
UE 211 → **GESTION JURIDIQUE, FISCALE ET SOCIALE**

Année 2013-2014

Ce fascicule comprend :
La présentation de l'UE
La série 1
Le devoir 1 à envoyer à la correction

L'ENTREPRISE ET LES CONTRATS DROIT PÉNAL

En collaboration avec
le Centre National
d'Enseignement à Distance
Institut de Lyon

CNED

Tahar MABROUK
Marie-Claude RIALLAND
Sophie SABATHIER
Haiying WANG-FOUCHER

W2111-F1/4

Les auteurs :

Tahar MABROUK : Conseiller juridique et financier à l'ADIL de Paris.

Marie-Claude RIALLAND : Professeur agrégé d'économie-gestion au lycée J.-B. Poquelin.

Sophie SABATHIER : Maître de conférences en droit à l'Université Toulouse I.

Haiying WANG-FOUCHER : Maître de conférences en droit privé au Cnam.

⟨... *www.cnamintec.fr* ...⟩

L'ensemble des contenus (textes, images, données, dessins, graphiques, etc.) de ce fascicule est la propriété exclusive de l'INTEC-CNAM.

En vertu de l'art. L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle, la reproduction ou représentation intégrale ou partielle de ces contenus, sans autorisation expresse et préalable de l'INTEC-CNAM, est illicite. Le Code de la propriété intellectuelle n'autorise que « les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » (art. L. 122-5).

«... OBJECTIFS ...»

lechnamtec

L'entreprise passe nécessairement, au cours de son existence, une multitude de contrats. Les contrats font partie de son organisation. La vie des affaires est parsemée de contrats, tout comme d'ailleurs pour le simple particulier.

Par ailleurs, l'entreprise de forme sociétaire peut voir sa responsabilité pénale mise en cause et, en outre, celle de ses dirigeants. Quant à l'entrepreneur individuel, sa responsabilité pénale peut bien évidemment aussi être engagée.

En première partie, l'étude portera sur les éléments généraux qui s'appliquent aux contrats et sur la diversité contractuelle. En deuxième partie, il sera procédé à l'étude des notions du droit pénal général et de la procédure pénale, puis du droit pénal spécial des affaires et des sociétés.



TABLE DES MATIÈRES

PRÉSENTATION DE L'UE	9
PLAN ANNUEL DU COURS	16
PARTIE 1. L'ENTREPRISE ET LES CONTRATS	21
TITRE 1. LES ÉLÉMENTS GÉNÉRAUX SUR LES CONTRATS	21
Chapitre 1. Les définitions	21
Section 1. La distinction avec les quasi-contrats	21
Section 2. La classification des contrats	22
Chapitre 2. La formation du contrat	24
Section 1. Les conditions de formation du contrat	24
Section 2. La sanction des conditions de formation du contrat	38
Section 3. Les modalités des obligations	42
Chapitre 3. Les effets du contrat	47
Section 1. Les effets du contrat	47
Section 2. Les conséquences de l'inexécution du contrat	59
TITRE 2. LA DIVERSITÉ DES CONTRATS	73
Chapitre 1. Le contrat de vente	73
Section 1. La formation du contrat de vente	73
Section 2. Les effets du contrat de vente	78
Chapitre 2. Le contrat d'entreprise	82
Section 1. Le contrat d'entreprise de droit commun	82
Section 2. Un exemple de contrat d'entreprise : le contrat de construction	86
Chapitre 3. Le contrat de distribution : concession et franchise	88
Section 1. Le contrat de concession	88
Section 2. Le contrat de franchise	92
Chapitre 4. Les contrats de consommation	95
Section 1. La protection du consommateur dans le cadre d'opération d'achat de biens ou de prestations de services	95
Section 2. Le contrat de crédit à la consommation	104

Chapitre 5. Le contrat d'assurance	112
Section 1. Les assurances de dommage	113
Section 2. Les assurances de personnes : exemple de l'assurance-vie.....	117
PARTIE 2. DROIT PÉNAL	125
TITRE 1. LE DROIT PÉNAL GÉNÉRAL.....	125
Chapitre 1. Les infractions	125
Section 1. La classification des infractions	125
Section 2. Les éléments constitutifs de l'infraction	126
Chapitre 2. La personne pénalement responsable	138
Section 1. L'auteur.....	138
Section 2. Le complice de l'infraction	145
Chapitre 3. La peine	146
Section 1. La classification des peines	146
Section 2. L'aggravation de la peine	150
Section 3. La personnalisation des peines.....	151
Section 4. La personnalité des peines.....	151
Section 5. L'extinction de la peine.....	152
TITRE 2. LA PROCÉDURE PÉNALE.....	153
Chapitre 1. Les poursuites (ou actions)	153
Section 1. L'action publique	153
Section 2. L'action civile	159
Chapitre 2. L'instruction préparatoire	163
Section 1. Les juridictions d'instruction du premier degré	163
Section 2. Les juridictions d'instruction du second degré	167
Chapitre 3. Le jugement et les voies de recours.....	167
Section 1. Les juridictions de droit commun	167
Section 2. Les voies de recours	167
TITRE 3. LE DROIT PÉNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS ET DES AFFAIRES	169
Chapitre 1. L'abus de biens sociaux.....	169
Section 1. Les personnes punissables	169
Section 2. Les éléments constitutifs de l'infraction	170
Section 3. Les conséquences pénales et civiles	174
Chapitre 2. La distribution de dividendes fictifs	176
Section 1. Les personnes punissables	176
Section 2. Les éléments constitutifs de l'infraction	176
Section 3. Les conséquences pénales et civiles	177

Chapitre 3. La présentation ou la publication de comptes annuels infidèles 177

Section 1. Les personnes punissables177

Section 2. Les éléments constitutifs de l'infraction177

Section 3. Les conséquences pénales et civiles178

Chapitre 4. Les autres infractions au droit des sociétés.....179

Section 1. Les infractions relatives à la constitution de la société179

Section 2. Les infractions relatives à la liquidation de la société
(en dehors des procédures collectives).....180

Section 3. Les infractions relatives aux assemblées181

Section 4. Les infractions relatives au contrôle de la société.....183

Section 5. Les infractions relatives aux droits sociaux et aux modifications
de capital social.....186

Section 6. Les infractions relatives aux emprunts obligataires188

EXERCICES AUTOCORRIGÉS 191**INDEX 197****DEVOIR 1 201**

PRÉSENTATION DE L'UE

Bienvenue dans le cours de l'UE 211 – Gestion juridique, fiscale et sociale de l'Intec !

I. LE PROGRAMME DE GESTION JURIDIQUE, FISCALE ET SOCIALE EN DSGC

Le cours de gestion juridique, fiscale et sociale de l'Intec correspond au programme de l'UE n° 1 du nouveau DSCG tel qu'énoncé dans le BO n° 11 du 18 mars 2010 (cf. programme ci-après). Il s'agit donc d'un cours de niveau Master pour lequel le programme officiel prévoit 180 heures d'enseignement et équivalent à 20 ECTS (crédits européens d'enseignement).

Sens et portée de l'étude	Notions et contenus
1. L'entreprise et son environnement (50 heures)	
1.1 Éléments généraux sur les contrats	
L'activité de l'entreprise a une traduction juridique usuelle par le biais des contrats. Le contrat est un outil d'organisation de la vie des affaires.	Principes fondateurs du droit des contrats La formation du contrat <ul style="list-style-type: none"> • conditions de formation • clauses contractuelles particulières • sanctions des conditions de formation L'exécution du contrat <ul style="list-style-type: none"> • les obligations à exécuter (voulues par les parties, imposées par le juge) ; interprétation du contrat • effet relatif du contrat • sanctions de l'inexécution en distinguant celles visant à l'exécution du contrat, celles visant à l'anéantissement du contrat et celles visant à la réparation de l'inexécution (responsabilité contractuelle)
1.2 La diversité des contrats	
Le contrat est le support juridique de la relation qui lie l'entreprise à son client. Le transfert des risques liés à l'activité et au patrimoine de l'entreprise vers les compagnies d'assurance est une pratique largement répandue. Sont examinés les risques usuellement assurés, résultant d'actions de l'entreprise ou d'événements qu'elle subit. L'assurance-vie constitue un élément de gestion patrimoniale en tant que tel, également utilisé comme garantie de crédit. Elle répond sur le plan juridique à des règles particulières, en premier lieu du fait de son quadripartisme (assureur, souscripteur, assuré et bénéficiaire).	Le contrat de vente, le contrat d'entreprise : formation et effets Les contrats de distribution : concession et franchise Les contrats de consommation : <ul style="list-style-type: none"> • achat de biens ou de prestations de services : protection du consommateur, formation et exécution du contrat • le contrat de crédit à la consommation : formation et effets Le contrat d'assurance : mécanisme, formation, effets : <ul style="list-style-type: none"> • la couverture des risques de l'entreprise par les contrats d'assurances • la gestion patrimoniale de l'entrepreneur par les contrats d'assurance-vie : conclusion, gestion et dénouement du contrat
1.3 Droit pénal	
Dans le cadre de ses activités, l'entreprise peut mettre en cause sa responsabilité pénale. Cette dernière a pour objet l'infraction et pour but la défense sociale. La mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'entreprise doit être entourée de nombreuses garanties tant en terme de droit substantiel qu'en terme de droit processuel.	Le droit pénal général : <ul style="list-style-type: none"> • les éléments constitutifs de l'infraction • la classification des infractions • l'identification de la personne responsable (l'auteur, le complice) • la peine La procédure pénale : <ul style="list-style-type: none"> • les actions : l'action publique, l'action civile • l'instruction préparatoire : juge et chambre d'instruction • le jugement et les voies de recours

Un certain nombre d'infractions spéciales sont destinées à protéger les actionnaires mais aussi les tiers contre certains comportements des dirigeants de la société, dirigeants de droit ou dirigeants de fait.	Le droit pénal spécial des affaires et des sociétés : <ul style="list-style-type: none"> abus de biens sociaux distribution de dividendes fictifs présentation ou publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle infractions relatives à la constitution et à la dissolution de la société, aux assemblées, au contrôle de la société, ainsi qu'aux droits sociaux et aux modifications du capital social
1.4 L'entreprise et la concurrence	
L'activité de l'entreprise doit composer avec les règles de fonctionnement du marché et particulièrement le respect d'un certain équilibre entre les concurrents, de façon à assurer, d'une part, la protection du marché et, d'autre part, la protection des concurrents.	Le contrôle des concentrations en droit communautaire et en droit interne La réglementation des pratiques anticoncurrentielles : entente et abus de position dominante en droit communautaire et en droit interne La surveillance des comportements : action en concurrence déloyale, réglementation en matière de prix et de facturation Le droit des pratiques restrictives : revente à perte, prix imposés et pratiques discriminatoires
1.5 L'entreprise et l'administration fiscale	
Dans le cadre de son activité, l'entreprise, qui est par ailleurs contribuable, doit respecter la réglementation fiscale. L'administration se réserve la possibilité de contrôler l'application de la règle par le biais des contrôles fiscaux.	Les relations avec l'administration fiscale : agrément et rescrit Les différentes formes de contrôle fiscal La vérification de comptabilité L'issue du contrôle fiscal Le contentieux et la procédure fiscale Notions sur le contentieux communautaire
1.6 L'entreprise et la dimension environnementale	
L'entreprise ne peut exercer son activité en faisant abstraction, tant dans son mode de fonctionnement qu'au travers des produits ou services qu'elle commercialise, de la dimension environnementale.	Les obligations de communication des entreprises en matière d'environnement
2. Le développement de l'entreprise (20 heures)	
L'entreprise qui se développe peut être confrontée à des problèmes d'adaptation de sa structure juridique à son niveau d'activité. Cette adaptation peut être de nature juridique. Le développement de l'entreprise peut nécessiter une évolution de sa gouvernance, c'est-à-dire des modes de direction de l'entreprise et des relations avec les associés ou actionnaires. On aborde ainsi la problématique du gouvernement d'entreprise. Le développement de l'activité de l'entreprise conduit celle-ci à développer ses moyens de communication mais aussi d'élaboration ou d'émission d'informations, notamment sous forme numérique. L'outil informatique occupe souvent une place centrale dans la vie quotidienne de l'entreprise. L'entreprise peut également se développer hors du cadre strictement national. Cette dimension comporte de multiples retombées pour l'entreprise notamment dans le domaine fiscal	Droit et fiscalité de : <ul style="list-style-type: none"> la constitution des sociétés la transformation des sociétés Les relations entre les dirigeants et les associés Le conseil d'administration, le directoire et le conseil de surveillance : rôle et attributions Les dispositifs permettant d'améliorer la transparence du fonctionnement des sociétés Notions essentielles de droit de l'informatique Les principales règles juridiques régissant l'utilisation de l'Internet (sites, transactions et signature électronique) Les règles d'imposition des affaires internationales : règles de territorialité, principes de traitement de la double imposition, détermination et imposition du résultat, TVA et échanges internationaux ou intracommunautaires
3. Le financement de l'entreprise (20 heures)	
Les modalités de financement de l'entreprise sont multiples. Les conditions juridiques et fiscales d'obtention et d'utilisation d'une source de financement donnée font partie des paramètres de la décision de choix.	Le régime juridique et fiscal des augmentations et réductions de capital Les pactes d'actionnaires Le financement par compte courant Le financement par recours aux marchés financiers : la société cotée Le régime juridique et fiscal du financement à long et moyen terme (emprunts obligataires, contrats de financement) Les garanties du crédit

