pénale ou administrative et la nullité du contrat pour violation de dispositions d'ordre public	439
CONCLUSION DU CHAPITRE I	445
CHAPITRE II –	LES PROBLÈMES CAUSÉS PAR LE CUMUL	447
SECTION 1 –	LA QUESTION DE LA CONFORMITÉ AU DROIT SUPRANATIONAL	449
§1 –	La question de l'application du principe <i>non bis in idem</i>	450
A.	La portée du principe	450
1.	La définition du principe	450
2.	Le fondement du principe	451
3.	Les origines légales du principe	451

B. Les conditions d'application du principe.....	453
§2 – La question de la conformité au principe <i>non bis in idem</i>	456
A. La non-conformité du droit français et la conformité du droit luxembourgeois	457
B. Les solutions pour éviter le cumul.....	464
SECTION 2 – LES CONSÉQUENCES PRATIQUES.....	466
§1 – L'inertie des autorités compétentes	468
§2 – La moralisation du droit des affaires et l'affaiblissement des garanties procédurales.....	469
§3 – Le risque d'éclatement du contentieux	472
CONCLUSION DU CHAPITRE II	475
CONCLUSION DU TITRE II.....	477
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	481
PARTIE II – LES CONDITIONS DE L'EFFICACITE DES SYSTEMES FRANÇAIS ET LUXEMBOURGEOIS	485
TITRE I – LA CRÉATION D'UNE TYPOLOGIE FONCTIONNELLE DE LA SANCTION DE L'OBLIGATION LÉGALE D'INFORMATION	487
CHAPITRE I – PRÉSENTATION DES DIFFÉRENTES FONCTIONS DE LA SANCTION DE L'OBLIGATION LÉGALE D'INFORMATION	489
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	491
CHAPITRE II – ESSAI DE CLASSIFICATION	493
Section 1 – Présentation de la classification.....	493
Section 2 – Limites de la classification	495
CONCLUSION DU CHAPITRE II	501
CONCLUSION DU TITRE I.....	503
TITRE II – L'ESSAI DE POLITIQUE LÉGISLATIVE : POUR UN RÉGIME SPÉCIFIQUE DE LA VIOLATION DE L'OBLIGATION LÉGALE D'INFORMATION PAR LE CUMUL LÉGAL DES SANCTIONS.....	505
CHAPITRE I – UN CUMUL THÉORIQUEMENT JUSTIFIÉ PAR LA DIVERSITÉ DES FONCTIONS DE LA SANCTION DE L'OBLIGATION LÉGALE D'INFORMATION	507
Section 1 – Le principe de cohérence des sanctions	507
Section 2 – Le principe de proportionnalité comme limite au cumul incohérent de sanctions	509
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	511
CHAPITRE II – UN CUMUL RÉALISABLE EN PRATIQUE EN RAISON DE LA DIVERSITÉ DES FONCTIONS DE LA SANCTION DE L'OBLIGATION LÉGALE D'INFORMATION	513
Section 1 – L'efficacité dissuasive de la sanction	514
Section 2 – L'efficacité réparatrice de la sanction.....	515
Section 3 – L'efficacité répressive de la sanction.....	519

Section 4 – L’efficacité dissolvante de la sanction	522
§1 – Les critères	522
§2 – Les illustrations pratiques	525
Section 5 – Des sanctions efficaces pour renforcer la confiance des consommateurs	528
CONCLUSION DU CHAPITRE II	531
CONCLUSION DU TITRE II.....	533
CONCLUSION DE LA PARTIE II	535
CONCLUSION GENERALE	537
ANNEXES.....	541
BIBLIOGRAPHIE	543
INDEX	593
TABLE DES MATIERES	597