4. De l'entreprise au groupe (40 heures)	
4.1 Les implications juridiques, fiscales et sociales de l'existence d'un groupe	
L'entreprise peut être amenée à se développer par des prises de participations dans d'autres entreprises. Les entreprises concernées font alors partie d'un groupe. Le droit donne un cadre à cette réalité économique.	Droit du travail appliqué aux groupes Régimes fiscaux de groupe et traitement fiscal des opérations internes aux groupes Droit des sociétés applicable aux prises de participations et à la détention de participations dans le capital d'autres sociétés ou groupements Règles juridiques, fiscales et sociales gouvernant certains modes de coopération inter-entreprises : GIE, GEIE, location gérance, contrats d'intérêts communs
4.2 La restructuration de l'entreprise	
L'entreprise est souvent partie prenante dans des opérations de restructuration qui visent à rationaliser l'organisation d'activités au sein d'un groupe ou à organiser de manière différente les activités de l'entreprise. Compte tenu des enjeux, ces opérations sont étroitement réglementées.	Le régime juridique, fiscal et social des opérations de : • fusions de sociétés • scissions de sociétés • apports partiels d'actifs • transmission universelle de patrimoine
5. La pérennité de l'entreprise (40 heures)	
5.1 L'entreprise en difficulté	
Nombreuses sont les difficultés qui peuvent menacer la pérennité de l'entreprise. Le droit, en cherchant à préserver les intérêts des différents partenaires de l'entreprise, va encadrer de manière spécifique la vie de l'entreprise durant cette période.	La prévention des difficultés Le traitement des difficultés : • les procédures collectives • les sanctions Aspects de droit communautaire
5.2 La transmission de l'entreprise	
L'entreprise peut être cédée, qu'elle soit exploitée sous forme d'entreprise individuelle ou sous forme sociétaire. De même, l'entreprise est un élément d'un ou plusieurs patrimoines et, à ce titre, entre dans le cadre des opérations affectant un patrimoine.	La transmission à titre onéreux de l'entreprise : • la cession de l'entreprise individuelle (vente du fonds de commerce) • la cession de droits sociaux La transmission à titre gratuit de l'entreprise : • les conséquences du décès de l'associé ou du dirigeant de l'entreprise individuelle • la donation de l'entreprise ou des droits sociaux
5.3 La disparition de l'entreprise	
L'entrepreneur ou les associés peuvent décider de mettre un terme à la vie de l'entreprise.	La cessation d'activité de l'entreprise individuelle : régime juridique et fiscal La dissolution de la société : régime juridique et fiscal
6. Les associations et autres organismes à but non lucratif (10 heures)	
Les associations sont présentes dans tous les domaines et certaines d'entre elles ont une activité équivalente à celle d'entreprises. La constitution et le fonctionnement des associations et des autres organismes à but non lucratif soulèvent de nombreuses questions juridiques, fiscales et sociales.	Aspects juridiques, fiscaux et sociaux des associations et autres organismes à but non lucratif
INDICATIONS COMPLÉMENTAIRES	
<p>1.2. Dans la couverture des risques de l'entreprise sont à étudier : IARD : assurance dommages, RC produits, RC exploitation, pertes d'exploitation, responsabilité du chef d'entreprise, assurances hommes-clés. La gestion du contrat d'assurance-vie permet d'aborder les rachats et avances. Les aspects fiscaux sont à exposer.</p> <p>2. Lors de l'étude du conseil d'administration, du directoire et du conseil de surveillance, on s'intéressera en particulier au rôle de chacun de ces organes en matière de qualité de l'information comptable et financière.</p> <p>4.2. On étudiera, dans le cadre des opérations de restructuration, le recours à la société européenne.</p> <p>5.2. Il s'agit d'aborder les aspects juridiques, fiscaux et sociaux liés à la transmission de l'entreprise. La situation familiale de la personne faisant l'opération (présence ou absence d'enfants, mariage, PACS) doit être prise en compte.</p>	

II. L'UE DE GESTION JURIDIQUE, FISCALE ET SOCIALE EN DSGC

L'UE Gestion juridique, fiscale et sociale traite l'ensemble des événements auxquels est confrontée une entreprise, dans leurs composantes juridiques, fiscales et sociales. Elle couvre la quasi-totalité du droit des affaires, à l'exception du droit boursier technique, à savoir, la constitution, la transformation, la transmission et la disparition de la société, le droit des contrats, le droit pénal, le droit de la concurrence, la procédure fiscale, l'obligation d'information environnementale, le droit de l'informatique, la gouvernance des sociétés, la territorialité de l'IS et de la TVA, le financement, les groupes de sociétés, les restructurations et les entreprises en difficultés. L'association et le GIE sont également évoqués.

Une opération ayant souvent trait à plusieurs disciplines, vous devez savoir vous mettre en situation en faisant des liens entre ces différents domaines de connaissance. Pour cela, il est indispensable d'avoir une **vision globale et générale du programme**.

Vous avez à votre disposition plusieurs supports pédagogiques :

• **Pour tous les inscrits de l'Intec (en cours oraux ou à distance) :**

- Le **cours polycopié** distribué par le Cned : le polycopié étant auto-suffisant, vous n'êtes pas obligés de recourir à des manuels autres que celui-ci, dans lequel nous respectons parfaitement le programme fixé par l'État. Certains candidats trouvent que le polycopié est lourd à lire et ils voudraient donc une fiche de synthèse. Il est indispensable de lire attentivement le cours, au moins deux fois. Les synthèses ne sont pas suffisantes pour réussir l'épreuve. En outre, le polycopié contient des exemples tirés des arrêts des hautes juridictions et des exercices autocorrigés pour vous aider à mieux comprendre les développements théoriques ;
- Deux types de **synthèse** vous sont proposés :
 - une **synthèse sommaire**, jointe au polycopié à la fin de chaque bloc, vous indique l'essentiel de la matière en référence au sujet d'examen de l'État ;
 - une **synthèse**, qui est une sorte de résumé détaillé du cours, mise en ligne, peut être utilisée au début de votre apprentissage ou une ou deux semaines avant l'épreuve. Elle vous aidera à vérifier que vous maîtrisez l'essentiel du cours. **En aucun cas, elle ne peut remplacer le polycopié.**

Évidemment, vous pouvez rédiger des fiches de synthèses vous-même, ce qui facilitera votre apprentissage.
- Les **devoirs à la maison** : la maîtrise de la méthode s'obtient par sa répétition. Il ne suffit pas de lire une méthode et quelques exercices autocorrigés. Il faut que vous pratiquiez et donc que vous vous entraîniez chez vous. Les devoirs doivent être rédigés de façon pertinente, complète et concise. En outre, il est important que vous vous entraîniez chez vous à faire des devoirs dans des conditions similaires à celles de l'examen, c'est-à-dire, sur support papier.
- Les **compléments pédagogiques en ligne** : tout au long de l'année, des éléments d'actualisation sont mis en ligne : www.cnamintec.fr. Vous y trouverez également le plan du cours, le cours, le corrigé des devoirs, les exercices autocorrigés et les fiches de synthèse, etc.
- La **révision intensive au mois de septembre** : cette formation dure 5 jours (à raison de 6 ou 7 heures par jour). Chaque jour, un intervenant différent vous fait une synthèse des thèmes qui sont sa spécialité. Deux documents vous seront diffusés, à cette occasion :
 - un document composé de cas pratiques et de questions de cours ;
 - une sélection d'arrêts importants de l'année sera proposée (des arrêts récents de la Cour de cassation ou du conseil d'État étant régulièrement mis en annexes des sujets d'examen).
- Les **annales** : la lecture des sujets d'examen des années précédentes n'est pas une perte de temps. Cela vous permet de connaître le style du sujet et l'attente du concepteur. Par ailleurs, ce n'est pas parce qu'un thème a été posé une année qu'il n'est pas susceptible d'être posé à nouveau. Selon mes statistiques des sujets de l'État de 2008 à 2011, l'abus de biens sociaux et l'imposition des plus-values lors de la cession de l'entreprise ont été cités trois fois ; l'acte anormal de gestion et la procédure d'alerte deux fois.
- L'**examen d'essai** : courant février, un examen d'essai est organisé, qui porte sur les deux premières séries du polycopié.

• **Pour les élèves qui suivent des cours oraux dans un centre du Cnam :**

- les **cours oraux** : il est très important de vous préparer avant de venir au cours, au moins de lire le polycopié, sinon, vous n'arriverez pas à suivre le cours ;
- les **applications** : les applications sont regroupées en fonction des thèmes concernés. C'est-à-dire qu'une application portant sur un thème peut couvrir plusieurs séances. Vous avez intérêt à y participer. Pour pouvoir y participer dans les meilleures conditions, il faut s'y préparer à l'avance. Les applications sont composées de cas pratiques, de questions de cours et d'arrêts. **Le corrigé des applications est réservé aux enseignants.**

Depuis la création de cette UE au sein de l'Intec, nous sommes à l'écoute des élèves afin d'améliorer constamment cette formation. Je tenais à vous signaler, à cette occasion, quelques demandes de la part des élèves qui ne me semblent pas pertinentes :

- Certains élèves demandent la diversification des groupes en fonction des niveaux et des souhaits de chacun. Ceci est impossible pour des raisons logistiques (coût financier, nombre d'intervenants, salles, créneaux disponibles, etc.).
- Certains élèves estiment que pendant la séance, les intervenants ne font pas assez de cas pratiques. Pour des raisons tenant à la logistique, nous ne pouvons pas augmenter le volume d'heures des cours oraux, et le programme est très vaste, nous ne pouvons pas traiter l'intégralité du programme et des cas pratiques lors des applications.
- Certains élèves soulignent qu'ils sont déçus de ne pas pouvoir poser autant de questions qu'ils le souhaitent. Le défi pour l'enseignant est de trouver un équilibre entre l'échange, qui rend le cours vivant, interactif et dynamique, et l'avancement du cours (que la majorité des élèves attendent). Vous ne pouvez donc poser ni trop de questions, ni de questions hors sujet. Il est impératif pour l'enseignant d'essayer de traiter le maximum du programme pendant le cours.

En outre, les niveaux des candidats n'étant pas homogènes, les questions posées par certains n'intéressent pas forcément les autres. Il est aussi important pour l'enseignant de concilier les intérêts de tous les auditeurs. Évidemment, votre droit de poser des questions n'est pas supprimé : vous pouvez poser des questions pertinentes de façon raisonnable afin de ne pas retarder l'avancement du programme ; vous pouvez également échanger avec l'enseignant pendant la pause ou en dehors du cours.

- Beaucoup d'élèves réclament le corrigé des applications. La direction de l'Intec est, sur ce point, claire, **il est hors question de diffuser le corrigé aux élèves**. L'expérience montre que l'effet pervers de la solution contraire tient au fait que les élèves se contentent de lire le corrigé et ne viennent plus au cours.

Enfin, je voudrais vous signaler qu'un travail personnel est indispensable, notamment concernant les quatre points suivants :

- **Acquisition des connaissances des quatre UE de droit du DGC/DCG** : l'UE « Gestion juridique fiscale et sociale » a été conçue dans l'optique de l'amélioration des connaissances juridiques acquises en DGC/DCG. Il en résulte que toutes les UE de droit en DGC/DCG sont considérées comme acquises. Cependant, dans notre programme, le droit social est très peu présent et le droit des sociétés n'est présenté que de façon incomplète et dispersée. Il est donc important d'acquérir par vous-mêmes les connaissances essentielles dans ces domaines. À cet effet, l'inscription en UE de droit en DGC/DCG est fortement recommandée. À défaut, l'achat d'ouvrages est indispensable. Le programme de notre UE étant immense, nous n'avons pas le temps de rappeler, dans le cadre de la formation de cette UE, le programme du DGC.
- **Lecture du cours polycopié** : le cours polycopié ne peut être remplacé par les fiches de synthèse.
- **Lecture des arrêts** : des arrêts récents de la Cour de cassation ou du Conseil d'État étant régulièrement mis en annexes des sujets d'examen, il est impératif de savoir les analyser et de le faire efficacement et rapidement. La capacité à analyser rapidement un arrêt s'acquiert par l'entraînement.
- **Entraînement avec les devoirs** à la maison.

III. MÉTHODOLOGIE DE L'ÉPREUVE DE GESTION JURIDIQUE, FISCALE ET SOCIALE

Selon le BO n° 11 du 18 mars 2010 :

« **Épreuve n° 1 : Gestion juridique, fiscale et sociale**

Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'un cas ou de situations pratiques pouvant être accompagnées de commentaires d'un ou plusieurs documents et/ou d'une ou plusieurs questions.

Durée : 4 heures.

Coefficient : 1,5.

20 crédits européens. »

A. IMPORTANCE DE LA MÉTHODOLOGIE

La méthodologie de résolution est importante dans la mesure où elle vous permet de franchir le cap difficile des études juridiques (surtout si vous n'avez jamais fait de droit auparavant), de faciliter la résolution des cas juridiques et de mettre en valeur la qualité de vos connaissances techniques. La réalisation d'un travail de qualité commence par l'acquisition de méthodes. Il est vrai que les étudiants qui n'ont pas acquis ces bases rencontrent des difficultés dans la rédaction de leurs devoirs.

B. LIMITES DE LA MÉTHODOLOGIE

Cependant, la méthodologie ne fait pas de miracle. La maîtrise de la langue française et du contenu du cours demeure la base d'un travail de qualité. En dépit de nouvelles méthodes d'enseignement développées depuis quelques années, le droit est toujours présenté comme une matière nécessitant d'apprendre par cœur. Cela est partiellement exact et partiellement inexact. Cela est exact car le lexique juridique et les règles juridiques nécessitent un apprentissage par cœur. Cela est inexact car l'apprentissage par cœur est un préliminaire. Ensuite il faut savoir appliquer les connaissances techniques aux cas pratiques et évoluer dans un contexte de réformes perpétuelles, de revirements jurisprudentiels ainsi que de nouvelles propositions doctrinales.

C. RÔLE DE LA MÉTHODOLOGIE

Une méthodologie n'est pas l'application d'un plan ou d'une réponse déjà vue (nous ne pouvons tout traiter dans le cours : chaque question a ses particularités), mais de comprendre les mécanismes permettant de trouver un plan ou une réponse pertinente et complète à chaque question posée.

En outre, dans un contexte où le droit évolue de plus en plus vite, la méthodologie vous apprend, au lieu de simplement reproduire les connaissances acquises, à chercher des réponses dans les textes, la jurisprudence ainsi que la doctrine, le jour où vous en aurez besoin.

Il convient de suivre les étapes suivantes :

1^{re} étape : lisez le sujet, puis, écartez les faits inutiles et analysez les faits essentiels.

2^e étape : après avoir dressé l'éventail des faits analysés juridiquement, structurez les idées, c'est-à-dire regroupez les idées afin d'obtenir un plan sommaire (ce plan n'est pas obligatoire, mais il est utile pour structurer vos pensées et rédiger une réponse complète).

3^e étape : il convient de respecter les ordres suivants :

- qualification juridique des faits ;
- identification du problème juridique ;
- présentation du cours relatif à la règle de droit (éclairée éventuellement par la jurisprudence et la doctrine) ;
- application de la règle de droit aux faits d'espèce.

Il faut éviter les passages hors sujet. Les réponses ne doivent pas être trop longues car le jour de l'examen, vous ne disposerez pas d'assez de temps pour faire des développements détaillés, de sorte qu'il faut se limiter à l'essentiel (éliminer les développements secondaires).

D. APPRENTISSAGE DE LA MÉTHODOLOGIE

La maîtrise de la méthode s'obtient par sa répétition. Il ne suffit pas de lire une méthode et quelques exercices corrigés. Il faut pratiquer vous-même. La pratique est indispensable. Seule la mise en pratique de la méthode permet de progresser.

Pour pouvoir pratiquer la méthodologie, il faut maîtriser le contenu du cours. La résolution des cas pratiques est l'application des règles de droit applicables à un cas précis. Si vous ne maîtrisez pas les règles de droit, vous ne pouvez pas les appliquer.

Pour que vous ayez une idée sur nos attentes, il convient de lire attentivement les sujets d'examen (blanc et final) de l'Intec et ceux de l'État des années précédentes ainsi que leurs corrigés. La lecture d'un corrigé vous permet de comprendre quelle est l'attente de celui qui donne le sujet.

Le programme de cette UE est immense. Nous sommes conscients de vos difficultés. L'Intec est à votre disposition pour vous aider. Mais, il faut savoir que nous ne pouvons pas apprendre et passer l'examen à votre place. Un travail personnel est indispensable.

Concernant les mises à jour du programme résultant des différentes réformes législatives ou réglementaires intervenues en cours d'année, vous en êtes informés.

En conclusion, la méthodologie peut vous aider, mais elle ne remplace pas l'apprentissage du cours. Peut-être avez-vous des difficultés pour apprendre le programme.

Pour cela, vous pouvez suivre les étapes suivantes :

1^{re} étape : faire un plan sommaire du programme afin d'en avoir une vision globale. Par exemple, vous savez bien que le programme comporte le droit des contrats, le droit pénal, le droit de la concurrence, la procédure fiscale, le droit des sociétés, le droit financier, le droit de l'environnement, le droit de l'informatique, le droit fiscal international (IS et TVA), le financement de l'entreprise, les groupes de sociétés, l'entreprise en difficulté, la transmission et la disparition de l'entreprise et les associations. Quand vous verrez un sujet, vous pourrez vous dire que c'est un thème en droit de la concurrence ou en droit des contrats, etc. Cela vous aidera à trouver plus rapidement la problématique.

2^e étape : apprendre un plan détaillé par cœur. Il faut savoir que personne n'est capable de maîtriser tous les détails. De plus, nous n'en avons pas besoin. Lisez bien les corrigés des sujets d'examen de l'Intec ainsi que ceux de l'État, les corrigés proposés sont relativement simples. Le jour de l'examen, vous n'aurez pas le temps de tout citer. L'idée du concepteur du sujet est de savoir si vous arrivez à identifier la problématique, si vous connaissez les règles de droit applicables et si vous savez appliquer ces règles.

3^e étape : vous pouvez approfondir les thèmes que vous estimez importants ou difficiles. Par exemple, vous pouvez approfondir vos connaissances sur l'affacturage, le délit non intentionnel, la responsabilité des personnes morales, la clause d'exclusion d'un actionnaire, etc.

PLAN ANNUEL DU COURS

SÉRIE 1

PARTIE 1. L'ENTREPRISE ET LES CONTRATS

- Titre 1. Les éléments généraux sur les contrats
 - Chapitre 1. Les définitions
 - Chapitre 2. La formation du contrat
 - Chapitre 3. Les effets du contrat
- Titre 2. La diversité des contrats
 - Chapitre 1. Le contrat de vente
 - Chapitre 2. Le contrat d'entreprise
 - Chapitre 3. Le contrat de distribution : concession et franchise
 - Chapitre 4. Les contrats de consommation
 - Chapitre 5. Le contrat d'assurance

PARTIE 2. DROIT PÉNAL

- Titre 1. Le droit pénal général
 - Chapitre 1. Les infractions
 - Chapitre 2. La personne pénalement responsable
 - Chapitre 3. La peine
- Titre 2. La procédure pénale
 - Chapitre 1. Les poursuites (ou actions)
 - Chapitre 2. L'instruction préparatoire
 - Chapitre 3. Le jugement et les voies de recours
- Titre 3. Le droit pénal spécial des sociétés et des affaires
 - Chapitre 1. L'abus de biens sociaux
 - Chapitre 2. La distribution de dividendes fictifs
 - Chapitre 3. La présentation ou la publication de comptes annuels infidèles
 - Chapitre 4. Les autres infractions au droit des sociétés

SÉRIE 2

PARTIE 3. DROIT DE LA CONCURRENCE

- Titre 1. L'action en concurrence déloyale
 - Chapitre 1. Les comportements constitutifs de concurrence déloyale
 - Chapitre 2. L'action en concurrence déloyale
- Titre 2. Les comportements entravant le développement de la concurrence
 - Chapitre 1. Les pratiques restrictives de la concurrence
 - Chapitre 2. La transparence et les pratiques tarifaires
- Titre 3. Les pratiques anti-concurrentielles : ententes et abus de position dominante
 - Chapitre 1. Les pratiques anticoncurrentielles
 - Chapitre 2. Les sanctions encourues

Titre 4. Le contrôle des concentrations

Chapitre 1. Les concentrations soumises au contrôle

Chapitre 2. Les procédures de contrôle des concentrations

PARTIE 4. L'ENTREPRISE ET L'ADMINISTRATION FISCALE

Titre 1. Les relations avec l'administration fiscale : agrément et rescrit

Chapitre 1. L'agrément

Chapitre 2. Le rescrit fiscal

Titre 2. Les différentes formes de contrôle fiscal

Chapitre 1. Le délai d'action de l'administration

Chapitre 2. Les différentes formes de contrôle

Titre 3. La procédure de rectification à l'issue du contrôle fiscal

Chapitre 1. La proposition de rectification

Chapitre 2. La procédure de rectification

Titre 4. Les voies de recours

Chapitre 1. Les voies de recours précontentieux

Chapitre 2. La demande de remise gracieuse

Chapitre 3. Le contentieux de l'impôt

Chapitre 4. Les notions sur le contentieux communautaire

PARTIE 5. LE DÉVELOPPEMENT DE L'ENTREPRISE

Titre 1. Les règles communes à toutes les sociétés

Chapitre 1. La société comme contrat

Chapitre 2. La société comme personne morale

Chapitre 3. Les modifications ou transformations de la société

Titre 2. La fiscalité des sociétés

Chapitre 1. La fiscalité de la constitution des sociétés

Chapitre 2. La fiscalité applicable aux résultats réalisés par les sociétés

Chapitre 3. La fiscalité des transformations de la société

Titre 3. La réglementation de la SA

Chapitre 1. La SA avec conseil d'administration

Chapitre 2. La SA avec conseil de surveillance et directoire

Titre 4. Les règles propres aux sociétés cotées

Chapitre 1. L'obligation d'information et les dispositifs de contrôle

Chapitre 2. Les sanctions en cas de manquement à l'obligation d'information

Titre 5. Les obligations de communication des entreprises en matière d'environnement

Chapitre 1. Le domaine et le contenu de l'obligation d'information en matière environnementale

Chapitre 2. Les sanctions au manquement à l'obligation d'information en matière environnementale

Titre 6. Droit de l'informatique

Chapitre 1. Les notions essentielles de droit de l'informatique

Chapitre 2. Les principales règles juridiques régissant l'utilisation de l'Internet (sites, transactions et signature électronique)

SÉRIE 3

PARTIE 6. LA TERRITORIALITÉ DE L'IS ET DE LA TVA

Titre 1. La territorialité de l'IS

Chapitre 1. Les principes généraux

Chapitre 2. Les modalités d'imposition des résultats

Titre 2. La territorialité de la TVA

Chapitre 1. La détermination des territoires

Chapitre 2. Les opérations portant sur des biens

Chapitre 3. Les opérations portant sur des prestations de services

Chapitre 4. Les entreprises étrangères

PARTIE 7. LE FINANCEMENT DE L'ENTREPRISE

Titre 1. Le recours à des investisseurs identifiés

Chapitre 1. Le financement par apport en capital social

Chapitre 2. Le financement par emprunt non bancaire

Chapitre 3. Le financement bancaire

Titre 2. Le recours à des investisseurs anonymes

Chapitre 1. Les modalités du recours à des investisseurs anonymes

Chapitre 2. Le contrôle exercé par l'AMF

PARTIE 8. DE L'ENTREPRISE AU GROUPE

Titre 1. Les implications juridiques, fiscales et sociales de l'existence d'un groupe

Chapitre 1. Le droit des sociétés applicable aux prises de participations et à la détention de participations dans le capital d'autres sociétés ou groupements

Chapitre 2. Les régimes fiscaux du groupe

Chapitre 3. Le droit du travail appliqué aux groupes de sociétés

Chapitre 4. Les règles juridiques, fiscales et sociales des GIE, GEIE, location-gérance et mandats d'intérêts communs

Titre 2. La restructuration de l'entreprise

Chapitre 1. Le régime juridique, fiscal et social des opérations de fusion de sociétés

Chapitre 2. Le régime juridique, fiscal et social des scissions de sociétés

Chapitre 3. Le régime juridique, fiscal et social des apports partiels d'actif

Chapitre 4. Le régime juridique, fiscal et social des opérations de transmission universelle de patrimoine

SÉRIE 4

PARTIE 9. L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

Titre 1. La prévention des difficultés des entreprises

Chapitre 1. La détection des difficultés

Chapitre 2. La procédure d'alerte

Chapitre 3. La procédure de conciliation

Chapitre 4. Le mandataire ad hoc

Chapitre 5. L'intervention des pouvoirs publics

Titre 2. Les procédures collectives

Chapitre 1. Les principes généraux des procédures collectives

Chapitre 2. L'ouverture d'une procédure collective

Chapitre 3. Les conséquences de l'ouverture d'une procédure collective

Titre 3. L'aspect communautaire du droit des entreprises en difficulté

Chapitre 1. Le champ d'application du règlement européen

Chapitre 2. Le fonctionnement du système européen

PARTIE 10. LA TRANSMISSION ET LA DISPARITION DE L'ENTREPRISE

Titre 1. La transmission de l'entreprise

Chapitre 1. La transmission à titre onéreux

Chapitre 2. La transmission à titre gratuit

Titre 2. La disparition de l'entreprise

Chapitre 1. La cessation d'activité de l'entreprise individuelle :
régime juridique et fiscal

Chapitre 2. La dissolution de la société : régime juridique et fiscal

PARTIE 11. ASSOCIATIONS ET AUTRES ORGANISMES À BUT NON LUCRATIF

Titre 1. Les associations

Chapitre 1. Le régime juridique

Chapitre 2. Le régime fiscal

Titre 2. Les fondations et autres organismes à but non lucratif

Chapitre 1. Les fondations

Chapitre 2. Le fonds de dotation

L'ENTREPRISE ET LES CONTRATS

Partie rédigée par Tahar MABROUK, Sophie SABATHIER,
Catherine VAUTHIER et Haiying WANG-FOUCHER

Le droit des contrats repose sur des règles communes contenues dans les dispositions du Code civil. Cette théorie générale qui décrit les règles communes à la formation et aux effets de tout contrat va vous être présentée dans ses principaux aspects (titre 1). Elle sert de socle commun au régime juridique de contrats très divers, contrat de vente, contrat d'entreprise, contrat de distribution... : les principaux d'entre eux seront analysés dans un titre 2.

TITRE 1. LES ÉLÉMENTS GÉNÉRAUX SUR LES CONTRATS

CHAPITRE 1. LES DÉFINITIONS

Le contrat est une **convention**, un accord de volontés par lequel les contractants créent des obligations. Le contrat, contrairement à une simple entraide gratuite et familiale par exemple, est **générateur d'obligations** : il produit des effets juridiques déterminés (en termes de force obligatoire, de responsabilité...) et lie les parties.

SECTION 1. LA DISTINCTION AVEC LES QUASI-CONTRATS

Aucun accord de volonté n'est à l'origine des **quasi-contrats**. Les obligations quasi-contractuelles naissent d'un fait juridique.

« Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties. »

Art. 1371, C. civ.

Le législateur a prévu deux sortes de quasi-contrats : la **gestion d'affaires** et la **répétition de l'indu**. La jurisprudence a créé la notion d'**enrichissement sans cause**, par un arrêt Boudier rendu par la chambre des requêtes le 15 juin 1892.

SECTION 2. LA CLASSIFICATION¹ DES CONTRATS

I. CONTRATS SYNALLAGMATIQUES OU UNILATÉRAUX (ART. 1102 ET 1103, C. CIV.)

Le **contrat synallagmatique** (ou bilatéral) est caractérisé par la création d'obligations réciproques et interdépendantes des parties (comme dans la vente où le vendeur s'engage à livrer la chose et l'acheteur à la payer).

Le **contrat unilatéral** ne fait naître d'obligations qu'à la charge d'une seule partie : il en est ainsi d'une donation, d'un cautionnement ou d'une promesse unilatérale de vente.

L'intérêt de la qualification est double :

- Les **règles de preuve** diffèrent, car l'écrit qui matérialise un contrat synallagmatique doit être rédigé en autant d'exemplaires qu'il y a de parties. Pour les contrats unilatéraux, un seul titre suffit.
- L'**interdépendance des obligations** propre au contrat synallagmatique permet de mettre en jeu des sanctions particulières telles que l'exception d'inexécution, ou encore la résolution (disparition rétroactive) du contrat.

II. CONTRATS À TITRE ONÉREUX ET CONTRATS À TITRE GRATUIT (ART. 1105 ET 1106, C. CIV.)

Le contrat est à titre **onéreux** lorsque chaque partie reçoit un avantage qui est la contrepartie de ce qu'elle procure à l'autre. Par exemple, dans **la vente**, le vendeur ne donne la chose que contre le versement d'un prix. Ce n'est pas vrai dans **la donation**, contrat à titre **gratuit** (contrat de bienfaisance), qui est celui dans lequel une partie ne retire aucune contrepartie de la prestation fournie et procure un avantage à l'autre.

Certains contrats peuvent être faits à titre gratuit ou à titre onéreux : le prêt d'argent selon qu'il est rémunéré par un intérêt ou non, les contrats de dépôt ou de mandat selon que le dépositaire ou le mandataire réclame une rémunération ou pas, le cautionnement, etc. Dans certains cas, un contrat à titre gratuit peut devenir à titre onéreux. Ainsi, une donation peut changer de nature et devenir à titre onéreux si des charges importantes sont imposées au donataire.

Si l'on distingue des deux types de contrat, c'est parce que les contrats à titre gratuit obéissent à des règles spécifiques :

- Il sera, par exemple, plus facile de les faire révoquer pour fraude, le caractère gratuit de l'acte le rendant plus suspect. Ce sera le cas par exemple, lorsqu'un débiteur aux abois fait une donation à un proche pour faire échapper le bien à ses créanciers.
- Il existe certaines règles de forme et de capacité particulières.

III. CONTRATS COMMUTATIFS ET CONTRATS ALÉATOIRES (ART. 1104, C. CIV.)

Le **contrat est commutatif** lorsque la contrepartie que reçoit chaque contractant est **déterminée et certaine**. Il est **aléatoire** lorsque l'étendue de la prestation dépend du **hasard**. La vente est un contrat commutatif. Le contrat d'assurance, un **contrat aléatoire** : au moment de la conclusion du contrat, on ne sait pas si l'assureur versera ou non sa prestation, l'indemnité d'assurance ; tout dépend de la survenance du risque assuré.

1. Les principales classifications sont prévues par le Code civil, d'autres ont été dégagées ultérieurement et reflètent l'évolution du droit des contrats sous l'influence des facteurs économiques et sociaux.

L'intérêt de la distinction réside dans l'application de la **lésion**, qui constate un déséquilibre grave entre les prestations découlant du contrat, et qui permet d'en demander la rescision (nullité du contrat ou révision du prix). Elle est admise de façon exceptionnelle (le Code civil ne la consacre que dans certaines occasions, lésion de plus des 7/12 dans la vente d'immeubles au détriment du vendeur par exemple). Elle est exclue dans les contrats aléatoires. On dit que « **l'aléa chasse la lésion** » (voir ci-après).

IV. CONTRATS NOMMÉS ET CONTRATS INNOMMÉS (ART. 1107, C. CIV.)

Les **contrats nommés** sont ceux auxquels la loi, le règlement ou l'usage ont donné un **nom** et fixé par un texte : la vente, le louage, le mandat, le dépôt, le cautionnement voient leurs régimes fixés par les textes. Mais, il existe un nombre considérable de contrats qui reflètent la liberté contractuelle – dans le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs – et l'imagination des parties et des juristes. Ils sont dits **innommés** quand la loi ne prévoit pas de réglementation qui leur serait propre (contrat de déménagement, de publicité, etc.).

La qualification des conventions est nécessaire pour savoir quelle réglementation appliquer. Les contrats, qu'ils soient nommés ou innommés, sont soumis aux règles générales du Code civil tandis que des règles particulières à certains contrats sont spécialement établies.

La qualification d'une convention de nommée ou d'innommée est indispensable pour déjouer certaines fraudes. Par exemple, on ne pourrait conclure un contrat de location d'immeubles qui prendrait la forme d'une « *convention d'occupation précaire* » pour échapper au statut des baux commerciaux particulièrement protecteur du locataire commerçant.

V. CONTRATS INSTANTANÉS ET CONTRATS À EXÉCUTION SUCCESSIVE

Dans le **contrat instantané**, les obligations que le contrat fait naître pourront être exécutées en une seule fois (la vente). Le **contrat à exécution successive** comporte, lui, des obligations qui s'étalent, se **renouvellent** dans le temps (contrat de travail, contrat de bail, etc.).

La distinction est fondamentale : la cessation du contrat à exécution successive ne vaudra que pour l'avenir, car il est impossible de restituer le travail reçu ou le temps d'occupation d'un local ; on parle alors de **résiliation** du contrat. Au contraire, le contrat à exécution instantanée peut faire l'objet d'une résolution : la chose vendue sera restituée, tout comme le prix de vente ; le contrat est rétroactivement anéanti.

VI. CONTRATS CONSENSUELS, SOLENNELS ET RÉELS

Le **contrat consensuel** est conclu par le seul accord des volontés des parties, sans aucune forme particulière. Le **consensualisme** est le principe général du droit français des contrats. Ce n'est en effet que par exception qu'une formalité sera exigée comme condition de validité du contrat, particulièrement lorsque l'acte projeté est d'une certaine gravité. Par exemple, **la vente est un contrat consensuel qui, sauf stipulation contraire, opère transfert de propriété dès l'échange des consentements.**

Dans les **contrats solennels**, le législateur impose une forme déterminée pour la **validité** du contrat. Le Code civil a prévu la rédaction d'un acte authentique (reçu par un officier public, comme un notaire) pour des contrats considérés comme graves (mariage, donation, hypothèque, etc.). Des textes postérieurs imposent dans certains contrats le respect de mentions obligatoires destinées à protéger une des parties et à s'assurer qu'elle a conscience de la portée de son engagement. On peut citer le prêt immobilier, ou encore le cautionnement.

La conclusion d'un **contrat réel** est subordonnée à la remise de la chose. Par exemple, le contrat de dépôt suppose la remise de la chose déposée. Cette catégorie est en net recul : le contrat de prêt, aujourd'hui, lorsqu'il est consenti par un professionnel du crédit à un particulier, n'est plus un contrat réel mais un contrat consensuel.

VII. CONTRATS DE GRÉ À GRÉ ET CONTRATS D'ADHÉSION

On oppose le contrat **négocié** ou **conclu** « **de gré à gré** », dont les clauses ont été librement débattues par les parties, au **contrat d'adhésion**, pré-rédigé par une partie qui est en position de force (assureur, banquier dans les relations professionnel/consommateur, contrat de transport avec la SNCF), et qui n'est pas réellement le fruit d'un consentement du contractant le plus faible puisqu'il ne fait qu'adhérer à un contrat standardisé.

De nombreuses réglementations, issues notamment du Code de la consommation, protègent aujourd'hui la partie dite « *faible* » contre les abus que cette standardisation peut générer. On pense notamment à la réglementation des clauses abusives².

CHAPITRE 2. LA FORMATION DU CONTRAT

L'article 1108 du Code civil dispose que :

- « **Quatre conditions** sont essentielles pour la validité d'une convention :
- le **consentement** de la partie qui s'oblige ;
 - sa **capacité** à contracter ;
 - un **objet** certain qui forme la matière de l'engagement ;
 - une **cause** licite dans l'obligation. »

Si l'une de ces conditions fait défaut, le contrat, en principe, est **nul**.

Il convient de présenter les **conditions** de formation du contrat (Section 1) puis les **sanctions** attachées au non-respect de ces règles de formation (Section 2). Le lien d'obligation peut être frappé de **modalités** assez nombreuses et qui sont en pratique fréquemment stipulées dans le contrat (Section 3).

SECTION 1. LES CONDITIONS DE FORMATION DU CONTRAT

Condition de forme

L'article 1108 du Code civil ne prévoit pas de **condition de forme**. En principe, les contrats sont **consensuels**, ce qui signifie qu'ils sont conclus valablement par le seul échange des consentements, en l'absence de toute forme. Les avantages sont nombreux : souplesse, rapidité. Mais, ce principe du consensualisme comporte de nombreux **tempéraments**.

Un écrit ou l'existence de certaines mentions dans l'acte peut être exigé, parfois seulement à titre de preuve, ce qui ne remet pas vraiment en cause le principe du consensualisme, car le contrat reste valable, et produit tous ses effets tant que personne ne vient pas contester son existence.

Certaines conditions de forme sont nécessaires à la validité même du contrat :

- la loi exige un acte notarié ou authentique pour certains contrats (contrat de mariage, ou relatif aux immeubles, etc.) ;
- la loi exige l'enregistrement de l'acte. La promesse unilatérale de vente portant sur un immeuble ou un fonds de commerce est soumise à l'enregistrement dans les 10 jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire, sous peine de nullité (art. 1589-2, C. civ. Voir également art. L. 290-1 CCH sur la promesse de vente à long terme) ;
- pour certains actes, la loi impose que figurent dans le contrat des mentions destinées à éclairer le consentement d'une partie. Par exemple :

2. Les associations agréées de défense des consommateurs peuvent exercer une **action préventive** pour demander la suppression des clauses illicites contenues dans les modèles type de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée.

- en matière de vente de fonds de commerce, le vendeur doit mentionner le chiffre d'affaires des trois dernières années (art. L. 141-1, C. com.) ;
- toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit faire précéder sa signature de la mention manuscrite prévue à l'article L. 341-2 du Code de la consommation.

Nous analyserons successivement les conditions essentielles à la validité du contrat : consentement (I), capacité (II), objet (III) et cause (IV).

I. LE CONSENTEMENT DES PARTIES

La conclusion du contrat suppose une rencontre des volontés des deux contractants : c'est le **consentement** des parties au contrat (A). Ce consentement doit, en outre, être intègre et dépourvu de vices : il convient d'analyser les **vices du consentement** susceptibles de conduire à l'annulation du contrat (B).

A. L'ÉCHANGE DES CONSENTEMENTS

Tout contrat suppose la rencontre d'une **offre** (1) et d'une **acceptation** (2). Sa formation est instantanée au moment où se rencontrent les volontés concordantes des intéressés.

1. L'offre

L'offre est une **manifestation de volonté unilatérale, par laquelle une personne** (l'offrant ou le pollicitant) **exprime sa volonté de contracter**.

a. La distinction avec les avant-contrats

L'offre se distingue des **avant-contrats**, qui sont des contrats et qui ont pour objet la préparation ou la conclusion d'un autre contrat, et qui permettent de lier l'une ou les parties au contrat par un engagement de nature contractuelle (on les rencontre souvent dans la vente des biens immobiliers).

EXEMPLES

Le **pacte de préférence** est la convention par laquelle l'une des parties s'engage envers l'autre à lui donner la priorité, si elle décide de conclure le contrat défini dans le pacte de préférence. On le rencontre, par exemple, en droit des sociétés, l'associé d'une société promet à un autre de lui céder sa participation au capital de la société au jour où il quitte la société.

La **promesse unilatérale** est la convention par laquelle le promettant accorde au bénéficiaire, qui l'accepte, une option quant à la conclusion d'un contrat déterminé. Le promettant est définitivement engagé. Le bénéficiaire peut, lui, lever ou non lever l'option.

La **promesse synallagmatique** est présente dans les cas où les parties subordonnent la vente à certaines conditions (autorisation administrative, hypothèque, clause relative à l'attente d'un prêt). Les contractants concluent alors un **compromis**. Par exemple, il est fréquent de suspendre la conclusion du compromis de vente d'un terrain à l'obtention du permis de construire.

Dans ces trois cas, il ne s'agit pas d'une simple manifestation unilatérale de volonté : il y a déjà véritablement **contrat**.

b. Les caractères de l'offre

L'offre est la manifestation d'une volonté de contracter. Mais pour être qualifiée ainsi, cette manifestation doit exprimer une volonté ferme et précise, de telle sorte que l'acceptation du bénéficiaire suffira à former le contrat.

▀ La fermeté de l'offre

La proposition doit être ferme et manifester la volonté de son auteur de s'engager. L'auteur de l'offre entend être lié par contrat dès lors que l'acceptation aura été formulée. Il ne peut en être ainsi s'il est indiqué « *sans engagement de notre part* », ou encore « *offre non contractuelle* », ou encore « *dans la limite des stocks disponibles* », « *sous réserve d'acceptation du dossier* ». La réserve n'est pas nécessairement expresse, elle peut être implicite comme dans l'offre de contrat de travail qui suppose nécessairement l'agrément du candidat.

▀ La précision de l'offre

Elle doit contenir les éléments essentiels du contrat, qui dépendent de la nature du contrat conclu. Par exemple, il n'y a offre de vente que si la chose vendue et le prix sont déterminés. Dans le contrat de bail, la date d'entrée en jouissance constitue un élément essentiel du contrat et l'offre relative à ce contrat doit mentionner cette date.

▀ Le défaut de précision et/ou de fermeté de l'offre

- Si l'offre n'est pas suffisamment précise, pas suffisamment ferme, il ne s'agit que de **pourparlers**.

L'accord de volonté des auteurs sur les pourparlers ne constitue pas un contrat : les pourparlers peuvent être rompus. Cependant, l'abus dans la rupture des pourparlers sera sanctionné. Si les pourparlers sont rompus brutalement, avec mauvaise foi, l'auteur de la rupture engage sa responsabilité (Cass. com., 26 nov. 2003, n° 00-10243 et 00-10949). Il s'agit d'une responsabilité délictuelle, qui suppose une faute, un dommage et un lien de causalité entre les deux. Le préjudice réparable est constitué des frais et de la perte de temps occasionnés par les négociations vaines, mais pas dans le profit que la victime de la rupture aurait pu trouver dans la réalisation du contrat (Cass. civ. 3^e, 7 janv. 2009, n° 07-20783). En droit des sociétés, les frais de désengagement des associés peuvent être conventionnellement prévus (dans une terminologie anglo-saxonne, ce sont les *break up fees*).

- En revanche, dès lors que les critères de fermeté et de précision sont remplis, l'offre engage son auteur, qu'elle soit adressée à personne déterminée ou au public : selon la jurisprudence, l'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée.

c. La rétractation de l'offre

▀ Le principe : l'offre peut être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée

Seul l'accord de deux volontés au moins peut être source d'obligations. Prenons l'exemple d'une personne qui adresse une offre de vente à une personne déterminée, puis revient sur sa proposition. Si la rétractation intervient après l'acceptation, il est trop tard. En revanche, si elle intervient avant, la révocation est efficace : le contrat n'est pas formé puisque la rencontre des volontés n'a pas eu lieu (Cass. civ. 3^e, 11 mai 2011, n° 10-12875).

L'**offre faite sans stipulation de délai** peut être rétractée à tout moment. Il n'y a pas lieu alors à indemnisation car l'offrant est libre de rétracter son offre et ne commet pas de faute en la retirant.

▀ Mais ce principe doit être tempéré

La jurisprudence sanctionne une révocation abusive, de mauvaise foi, de l'offre.

Par ailleurs, en principe, la révocation de l'offre ne peut donner lieu à une exécution forcée, mais seulement à des dommages-intérêts. La conclusion forcée du contrat suite à une offre porterait atteinte à la liberté contractuelle. Toutefois, **si l'offre est assortie de délai précis et qu'elle est adressée une personne déterminée**, elle devra être maintenue. L'offre étant censée être maintenue jusqu'à la date limite prévue dans l'offre, si l'offre est acceptée avant cette date, le contrat est formé et la rétractation de l'offre n'est pas efficace (Cass. civ. 3^e, 7 mai 2008, n° 07-11690). Ceci est conforme à l'idée que les contrats à durée déterminée ne peuvent en principe être rompus avant terme par une manifestation unilatérale de volonté.

Lorsque l'offre n'est pas assortie d'un délai précis et qu'elle est adressée à une personne déterminée, pendant un délai raisonnable, la révocation n'est pas possible, le contrat est dès lors formé si l'acceptation intervient avant l'expiration d'un délai raisonnable (Cass. civ. 3^e, 25 mai 2005, n° 03-19411). En l'absence de stipulation de délai, les juges du fond apprécient souverainement si l'offre comporte implicitement un délai raisonnable d'acceptation et ils en fixent la durée selon les usages et les circonstances.

Cette obligation de maintien est plus discutée lorsque l'offre est faite au public.

Il arrive aussi que la loi impose certains délais, afin de protéger un contractant : essentiellement dans les opérations de crédit. Les articles L. 311-8 et L. 312-10 alinéa 1^{er} du Code de la consommation prévoient une obligation de maintien de l'offre par le professionnel.

REMARQUE

Comparer avec le cas des promesses unilatérales de vente ou d'achat

En général, seules les obligations à caractère personnel et les promesses unilatérales de vente échappent à l'exécution forcée. La doctrine critique la position jurisprudentielle en considérant que la promesse unilatérale de vente est un contrat ayant une force obligatoire. La Cour de cassation n'a pas pris en compte la critique de la doctrine (Cass. 3^e civ., 25 mars 2009, n° 08-12237 ; 11 mai 2011, n° 10-12875 ; com., 13 sept. 2011, n° 10-19526). En revanche, elle a admis que les parties peuvent stipuler une clause contractuelle prévoyant l'exécution forcée en nature en cas de rétractation du promettant (Cass. civ. 3^e, 27 mars 2008, n° 07-11721). **Il est paradoxal que l'offre produise un effet contraignant supérieur à celui d'une promesse de vente.**

d. La caducité de l'offre

L'offre devient caduque à l'expiration du délai prévu, ou du délai raisonnable, ce qui paraît logique car une offre laissée longtemps sans réponse n'est plus pertinente.

La question s'est posée sur le sort de l'offre en cas de décès de son auteur. Une offre de contracter doit-elle encore être maintenue après le décès du pollicitant, et lier par suite ses héritiers ? En 1997, il a été jugé que le décès d'un pollicitant ne rendait pas caduque l'offre qu'il avait assortie d'un délai. Mais les particularités de l'espèce font que la question reste ouverte.

REMARQUE

Comparer avec le cas des promesses unilatérales de vente

Par une promesse unilatérale de vente, le promettant avait définitivement consenti à vendre et l'option peut être valablement levée, après son décès, contre ses héritiers (Cass. 3^e civ. 8 sept. 2010, n° 09-13345).

2. L'acceptation de l'offre

L'acceptation est la manifestation de volonté par laquelle une personne donne son accord à l'offre qui lui est faite. Elle entraîne la formation du contrat.

a. Les modalités de l'acceptation

➡ Elle doit être pure et simple

Elle doit être faite sans réserves, sinon il s'agit d'une **contre-offre**, qui doit à son tour faire l'objet d'une acceptation pour que le contrat soit formé.

L'acceptation doit porter sur tous les éléments du contrat.

L'accord du destinataire ne vaut que pour les stipulations dont il a pu ou dû avoir connaissance. Ce sont, par exemple, le document principal qui a pu constater l'engagement des parties et les documents annexes auxquels renvoie le document principal (brochure, tarif, cahier des charges, affiches, etc.).

► Elle doit être exprimée

Cette expression ne prend pas nécessairement la forme d'un écrit : chacun a vu des enchères, où l'acceptation se manifeste par le fait de lever sa main ; dans la vie des affaires, elle peut prendre la forme d'un commencement d'exécution du contrat (un fournisseur expédie les marchandises qu'on lui a commandées). Mais, l'acceptation ne doit pas être **équivoque**.

La question qui se pose est de savoir si le **silence gardé à la réception d'une offre** peut être considéré comme une acceptation. En droit, le principe, destiné à protéger les contractants, est le suivant : « *qui ne dit mot [...] ne consent pas* ». **Le silence ne vaut pas consentement**.

Cependant, il existe :

- Des **exceptions légales** : le renouvellement d'un contrat de bail peut s'opérer par **tacite reconduction** lorsque le locataire reste dans les lieux (art. 1738, C. civ.).
- La **jurisprudence** admet aussi des tempéraments à ce principe. Elle considère parfois que le silence est « *circonstancié* » et que l'on peut en déduire une **acceptation tacite dans certaines hypothèses** :
 - lorsque les parties sont en relations d'affaires antérieures, pour un contrat de même nature que le précédent ;
 - lorsque des usages l'admettent ;
 - lorsque l'offre était faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire : la remise de dette en est une illustration.

b. Le moment de l'acceptation

Lorsque l'offre est assortie d'un délai, l'acceptation doit intervenir dans le délai indiqué. Lorsque l'offre n'est assortie d'aucun délai, le bénéficiaire de l'offre ne peut lever utilement l'offre et par faire le contrat que s'il manifeste sa volonté dans un délai raisonnable (Cass. civ. 3^e, 20 mai 2009, n° 08-13230).

L'acceptation a lieu en principe **immédiatement après l'offre** et forme le contrat. Toutefois, certaines lois particulières, notamment dans les relations entre un professionnel et un consommateur, accordent un **délai de réflexion** qui doit être impérativement respecté.

REMARQUES

1. Contrat conclu entre absents

Lorsque le contrat est conclu entre absents, entre personnes qui ne se trouvent pas au même endroit, par correspondance, le Code civil ne dit rien sur le moment de formation du contrat. Or, au jour où il est formé, le contrat a force de loi entre les parties ; le moment de formation permet aussi de déterminer quelle loi lui est applicable (celle en vigueur au jour de sa conclusion). C'est enfin au moment de la formation du contrat qu'on apprécie la réunion des conditions de validité du contrat. Il découle de la jurisprudence que les parties peuvent décider librement où et quand le contrat est formé ; en l'absence d'accord des parties sur ce dernier point, à titre supplétif, on considère que le contrat est formé au jour de l'émission de l'acceptation (d'où l'importance du recommandé qui permet de donner date certaine à l'envoi de l'acceptation par courrier), et non par la réception de cette acceptation.

2. Contrat électronique

Dans les contrats électroniques, l'acceptation répond à des exigences particulières :

« Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation.

L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée.

La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès. »

Art. 1369-5, C. civ.

Le but de ce texte est de retarder la formation du contrat et d'empêcher qu'un internaute se trouve lié sans l'avoir voulu ou sans en avoir pris conscience. La formation du contrat doit passer par quatre étapes, dans le contrat conclu entre un professionnel et un profane :

1^{re} étape : l'offre faite par le professionnel doit être accompagnée de nombreuses informations visées à l'article 1369-4 alinéa 2 du Code civil ;

2^e étape : la commande établie par le destinataire de l'offre ;

3^e étape : la confirmation de cette commande (**double clic**) après correction d'éventuelles erreurs ;

4^e étape : l'accusé réception de la confirmation de la commande.

Pour protéger qu'il soit, ce schéma n'est guère éclairant quant à la date de formation du contrat.

B. LA PROTECTION DU CONSENTEMENT

« Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. »

Art. 1109, C. civ.

Le consentement doit être libre et éclairé : l'existence d'un **vice du consentement** (1) entraîne la nullité du contrat. Mais, l'intégrité du consentement est aussi assurée par des législations plus récentes (2).

1. Les vices du consentement prévus par le Code civil

Il convient de distinguer l'erreur, le dol et la violence.

a. L'erreur

« L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. »

Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. »

Art. 1110, C. civ.

L'erreur est une représentation inexacte de la réalité : le consentement de l'une des parties a été déterminé par une erreur, une idée fausse. Par exemple, un acheteur n'a acquis un tableau que parce qu'il croyait qu'il s'agissait de l'œuvre d'un maître. Le contrat est susceptible d'annulation puisqu'un élément essentiel à sa formation, le consentement, a été vicié.

On le voit, la nullité pour erreur, dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, ne pouvait reposer que sur deux hypothèses. Cette vision restrictive a été assouplie. Il convient donc de distinguer, parmi les différents types d'erreurs, celles qui aboutissent à la nullité du contrat de celles qui sont indifférentes : c'est l'objet de l'erreur. Nous étudierons ensuite les caractères que doit remplir l'erreur pour entraîner la nullité du contrat.

➡ L'objet de l'erreur

Les erreurs qui n'entraînent pas la nullité du contrat

Les erreurs qui ne portent pas sur la substance de la chose ou sur la personne ne sont pas une cause de nullité du contrat :

- **L'erreur sur les motifs déterminants** : la personne a contracté dans un certain but, pour certaines raisons qui se révèlent inexactes. Par exemple, croyant être mutée à Toulouse, une personne y loue un appartement. On ne peut faire annuler un contrat pour des raisons personnelles, c'est une question de sécurité juridique. Le fait qu'un achat immobilier ait été effectué dans le but de réaliser une opération de défiscalisation, en cas d'échec, ne suffit pas à prononcer sa nullité pour erreur sur les motifs déterminants.

- **L'erreur sur la valeur** : elle n'est pas admise, alors pourtant que la valeur d'un bien est déterminante du consentement. C'est une exclusion traditionnelle qui a pour but d'éviter qu'on puisse revenir sur une convention tout simplement parce qu'on n'a pas fait une bonne affaire ! Dans des cas précis et exceptionnels, la loi admet le jeu de la **lésion** (voir page 23).

REMARQUE

Distinction entre action en rescision pour lésion et action en nullité de la vente pour vileté du prix

L'action en rescision pour lésion est prévue à l'article 1674 du Code civil :

« Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value. »

L'action en nullité de la vente pour vileté du prix est prévue à l'article 1658 du Code civil :

« Indépendamment des causes de nullité ou de résolution déjà expliquées dans ce titre, et de celles qui sont communes à toutes les conventions, le contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la faculté de rachat et par la vileté du prix. »

La loi fixe le seuil de lésion concernant la vente d'un immeuble alors que le caractère dérisoire du prix s'apprécie au jour de la vente, ce qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Les erreurs qui sont susceptibles d'entraîner la nullité du contrat

- **L'erreur-obstacle**

Il y a deux hypothèses, rares, dans lesquelles la formation du contrat est en réalité inconcevable : l'erreur sur la nature du contrat (l'un croit passer une donation, l'autre croit vendre), ou l'erreur sur l'identité de la chose, objet du contrat. Le changement de monnaie a été l'occasion d'erreurs obstacles (l'un pense acheter en francs, l'autre vendre en euros) : le malentendu est tel qu'on considère que le contrat n'est pas formé.

- **L'erreur : vice du consentement**

- **L'erreur sur le droit applicable :**

La fausse représentation de la réalité peut porter aussi bien sur le fait que sur le droit : une personne peut se tromper sur les caractéristiques juridiques d'une chose, par exemple la constructibilité d'un terrain. Même si « nul n'est censé ignorer la loi », il est possible de se prévaloir de son ignorance de la règle de droit pour l'opposer à son cocontractant. On peut prendre pour exemple le cas d'un propriétaire qui fait une offre d'indemnisation à son locataire car il se croit, à tort, soumis au statut des baux commerciaux. On retient donc indifféremment l'erreur de fait ou l'erreur de droit.

- **L'erreur sur la substance ou sur les qualités substantielles de la chose :**

C'est une des hypothèses visées par la loi, qui évoque l'erreur qui « tombe sur la substance même de la chose ». Cette expression peut recevoir différentes acceptions : « la substance de la chose » peut être comprise, d'une part, comme la matière même de la chose (des chandeliers que je croyais être en argent sont en réalité en bronze argenté) ; mais l'expression peut aussi désigner la qualité substantielle qui a déterminé le consentement de la victime au moment où elle souhaite conclure le contrat. Ce sera l'authenticité pour l'acquéreur d'une œuvre d'art, le fait qu'une automobile n'ait jamais été accidentée pour son acquéreur, le caractère constructible d'un terrain, etc.

Pour qu'elle puisse être invoquée, il est nécessaire que celui des deux contractants qui n'a pas été trompé ait connu l'importance que la partie victime de l'erreur accordait à cette qualité : on dit que **cette qualité doit être entrée dans le champ contractuel ou cette qualité est déterminante dans le consentement de la victime**. Si la qualité attendue a été ignorée par l'autre, l'erreur n'entraînera pas la nullité.

Par ailleurs, « **l'aléa chasse l'erreur** » : si une personne, au moment de conclure le contrat, a accepté que la qualité fasse défaut, ou une incertitude sur l'existence de cette qualité (par exemple l'authenticité d'un œuvre), si donc elle a accepté cet aléa, elle ne peut plus invoquer l'erreur.

– **L'erreur sur la personne si la considération de cette personne est la cause principale de la convention :**

Certains contrats sont conclus intuitu personae : la considération de la personne contractante y joue un rôle particulier. Certaines qualités, la compétence, l'honorabilité, la solvabilité sont jugées déterminantes pour le contractant. On pense au contrat de travail, de bail, au mandat, à la donation, à la désignation d'un arbitre. Dans ce dernier cas, il a été jugé que l'ignorance par l'une des parties d'une circonstance de nature à porter atteinte à l'indépendance d'esprit d'un arbitre vicie le consentement donné par elle à la convention d'arbitrage et en entraîne la nullité (Cass. civ. 2^e, 13 avr. 1972).

➡ **Les caractères de l'erreur susceptible d'entraîner la nullité du contrat**

Pour être susceptible d'entraîner l'annulation du contrat, l'erreur devra être excusable et prouvée.

L'erreur doit être excusable

L'erreur sur les qualités substantielles de la chose ou sur la personne n'est une cause de nullité du contrat que si elle présente un caractère excusable, la loi n'étant pas là pour protéger les personnes négligentes. Le juge apprécie ce caractère in concreto, c'est-à-dire en fonction de la compétence de la victime, de sa profession, de son expérience, de son âge... L'erreur sur la rentabilité d'un investissement est d'autant moins excusable qu'elle est commise par un professionnel du marché boursier... Un spécialiste du marché de l'art ne pourra faire valoir qu'il a pensé acquérir l'œuvre d'un maître alors que figurait au catalogue la mention « *attribué à* » ce maître.

Les juges font montrer de sévérité lorsque la victime de l'erreur est un professionnel contractant dans son propre domaine d'activité. Cependant, le fait d'être un professionnel n'empêche pas de commettre des erreurs excusables y compris dans son champ de compétence.

L'erreur doit être prouvée

Le demandeur devra naturellement prouver qu'il a été victime d'une erreur. Il devra établir d'une part, qu'il attendait telle qualité de la chose et que cette qualité fait défaut ; d'autre part, il lui faudra prouver que cette qualité était déterminante de son consentement. Il lui faudra aussi démontrer que la qualité attendue, ou le caractère substantiel, a été connue de son cocontractant. La preuve peut en être apportée par tous moyens, et il sera plus facile de démontrer qu'était connue de l'autre une qualité attendue de tous plutôt qu'une qualité originale.

➡ **La sanction de l'erreur**

La sanction est la **nullité relative** du contrat à la demande de la victime.

b. Le dol

« Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. »

Art. 1116, C. civ.

C'est le fait, pour un contractant, de tromper l'autre, de l'induire en erreur pour le décider à conclure un contrat. Il s'agit d'une **erreur provoquée**.

EXEMPLE

A été jugée nulle la clause de limitation de la garantie de passif en raison des manœuvres dolosives employées par les cédants pour dissimuler une partie du passif (Cass. com., 20 janv. 2009, n° 07-18136).

■ **Les éléments constitutifs du dol**

Des **manœuvres**, des **artifices**, une **mise en scène** étaient à l'origine exigés pour que le dol soit reconnu. La jurisprudence a assoupli sa position et considère aujourd'hui que le dol peut être constitué en présence d'un mensonge, voire du simple silence gardé sur un fait qui, s'il avait été connu du contractant, l'aurait empêché de contracter. On parle alors de « **dol par réticence** » (réticence dolosive). Le silence pourrait par exemple, porter sur le fait qu'une voiture d'occasion a été précédemment accidentée. C'est un prolongement de l'obligation de bonne foi dans la formation du contrat et des multiples obligations d'informations mises à la charge des professionnels notamment.

Il faut en tout cas établir l'**intention d'induire l'autre partie en erreur**, donc une simple négligence ne suffit pas.

L'auteur du dol doit être le cocontractant. S'il est provoqué par un tiers, il n'entraînera pas l'annulation du contrat mais simplement l'allocation de dommages-intérêts pour la contractante victime. Par exemple, le fait que le débiteur principal trompe une caution pour la persuader de s'engager à son égard ne peut entraîner la nullité du contrat de cautionnement, qui est conclu entre le créancier et la caution.

■ **Les caractères du dol**

Le dol doit être **déterminant**, c'est-à-dire qu'il doit avoir entraîné une erreur dans l'esprit du contractant. Celui qui se prétend victime d'un dol doit ainsi démontrer que l'élément qui lui a été caché revêtait pour lui une importance telle que, s'il avait été au courant, il n'aurait pas conclu le contrat.

On distingue le **dol principal** (s'il n'y avait pas eu de manœuvres, le contrat n'aurait pas été conclu) du **dol incident** (le contrat aurait été conclu à des conditions moins onéreuses).

■ **La sanction du dol**

La sanction est la **nullité relative** du contrat, à la demande de la victime.

REMARQUE**Erreur sur la valeur de la chose provoquée par le dol**

L'erreur sur la valeur de la chose n'entraîne pas en principe la nullité du contrat, mais lorsque l'erreur est provoquée par un dol, elle est une cause de nullité du contrat même si elle porte sur la valeur de la chose.

Ex. : un actionnaire A avait cédé ses parts dans une société à l'associé-gérant de celle-ci B. Ce dernier les avait ensuite revendues, très peu de temps après, avec ses propres parts à un prix considérablement supérieur à celui auquel la cession entre A et B avait eu lieu. La Cour de cassation a jugé que :

« (A), lors de la cession de ses parts, n'avait pu être informé de façon précise des termes de négociation ayant conduit à la cession par (B) des titres de la société... ainsi que des conditions de l'accord de principe déjà donné sur la valorisation de l'ensemble (des titres)... en raison de la différence importante de valeur entre les parts cédées par (A) à (B) et celles revendues par ce dernier, [...] (A) n'aurait pas pu consentir à la cession de ses parts ou, [...] en aurait subordonné la réalisation à la définition d'un prix supérieur, s'il avait été effectivement informé de ces éléments... »

Une réticence dolosive ayant pour origine du manquement à son obligation de loyauté en tant que dirigeant de la société a pu entraîner la nullité de la cession (25 mars 2010, n° 08-13060).

c. La violence

La violence vise la contrainte exercée sur une personne afin de l'amener à contracter (art. 1112 à 1115, C. civ.). C'est la liberté du consentement qui est en jeu ici, car l'individu a contracté sous la menace d'un mal qui a fait naître chez lui une crainte.

➡ Les éléments constitutifs de la violence

Une pression

La violence peut être **physique**, **morale** ou **financière**, et peut émaner d'un contractant ou d'un tiers. Elle peut résulter, par exemple, de la perception par un avocat d'honoraires excessifs face à un client en état d'infériorité manifeste ou encore de la cession par un salarié de ses droits d'auteur à son employeur dès lors qu'il était exposé à un risque de licenciement en cas de refus.

La violence est une cause d'annulation non seulement lorsqu'elle est exercée directement contre la personne du contractant, mais encore quand elle est employée indirectement contre son conjoint ou encore contre l'un de ses ascendants ou descendants.

L'abus de l'état de faiblesse économique, constitutif d'une violence ?

En droit de la concurrence et en droit de la consommation, la violence économique est sanctionnée par la responsabilité contractuelle de leur auteur.

La question se pose de savoir si le fait d'abus de la faiblesse économique d'un autre, l'exploitation de son état de nécessité peuvent être étendus au droit commun, et constituer une violence susceptible de faire annuler un contrat. Aujourd'hui, la Cour de cassation admet la violence économique, mais l'enferme dans des conditions strictes : le contractant doit avoir profité de la détresse économique de son partenaire, pour lui imposer un contrat déséquilibré dont il retire un profit ou un avantage excessif (Cass. civ. 1^{re}, 3 avr. 2002, n° 00-12932).

➡ Les caractères de la violence

Une violence déterminante

La violence doit avoir été suffisamment grave pour faire impression sur une personne raisonnable. Le juge appréciera cette condition par un examen in concreto, eu égard à l'âge, à l'état de santé, à l'expérience de la victime.

Une violence illégitime

La violence n'est un vice du consentement que si elle est illégitime, injuste. La menace d'exercer une voie de droit, ne constitue pas une violence.

➡ La sanction de la violence

La violence est une cause de **nullité relative**. Cependant, un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi (art. 1115, C. civ.).

2. Les autres modes de protection du consentement

Les lois contemporaines mettent en œuvre différents instruments pour préserver l'intégrité du consentement.

a. La multiplication des obligations d'information

La jurisprudence a mis à la charge certains professionnels une **obligation d'information** envers leur contractant profane. Le notaire envers son client, le vendeur envers son acheteur, le banquier envers l'emprunteur... Plus généralement, la jurisprudence met à la charge de chaque partie une **obligation de renseignements** (ou **de conseil, de mise en garde**), qui est bien sûr plus lourde pour les professionnels, notamment dans le cadre des contrats conclus avec des consommateurs. La violation de ces obligations d'information permet d'engager la responsabilité civile pour faute et d'obtenir une indemnisation.

b. Les délais de réflexion et de rétractation

De nombreuses dispositions viennent protéger le consentement du consommateur.

▮▮▮ Les délais de réflexion

Par exemple, en matière de prêt immobilier, l'emprunteur doit attendre un délai de 10 jours après la réception de l'offre pour pouvoir l'accepter.

▮▮▮ Les délais de rétractation

Par exemple,

- en matière de crédit à la consommation, le délai est de 7 jours à compter de l'acceptation de l'offre préalable de crédit ;
- en cas de démarchage à domicile, le délai est de 7 jours à compter de la signature du contrat.

II. LA CAPACITÉ

La capacité est l'aptitude d'une personne à acquérir des droits et à les exercer.

A. LES INCAPACITÉS

On distingue d'une part l'incapacité générale de l'incapacité spéciale (1) et, d'autre part l'incapacité de jouissance de l'incapacité d'exercice (2).

1. L'incapacité générale et les incapacités spéciales

L'**incapacité générale** porte sur tous les actes. Ainsi, un mineur non émancipé (sauf pour certains actes de la vie courante) ou un majeur sous tutelle sont frappés d'une incapacité générale.

Les **incapacités spéciales** sont limitées à certaines personnes (ex. : l'incapacité du tuteur de contracter sur les biens de ses protégés).

2. L'incapacité de jouissance et l'incapacité d'exercice

L'**incapacité de jouissance**, la plus grave, prive celui qui en est frappé du droit de conclure certains contrats ou de faire certains actes, et personne ne peut les exercer pour lui en le représentant. Par exemple, il est interdit, sauf autorisation de justice, à toute personne occupant un emploi dans un établissement psychiatrique ou hébergeant des personnes âgées de se rendre acquéreur d'un bien appartenant à une personne admise dans l'établissement (art. 1125-1, C. civ.).

L'**incapacité d'exercice** vise l'incapacité d'une personne, titulaire de droits, à les exercer elle-même sans l'intervention d'une autre personne qui agit en son lieu et place pour la représenter ou l'assister. L'intéressé ne peut exercer lui-même le droit de contracter. Le mineur frappé d'une incapacité générale d'exercice, ne peut, en principe conclure un contrat : il devra être représenté par ses représentants légaux ou par un tuteur. Pour les actes de disposition (vente de biens de valeur par exemple), est exigé l'accord des deux parents ou l'autorisation du juge des tutelles. Et pour les actes les plus graves, par exemple la souscription d'un emprunt ou la vente d'un immeuble ou d'un fonds de commerce appartenant au mineur, l'autorisation du juge des tutelles est requise (art. 389-5, C. civ.).

Il existe aussi un dispositif de protection des incapables majeurs, qui varie selon le régime qui leur est appliqué, incapable sous sauvegarde de justice, sous curatelle ou sous tutelle. Les **majeurs sous sauvegarde de justice** sont des personnes atteintes d'une maladie qui ne les empêche pas de passer des actes juridiques seuls. Mais, ils peuvent invoquer la lésion ou la réduction pour excès pour les contrats qu'ils ont conclus. Les **majeurs sous curatelle** doivent être assistés d'un curateur désigné par le juge pour passer les actes. Les **majeurs sous tutelle** sont représentés par un tuteur ; ce régime concerne des personnes dont l'état de santé est inquiétant et qui ne peuvent plus réaliser les actes de la vie juridique en toute sécurité.

B. LA SANCTION DES INCAPACITÉS

L'acte qui ne respecte pas ces mesures de protection est en principe nul. Il s'agit d'une **nullité relative**, ce qui signifie que seul l'incapable ou son représentant légal peut l'invoquer. Parfois, l'acte est nul de droit, parfois il est annulable seulement si l'incapable a subi une perte pécuniaire, une lésion.

III. L'OBJET

L'**objet de l'obligation** est la chose ou la prestation concrète que chacune des parties s'est engagée à fournir. Il est aussi appréhendé comme étant l'opération juridique voulue par les parties (**objet du contrat**). Par exemple, concernant un contrat d'acquisition de maison, l'objet de l'obligation est la délivrance du bien pour le vendeur et le paiement du prix pour l'acheteur ; l'objet du contrat est l'achat de la maison.

A. L'OBJET DOIT EXISTER

L'objet doit être possible. Si la chose n'existe pas ou a été détruite au moment de la conclusion du contrat, le contrat est nul.

On ne peut pas s'engager à fournir une prestation impossible ou qui n'existe pas.

EXEMPLE

Est nulle pour défaut d'objet toute cession de parts, d'actions ou de droits conférés par ces titres, d'une société ayant disparu par l'effet d'une opération de fusion par absorption (Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-12691).

B. L'OBJET DOIT ÊTRE DÉTERMINÉ OU DÉTERMINABLE

Souvent, l'objet de l'obligation est un prix ou une rémunération. Le problème est de savoir si le prix doit être déterminé, ou déterminable dès le jour de la conclusion du contrat. Tout dépend de la nature du contrat.

Ainsi, dans un **contrat d'entreprise**, par lequel un entrepreneur s'engage à effectuer pour un client, maître d'ouvrage, un ouvrage ou un service (réparation, construction, etc.), le prix n'est pas un élément essentiel de la formation du contrat et pourra être ultérieurement déterminé en fonction d'éléments qui ne sont pas encore connus au jour de la formation du contrat : il peut être difficile d'évaluer à l'avance l'étendue de la prestation.

Dans la **vente**, le prix doit être déterminé et désigné par les parties, ou simplement déterminable par un mode de calcul indépendant de l'un ou l'autre des contractants (par exemple, une référence au « *cours du jour* » de la livraison).

Dans les **contrats-cadres de distribution**, qui organisent les relations entre fournisseur et distributeur, ou par exemple dans les contrats-cadres qui régissent les relations entre concédant et concessionnaire (compagnie pétrolière/pompiste par exemple), et par lequel les parties s'engagent sur une longue période, les parties ont besoin de souplesse pour fixer le prix des ventes à venir. Depuis 1995 (Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15578), la Cour de cassation a jugé que « *lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci* » ; seul l'abus dans la fixation du prix est sanctionné, mais uniquement par une résiliation (sans effet rétroactif) de la convention, pour l'avenir, ou une indemnisation, mais pas par une annulation (avec effet rétroactif).

Le **contrat de travail**, le **contrat d'assurance**, le **contrat de bail** doivent comporter un prix lors de leur conclusion.

C. L'OBJET DOIT ÊTRE LICITE

La licéité de l'objet peut s'apprécier sous deux angles : celui de la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs et celui tiré de la notion de chose hors commerce.

1. La conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs

En vertu du principe de liberté contractuelle, les contractants concluent le contrat et l'aménagent comme ils le souhaitent, sous réserve de respecter l'ordre public³ et les bonnes mœurs (art. 6, C. civ.).

2. La notion de choses hors du commerce

Certaines **choses dangereuses** ou **non susceptibles d'appropriation** sont hors du commerce. Par exemple, la vente de **choses contrefaites** est illicite ; le corps humain, du vivant d'une personne ou après sa mort, est hors du commerce ; les dons d'organes et de substances du corps humain sont strictement encadrés.

IV. LA CAUSE

Le texte exige, comme condition de validité du contrat, « *une cause licite dans l'obligation* » (art. 1108, C. civ.).

« L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. »

« La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. »

Art. 1131 et 1133, C. civ.

Si l'objet du contrat répond à la question de savoir à quoi on s'est engagé, la cause répond à la question de savoir pourquoi on s'est engagé. Un contrat d'acquisition de maison a pour objet l'achat de la maison et peut avoir des causes variées (ex. : loger sa famille).

On distingue la cause de l'obligation (A) de la cause du contrat (B), qui ne jouent pas le même rôle.

A. LA CAUSE DE L'OBLIGATION

En droit français, la volonté seule ne suffit pas à s'engager valablement : une cause à cet engagement doit exister. Cette exigence répond à la nécessité de protéger les contractants, sans toutefois remettre en cause la sécurité juridique qui serait la résultante d'une approche trop large de la cause.

Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque contractant trouve sa cause dans l'obligation, envisagée par lui comme devant être effectivement exécutée, de l'autre contractant ; cette cause fait défaut quand la promesse de l'une des parties n'est pas exécutée ou s'avère soit nulle, soit de réalisation impossible (Cass. civ., 30 déc. 1941 : DA 1942. 98).

La cause de l'obligation est entendue de manière abstraite : elle est la même pour chaque type de contrat et ne dépend pas des mobiles animant les contractants. Dans le **contrat de vente**, la cause de l'obligation du vendeur (livrer la chose) réside dans l'obligation de l'acquéreur de payer le prix.

3. On en trouve l'application dans l'interdiction légale de vendre certains produits pour des raisons d'intérêt général ou de santé publique (stupéfiants...). C'est sur le fondement de l'illicéité de l'objet que l'on a annulé le contrat de mère porteuse, qui porte atteinte au principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. L'**ordre public** est évolutif, c'est un standard juridique, une notion à contenu variable, et ce qui est vrai pour une époque ne le sera pas pour une autre. Par exemple, la législation sur les mères porteuses varie d'un pays à l'autre, et le débat reprend en ce moment en France.

EXEMPLES**1. L'absence de cause (ou cause dérisoire)**

L'acquisition d'un brevet dépassé, qui n'aurait plus d'utilité, pourrait être annulée pour absence de cause.

La clause qui restreint la garantie offerte par l'assureur à une durée inférieure à la responsabilité professionnelle d'un assuré rend le contrat d'assurance nul (Cass. civ. 1^{re}, 12 avr. 2005, n° 03-20980).

Une **cause dérisoire** équivaut à une absence de cause. Un distributeur a souscrit auprès d'un fournisseur, un engagement consistant à s'approvisionner exclusivement chez ce dernier pendant 5 ans et pour une quantité minimum déterminée. En contrepartie, ce fournisseur avait pris l'engagement de consentir à ce distributeur un prêt d'un montant dérisoire. Le contrat a été déclaré nul pour absence de cause (Cass. com., 14 oct. 1997).

2. La fausse cause (l'erreur sur la cause)

Commet une erreur, déterminante, sur la cause de son engagement, qui justifie l'annulation de l'acte pour vice du consentement, la personne qui s'engage à payer une somme d'argent, dont elle n'est pas personnellement débitrice, sous la condition substantielle d'acquitter la dette d'un tiers, alors que ce dernier n'est pas susceptible d'être inquiété par l'effet de la règle de la suspension des poursuites individuelles (Cass. civ. 1^{re}, 2 avr. 1996, n° 94-15029).

B. LA CAUSE DU CONTRAT

La cause du contrat consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire qu'en l'absence de celle-ci, le contractant ne se serait pas engagé.

Un contrat dépourvu de cause est nul.

EXEMPLE

La résolution de la vente du fonds de commerce entraîne nécessairement la résiliation du bail commercial, ce dernier n'ayant plus de cause (Cass. civ. 3^e, 30 oct. 2002, n° 01-01219).

La cause du contrat a également pour rôle d'assurer la conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs⁴. L'objet du contrat peut être licite, mais les mobiles poursuivis par le contractant contraire à l'ordre public. Par exemple, l'achat d'un local pour pratiquer une activité professionnelle interdite comme l'exercice illégal de la médecine. En outre, est nul un contrat de bail convenu pour l'exploitation dans les lieux loués d'une maison de tolérance.

La jurisprudence admet qu'un contrat à titre onéreux peut être annulé pour cause illicite même si l'autre partie n'a pas connu les motifs qui animaient celui qui poursuivait un but illicite (Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 96-14359). Cette solution permet au contractant innocent de demander la nullité.

Pour apprécier la licéité de la cause, les tribunaux recherchent le motif principal ou la cause impulsive ou déterminante, le motif qui a incité les parties à contracter.

La sanction est la **nullité absolue** du contrat.

4. Par exemple, une personne mariée avait conclu un contrat de courtage matrimonial relatif à l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable. Ce contrat n'était pas considéré comme nul pour avoir une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée : les rencontres en vue de la réalisation du mariage ne se confondent pas avec une telle réalisation (Cass. civ. 1, 4 nov. 2011, n° 10-20114).

REMARQUE**Cause et contrat aléatoire**

Dans un contrat aléatoire, la cause, une des conditions de formation du contrat, se trouve dans l'existence de l'aléa. En principe, on ne peut faire annuler un contrat aléatoire pour absence de cause. Or, dans une vente avec rente viagère, la rente mensuelle était fixée à 2 000 francs alors que les revenus du bien s'élevaient, au jour de la signature, à la somme mensuelle de 3 000 francs. L'aléa faisait donc défaut et la vente a été annulée pour absence de cause (Cass. 3^e. civ., 16 nov. 2010, n° 09-17293).

SECTION 2. LA SANCTION DES CONDITIONS DE FORMATION DU CONTRAT

La sanction principale de la méconnaissance des conditions de formation du contrat est la **nullité**, c'est-à-dire **son anéantissement pur et simple**.

REMARQUE

La nullité n'est pas la seule sanction des conditions de formation du contrat. On peut permettre sa validité tout en engageant la **responsabilité de l'auteur du dommage**. Dans le cas où on ne demande pas l'annulation du contrat, le préjudice indemnisable ne peut résulter que de la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses.

En outre, la victime peut **cumuler l'action en nullité du contrat pour vice du consentement** (qui tend à faire prononcer l'annulation du contrat) **et l'action en responsabilité** contre l'autre partie (qui tend à obtenir réparation du dommage subi, sous forme de condamnation à verser des dommages et intérêts). La responsabilité ne peut qu'être de **nature délictuelle** car le contrat est anéanti par l'annulation.

I. LA NOTION DE NULLITÉ

La nullité consiste essentiellement dans une mesure d'effacement de l'apparence de contrat créé : il s'agit de faire comme si le contrat imparfait n'avait jamais existé.

A. LA DISTINCTION DE LA NULLITÉ AVEC DES NOTIONS VOISINES

Il convient de distinguer la nullité des notions voisines : inexistance (1), résiliation (2), résolution (3), caducité (4).

1. Nullité et inexistance

La nullité concerne des cas où le contrat a été conclu mais il est entaché d'irrégularité. L'inexistence est réservée aux seuls cas où aucun accord de volonté n'a été conclu. C'est la situation en pratique où des négociations contractuelles sont restées inachevées alors que l'une des parties prétend qu'il y a eu accord.

2. Nullité et résiliation

- Il y a nullité lorsque le contrat n'a pas été valablement formé.
- Il y a résiliation lorsque le contrat a été valablement formé, mais au stade de son exécution, on le détruit seulement pour l'avenir (sans effet rétroactif), si le contrat a déjà produit des effets irréversibles.

3. Nullité et résolution

- Alors que la nullité sanctionne un défaut dans la formation du contrat (consentement, objet, cause, etc.), la résolution sanctionne l'inexécution d'un contrat valablement conclu. La distinction entre les deux dépend parfois du moment auquel on se place. Si le vice affectant le contrat

apparaît au moment de la conclusion du contrat, il y a nullité ; s'il est caractérisé au moment de l'exécution, seule la résolution est possible.

- La résolution est, comme la nullité, rétroactive. La différence réside dans l'allocation des dommages-intérêts. La nullité n'entraîne que l'obligation pour les parties de restituer (en nature ou en valeur) les prestations qu'elles ont reçues l'une de l'autre. La partie qui invoque la nullité ne peut revendiquer l'allocation de dommages-intérêts (sauf en cas de responsabilité délictuelle). En revanche, en cas de résolution, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté a le droit de demander la résolution du contrat avec dommages-intérêts (Cass. civ. 3^e, 18 nov. 2009, n° 08-19355).

4. Nullité et caducité

La caducité vise la situation où le contrat a été considéré comme valable jusqu'au jour où un événement extérieur rend son inexécution impossible. Les effets de la caducité n'ont lieu que pour l'avenir ; le contrat a été valable jusqu'à cet événement extérieur.

B. LA DISTINCTION ENTRE NULLITÉ ABSOLUE ET NULLITÉ RELATIVE

Dans un certain nombre d'hypothèses, la nullité est prononcée de manière systématique lorsqu'il s'agit de faire respecter une règle d'ordre public. On parle alors de **nullité absolue**. En outre, en cas de **défaut de consentement** (à ne pas confondre avec un éventuel vice du consentement), la jurisprudence considère que la sanction est une nullité absolue.

Mais, lorsqu'il s'agit simplement de protéger la victime d'un vice du consentement ou d'une lésion, la nullité peut être prononcée. On parle alors de **nullité relative**. On admet cette nullité en cas de **vice du consentement**, en cas d'**incapacité** d'exercice, en cas de **lésion**, et à chaque fois qu'**une règle de protection n'a pas été respectée**.

II. LA MISE EN ŒUVRE DE LA NULLITÉ DU CONTRAT

A. LES PERSONNES POUVANT SE PRÉVALOIR D'UNE ACTION EN NULLITÉ

Lorsque la nullité invoquée est une **nullité absolue**, toute personne ayant un intérêt peut agir, car il s'agit de protéger l'intérêt général. Ce sont les **deux parties** ainsi que leurs **ayants-cause**, le **ministère public** ainsi que les **tiers qui doivent invoquer un intérêt légitime à agir**.

En revanche, lorsque la nullité invoquée est une **nullité relative**, **seul le contractant** qui y a un intérêt peut demander l'annulation du contrat. Ainsi, seule la victime d'un vice du consentement peut se prévaloir de la nullité.

EXEMPLE

Le texte communautaire concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, ne s'oppose pas à ce que **le juge** déclare d'office la nullité d'un contrat relevant du champ d'application de ce texte 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 (CJUE, 1^{re} ch. 17 déc. 2009, aff. C-227/08). Il s'agit de la **nullité absolue**.

B. LA VOIE D'ACTION ET LA VOIE D'EXCEPTION

La nullité peut être invoquée par l'une des parties devant le tribunal. On parle de nullité par voie d'action. Elle peut aussi être invoquée par voie d'exception et elle n'est alors enfermée dans aucun délai.

C. LA PRESCRIPTION

La nullité relative comme la nullité absolue se prescrivent par **5 ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer** (art. 2224, C. civ.).

La question qui se pose est de savoir quel est le **point de départ du délai de prescription** :

- pour la **nullité absolue**, le délai court à partir du moment de la conclusion du contrat ;
- pour la **nullité relative**, le point de départ est le jour où la personne protégée était en mesure d'invoquer la nullité : le jour où le vice a cessé (pour la violence) ou a été découvert (pour l'erreur et le dol), ou du jour où on retrouve sa capacité ou on se fait représenter (en cas d'incapacité).

D. LA CONFIRMATION

La confirmation veut dire que la personne qui pouvait se prévaloir d'une nullité peut renoncer à le faire. La personne qui confirme manifeste sa volonté par un acte. Elle permet de rendre valable un contrat conclu dans des conditions irrégulières.

La confirmation concerne les seules nullités relatives. Elle peut l'être de plusieurs manières, par écrit ou tacitement (ex. : par un simple comportement d'exécution volontaire du contrat). **La confirmation est impossible pour les nullités absolues** : seule la conclusion d'un nouveau contrat ou la réitération du contrat est possible.

L'effet de la confirmation est rétroactif et irrévocable dans le sens où l'intéressé ayant confirmé l'acte ne peut se prévaloir par la suite de la nullité du contrat.

EXEMPLE

Un acte conclu par une société inexistante, frappé de nullité absolue, n'est pas susceptible de confirmation ou de ratification par un acte unilatéral de la part de la société après son immatriculation au RCS, en l'absence de justification de démarches des parties exprimant leur intention commune de procéder à la réfection des actes nuls en leur substituant de nouveaux accords (ou en les réitérant) (Cass. 3^e civ., 5 oct. 2011, n° 09-72855 et 09-70571).

En revanche, un acte conclu au nom d'une personne morale existante par une personne physique autre que son représentant légal est frappé de nullité relative. Il peut être régularisé par une confirmation expresse ou tacite (Cass. com., 8 janv. 2002).

III. LES EFFETS DE LA NULLITÉ

La nullité d'un acte est nécessairement prononcée par décision de justice. Son étendue (A) et ses effets, notamment l'anéantissement rétroactif du contrat (B), sont respectivement abordés.

A. L'ÉTENDUE DE LA NULLITÉ

Le plus souvent, la nullité frappe un contrat dans son ensemble.

Mais, il arrive qu'une seule clause soit nulle (ex. : Une clause d'indexation est nulle si l'indice choisi n'est pas en rapport avec l'activité des parties ou l'objet du contrat). La question qui se pose est celle de savoir si la nullité s'étend à l'ensemble du contrat ou pas.

Dans certains cas, la loi indique clairement que la nullité n'influe pas sur le reste du contrat qualifiant certaines clauses « *réputées non écrites* ».

« Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraintes aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. »

Art. 900, C. civ.

Dans d'autres :

« Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. »

Art. 1172, C. civ.

Ainsi, la nullité est totale lorsque la clause illicite est une condition déterminante du contrat. Lorsqu'elle n'est pas jugée essentielle, la nullité reste partielle, ne frappant que la clause litigieuse. Il appartient au juge d'apprécier si la cause a été déterminante du consentement des parties.

EXEMPLES

- Dans un **contrat de vente**, la condition relative au prix est une condition déterminante ; la nullité de cette condition s'étend à l'ensemble du contrat.
- Un **contrat de transport rapide** contenait une clause limitant l'indemnisation du retard de livraison au prix du transport dont elle s'était acquittée. La Cour de cassation a considéré que :

« Spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société *Chronopost* s'était engagée à livrer les plis de son client dans un délai déterminé, et en raison du manquement à cette obligation essentielle, **la clause limitative de responsabilité du contrat**, qui contredisait la portée de l'engagement pris, **devait être réputée non écrite**. »

Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18632.

B. LA RÉTROACTIVITÉ DE L'ANNULATION

Le principe est que l'acte annulé disparaît rétroactivement ; chacune des parties récupère ses prestations (par exemple, si un contrat de vente est annulé, le vendeur récupère le bien et l'acheteur le prix).

Mais, ceci soulève un certain nombre de difficultés aussi bien dans les rapports entre les parties que dans les rapports entre les parties et les tiers.

1. Les difficultés de la nullité dans les rapports entre les parties

a. Obstacles matériels

Lorsque le bien transféré par le contrat nul a été aliéné, ou lorsqu'il a disparu par suite de consommation, on se trouve dans l'impossibilité matérielle de restituer. Les tribunaux admettent une **restitution en valeur**.

Il arrive également que, dans beaucoup de contrats notamment à exécution successive (contrat de travail, de bail, etc.), les obligations créées se consomment au fur et à mesure avec l'écoulement du temps. Dans ce cas, comme il est impossible aux parties de se restituer réciproquement ce qu'elles ont reçu, il y a lieu de tenir compte de la valeur des prestations. Ainsi, après l'annulation d'un bail, le locataire doit une indemnité correspondant à la valeur locative réelle et non au loyer contractuel.

b. Obstacles juridiques et moraux

Les principaux obstacles concernent les situations suivantes :

- Lorsque la nullité est due à l'incapacité d'un contractant, celui-ci n'est pas tenu de restituer à moins qu'il soit prouvé que ce qui a été payé a « *tourné à son profit* » (art. 1312, C. civ.), c'est-à-dire à ce qu'il a encore entre les mains. Pour mieux protéger l'incapable et mieux dissuader les tiers de contracter avec lui, on ne lui demande que ce dont il dispose encore.
- La jurisprudence applique aux contrats contractés d'immoralité de l'objet ou de la cause deux principes :

- l’auteur de cette immoralité peut certes demander la nullité, mais on lui refuse toute action pour demander la restitution de ce qu’il a versé (ex. : corruption de fonctionnaires, l’auteur de la corruption ne pourra obtenir la restitution de ce qu’il a versé ; le prêt pour effectuer un jeu du hasard, la restitution est refusée au prêteur des fonds avancés) ;
- il n’y a pas restitution si les deux parties sont associées à l’immoralité (turpitude). Ainsi, dès lors qu’une partie est au courant du caractère immoral de la convention, elle ne peut ni exiger l’exécution du contrat, ni obtenir restitution de sa prestation (ex. : affaire de « *pot-de-vin* », contrat de « *mère porteuse* »).

2. Les difficultés de la rétroactivité dans les rapports avec les tiers

En principe, faisant disparaître tous les droits de l’acquéreur, l’annulation rétroactive emporte tous les contrats signés depuis. Les tiers n’ont pu acquérir valablement de droit de la part d’un non-propriétaire, car « *nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu’il n’en a lui-même* ».

Ce principe peut paraître injuste vis-à-vis des tiers de bonne foi. C’est pourquoi la loi et la jurisprudence lui apportent plusieurs correctifs :

- **Les actes d’administration** ainsi que les **actes de conservation** : Ces actes demeurent valables à condition que le tiers soit de bonne foi, c’est-à-dire ait ignoré la cause de nullité. Pour ces actes, on présume que le véritable propriétaire aurait également dû conclure ces contrats (ex. : assurance, contrats d’entretien et de réparation).
- **Les actes de disposition** :
 - **En matière mobilière**, le texte confère un droit définitif à l’acquéreur de bonne foi qui a pris possession de la chose (art. 2276, C. civ.).
 - **En matière immobilière**, le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de 30 ans (art. 2272 et s., C. civ.).
 - Enfin, les tiers peuvent valablement faire valoir la **théorie de l’apparence**, si les conditions en sont remplies, à savoir la bonne foi du tiers et l’erreur commune. Les actes accomplis par le propriétaire apparent, même les actes de disposition, ne peuvent être remis en cause. La jurisprudence rendue en matière de vente est ancienne (Cass. civ. 1^{re}, 3 avr. 1963, Bull. n° 204). On retrouvera cette théorie dans l’étude du mandat apparent : elle permet, sous certaines conditions, d’engager le mandant si la croyance du tiers dans l’étendue des pouvoirs du mandataire est légitime. Ici aussi, la sécurité des transactions justifie la solution.

SECTION 3. LES MODALITÉS DES OBLIGATIONS

Le lien qui unit les contractants peut être frappé de modalités assez nombreuses. Certaines ont une incidence sur l’existence même du lien d’obligation (I), d’autres sur son exécution (II). Ces clauses particulières permettent aux contractants de tenir compte d’événements futurs. D’autres auront pour effet de créer une solidarité entre plusieurs liens d’obligations afin d’améliorer la situation du créancier (II).

I. LA CONDITION

Une condition est un **événement incertain qui doit dépendre du hasard**. À la réalisation de cet événement, est suspendue la naissance (*condition suspensive*) ou la disparition (*condition résolutoire*) d’une obligation ou d’un contrat (art. 1168, C. civ.).

EXEMPLE

Pour la protection du consommateur en matière immobilière, la vente est conclue sous condition d’obtention d’un prêt (art. L. 312-16, C. consom.).

A. LES CARACTÈRES ET LA TYPOLOGIE DES CONDITIONS

1. Les caractères de la condition

La condition est :

- un **événement futur** ;
- un **événement incertain** : cet élément permet de le distinguer de la condition du terme. Pour qu'il y ait condition, il faut que l'événement soit incertain dans sa réalisation même : un événement qui n'est incertain que dans sa date est un terme (ex. : décès) ;
- un **événement possible** :

« Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. »

Art. 1172, C. civ.

2. Les différents types de condition

On distingue :

- La **condition casuelle** : c'est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur.
- La **condition potestative** : c'est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qui est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher.

Au sein des conditions potestatives, il convient de distinguer la condition simplement potestative ou mixte de la condition purement potestative.

- la **condition simplement potestative** dépend de la volonté du créancier ;
- la **condition potestative mixte** dépend à la fois de la volonté d'une des parties et d'un élément objectif, indépendant de la volonté ;
- la **condition purement potestative** dépend de la volonté du débiteur de l'obligation (l'article 1174 du Code civil prescrit que « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige »). Cette condition est contraire à la force obligatoire du contrat pour les parties. En conséquence, tout le contrat est nul. En revanche, si la condition dépend pour partie d'un élément extérieur à la volonté du débiteur, elle n'est pas nulle.

EXEMPLE

Dans un acte de cession de droits sociaux, était prévu un complément de prix, proportionnel aux résultats de l'entreprise cédée, pour une durée déterminée, versé dès l'approbation des comptes de l'exercice et dans la mesure où le cédant y exercerait toujours ses fonctions de dirigeant. Le cédant a été révoqué de ses fonctions avant l'expiration de la durée prévue. La Cour de cassation a jugé qu'il appartenait au juge du fond, pour apprécier si la condition tenant à l'exercice de ses fonctions par le cédant lors de l'approbation des comptes de l'exercice, revêtait un caractère potestatif, de rechercher si sa réalisation dépendait de la seule volonté de la société cessionnaire. Dans la mesure où la clause est potestative, le contrat est nul (Cass. com., 19 janv. 2010, n° 08-19376).

B. LES EFFETS DE LA CONDITION

Il faut distinguer deux situations selon que l'événement se produira ou pas dans un temps fixé.

- **Fixation d'un délai pour la réalisation de l'événement** : lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est qualifiée de condition suspensive. Lorsque la condition a défailli, c'est-à-dire que l'événement prévu ne s'est pas produit pendant la période en question, la condition est qualifiée de résolutoire.
- **Pas de fixation de délai** : la condition résolutoire est accomplie s'il est certain que l'événement ne se produira pas. L'engagement affecté d'une condition suspensive sans terme fixe subsiste aussi longtemps que la condition n'est pas défailli (Cass. com., 6 mars, 2007, n° 05-17546).

À noter que la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement. (ex. : Lorsqu'un commerçant qui s'est engagé à acquérir un fonds de commerce sous condition suspensive d'obtention d'un prêt d'un organisme financier, la Cour de cassation a réputé la condition réalisée⁵. En l'espèce, le commerçant avait, d'emblée et sans raison valable, refusé la proposition de prêt qui lui était faite).

1. La situation des parties avant la réalisation de la condition

a. Obligation affectée par une condition suspensive

Le créancier ne peut en demander l'exécution. S'il s'agit d'un contrat translatif de propriété, il ne peut pas appréhender le bien. Les risques de la chose restent à la charge du débiteur, qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition (art. 1182, C. civ.).

Trois hypothèses sont alors posées :

- Si la chose est entièrement perdue sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte.
- Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix.
- Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts.

Une partie au contrat peut renoncer au bénéfice d'une condition suspensive stipulée dans son seul intérêt (Cass. civ. 3^e, 12 janv. 2010, n° 08-18624).

b. Obligation affectée par une condition résolutoire

L'obligation doit être immédiatement exécutée. S'il s'agit d'un acte translatif de propriété, l'acquéreur devient propriétaire dès l'échange des consentements.

2. La situation après la réalisation de la condition

La condition produit ses effets rétroactivement au jour auquel l'engagement a été contracté (art. 1179, C. civ.).

a. Obligations affectées par une condition suspensive

La réalisation de la condition fait remonter les effets de l'acte au jour de sa formation. En cas de contrat translatif de propriété, l'acquéreur est censé avoir été propriétaire dès la conclusion du contrat.

b. Obligations affectées par une condition résolutoire

Dans ce cas, le titulaire du droit est censé n'avoir jamais acquis ce droit. En cas de contrat translatif de propriété, l'acquéreur sous condition résolutoire est censé n'avoir jamais été propriétaire de la chose et doit donc la restituer.

En cas d'enchaînement de contrats, les tiers qui auraient acquis un droit de cet acquéreur verront leur droit anéanti rétroactivement.

II. LE TERME

Le terme est un **événement futur et certain** dont dépend soit l'exigibilité de l'obligation, soit la durée de l'obligation.

« Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution. »

Art. 1185, C. civ.

5. Cass. com., 31 janvier 1989, n° 86-17577, Bull. civ., IV, n° 47.

A. LA TYPOLOGIE DES TERMES

1. Le terme certain et le terme incertain

On parle de **terme certain** lorsque la date est connue soit directement ou par référence à une durée ; ou de **terme incertain** lorsque la date à laquelle se produira l'événement ne peut être connue (ex. : décès d'une personne ou l'achèvement d'un chantier ; une clause par laquelle un des contractants s'engage à verser une certaine somme à la réalisation de l'œuvre commandée).

2. Le terme suspensif et le terme extinctif

Cet événement peut être pris comme point de départ du contrat (**terme suspensif**) ou date d'extinction (**terme extinctif**). Un contrat comporte en général les deux termes.

L'événement en question peut être un point de départ de l'exécution de l'obligation (ex. : signature d'un contrat le 7 décembre pour la fourniture de fioul à partir du 1^{er} février prochain. Cette dernière date est le **terme suspensif** : la fourniture est suspendue du 7 décembre au 1^{er} février).

Il peut aussi être pris comme une date d'extinction de l'obligation (ex. : le contrat de fourniture signé le 7 décembre peut être rédigé d'une autre façon, à savoir, « *les parties s'engagent à... pour la période du 1^{er} février au 30 juin* ». La date du 30 juin est le **terme extinctif**).

B. LES EFFETS DU TERME

1. Le terme suspensif

Le terme suspensif a pour objet de préciser à quelle date future l'obligation stipulée sera exécutée.

« Ce qui n'est dû qu'à terme, ne peut être exigé avant l'échéance du terme ; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété [restitué]. »

Art. 1186, C. civ.

Le terme peut concerner l'ensemble du contrat ou certaines de ces obligations (ex. : en matière de construction, il prévoit un délai pour l'exécution du contrat. Ce délai constitue un terme suspensif car le constructeur n'est obligé de délivrer l'immeuble qu'à la date convenue, c'est-à-dire qu'au terme en question).

Ce délai est en principe fixé par les parties dans le contrat. À défaut, le contrat est présumé devoir s'appliquer immédiatement et les obligations sont alors exigibles immédiatement. Mais, il faut tenir compte de la nature du contrat. Il est en effet inconcevable de ne pas laisser aux parties le temps pour s'acquitter de leurs obligations respectives. Par exemple, dans le cadre d'un contrat de prêt dans lequel les parties ont omis d'y insérer la durée de remboursement, le juge peut fixer un délai de remboursement.

Concernant les **contrats de consommation**, le délai de livraison ou d'exécution doit être indiqué expressément par le professionnel (art. L. 114-1, C. consomm.). En cas de retard supérieur à 7 jours, le consommateur peut « *dénoncer le contrat* ». Il doit réagir à bref délai (60 jours).

Pour les **obligations de sommes d'argent**, le juge a également la possibilité d'accorder au débiteur un délai de grâce. Il peut reporter la date d'exigibilité fixée par les parties. Il peut également procéder à un rééchelonnement des paiements et décaler les échéances et même réduire les intérêts (art. 1244-1, C. civ.). Dans ce cas, le créancier ne peut pas réclamer le paiement, mais il peut prendre des mesures conservatoires s'il a des raisons de penser que le débiteur met en péril sa créance.

Considérant que le terme convenu a été fait en faveur du débiteur, celui-ci peut en principe se libérer sans attendre l'échéance (ex. : remboursement anticipé). Ce paiement anticipé est valable et ne peut être remis en cause.

Il arrive toutefois que le créancier ait tout à craindre car il pense que le temps risque de mettre en péril son droit. Il peut exiger un paiement avant terme : c'est ce qu'on appelle la **déchéance du terme**. L'obligation devient alors immédiatement exigible. Il existe trois cas de déchéance :

- une **clause contractuelle** : elle prévoit, en général, la déchéance du terme en cas de faute du débiteur ou défaut de paiement. Toute la dette devient alors immédiatement exigible ;
- une **diminution des sûretés** : le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier (art. 1188, C. civ.) ;
- une **liquidation judiciaire** : le jugement ouvrant ou prononçant la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues (art. L. 643-1, C. com.).

2. Le terme extinctif

Le terme extinctif est en effet la durée des contrats. Les contrats à exécution successive s'étendent dans le temps. C'est pourquoi leur durée devient déterminante et on distingue les contrats à durée déterminée des contrats à durée indéterminée.

a. Les contrats à durée déterminée

Le terme peut être certain et c'est la durée du contrat. Pendant cette durée, aucune des parties ne peut y mettre fin sauf à commettre une faute contractuelle ou dans certains cas particuliers :

- Pour les **contrats intuitu personae**, le décès d'une partie met fin au contrat.

« Le mandat finit [...] par la mort, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire. »

Art. 2003, al. 4, C. civ.

- De même, la « **faillite** » d'une partie peut mettre fin au contrat.
- L'**impossibilité de poursuivre le contrat** met fin au contrat.
- Le contrat peut contenir une **clause de résiliation**.

Ce terme peut être modifié pour lui substituer une date ultérieure. Ainsi, le même contrat peut être poursuivi.

Le contrat peut aussi être renouvelé. Il en résulte donc la conclusion d'un nouveau contrat identique au précédent. Le renouvellement résulte de l'accord des parties par le jeu d'une clause du contrat initial prévoyant un nouveau terme.

Le contrat peut enfin prévoir sa **tacite reconduction** si l'une des parties n'exprime pas dans un délai fixé son intérêt de ne pas renouveler le contrat. Même si le contrat d'origine ne le prévoit pas, la tacite reconduction peut également reposer sur le comportement des parties, qui ont continué, l'une et l'autre, à exécuter le contrat après l'arrivée du terme extinctif. La Cour de cassation a considéré que :

« Si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation. »

Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2009, n° 08-14481.

b. Les contrats à durée indéterminée

À partir de l'article 1780 du Code civil qui dispose qu'« *on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée* », la jurisprudence a posé le principe de l'**interdiction des engagements perpétuels**. Ainsi, si les parties n'ont pas prévu de terme à leur contrat, ceci ne veut pas dire qu'elles sont engagées perpétuellement (contrat de travail par exemple). Chaque partie peut mettre fin au contrat à tout moment. Celui qui use de son droit de résilier le contrat dans le respect des modalités prévues par celui-ci n'a pas à justifier d'un quelconque motif (Cass. com., 10 nov. 2009, n° 08-21175). Mais, cette liberté n'est pas absolue. Il ne faut pas agir de manière abusive et on doit respecter certaines modalités (délai de préavis par exemple).

On trouve dans ce type de contrats ceux dont l'échéance est trop lointaine (ex. : un bail de 50 ans). La sanction de ces durées excessives est de traiter le contrat à durée indéterminée, susceptible d'être résilié unilatéralement.

III. LA SOLIDARITÉ

Une obligation est solidaire lorsqu'elle unit plusieurs personnes qui devront toutes répondre de l'intégralité de la dette ou pourront réclamer l'intégralité de la créance. Le plus souvent la solidarité est « *passive* » en ce qu'elle met face à face un créancier et plusieurs débiteurs solidaires : chacun d'entre eux est susceptible de devoir répondre de l'intégralité de la dette.

A. LES SOURCES DE LA SOLIDARITÉ

En matière civile, la **solidarité ne se présume point** et elle doit être expressément stipulée (art. 1202, C. civ.). En revanche, en vertu d'un usage consacré par la jurisprudence, la solidarité se présume en matière commerciale (Cass. Req. 20 oct. 1920 ; Cass. com., 21 avr. 1980, n° 78-14765).

La solidarité est parfois **prévue par la loi** : les associés d'une société en nom collectif (SNC) sont solidairement responsables du passif de la société (art. L. 221-1, C. com.).

La solidarité peut être **conventionnellement stipulée** : elle est très fréquente en matière bancaire dans le contrat de prêt.

B. LES EFFETS DE LA SOLIDARITÉ

1. Dans les rapports entre le créancier et les débiteurs

Le créancier peut réclamer la totalité de la dette à l'un quelconque des débiteurs (art. 1203, C. civ.). Les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous.

2. Dans les rapports entre codébiteurs

Le codébiteur qui a payé en entier a un recours contre les autres. Mais, chacun n'étant tenu en définitive que pour sa part et portion, les parts étant égales entre les codébiteurs, il ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux. Si un codébiteur est insolvable, sa part sera répartie entre les codébiteurs solvables (art. 1213 et 1214, C. civ.).

CHAPITRE 3. LES EFFETS DU CONTRAT

Le contrat valablement formé fait naître des obligations qui doivent être exécutées par les contractants. C'est le principe de la **force obligatoire du contrat**, qui caractérise les effets du contrat entre les parties. Les tiers au contrat, en revanche, qui sont étrangers au lien d'obligation, ne sont en principe nullement tenus par la convention. C'est l'**effet relatif du contrat** qui connaît cependant de nombreuses atténuations (Section 1). Il conviendra d'analyser ensuite les conséquences de l'inexécution du contrat (Section 2).

SECTION 1. LES EFFETS DU CONTRAT

La force du contrat est issue de deux textes qui sont les véritables « *piliers du temple contractuel* » :

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

Art. 1134, C. civ.

C'est le principe de la **force obligatoire du contrat** (I).

« Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 [stipulation pour autrui]. »

Art. 1165, C. civ.

C'est le principe de l'**effet relatif du contrat** à l'égard des tiers (II).

Le juge dispose, dans une certaine mesure, du pouvoir de s'immiscer, d'intervenir dans le contrat, en l'interprétant ou en lui apportant des compléments (III).

I. LES EFFETS DU CONTRAT ENTRE LES PARTIES

La liberté contractuelle permet aux parties d'aménager librement leur convention. Mais une fois celle-ci conclue, elles devront respecter ce qui a été convenu. La loi donne aux obligations issues du contrat leur caractère impératif. La force obligatoire résultant de la loi n'est reconnue qu'aux conventions légalement formées (aux conventions respectant la loi, c'est-à-dire les conditions de formation du contrat).

Nous verrons d'abord quelle est la signification du principe de la force obligatoire du contrat (A). Nous confronterons ensuite ce principe à l'acte secret élaboré par les parties à un contrat qui n'est qu'apparent : c'est l'application des règles de la simulation (B).

A. LA SIGNIFICATION DU PRINCIPE DE FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

Le contrat est irrévocable (1) et intangible (2).

1. L'irrévocabilité du contrat

a. Le principe d'irrévocabilité

Les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des contractants, ou pour les causes que la loi autorise. Il en résulte qu'une partie ne peut, par une manifestation unilatérale, mettre fin au contrat, à moins que la convention n'ait prévu cette prérogative ou que la loi ne l'autorise.

b. Les exceptions au principe d'irrévocabilité

▀ La possibilité de révoquer le contrat par consentement mutuel

La révocation par consentement mutuel est un contrat. Elle suppose, comme dans tout contrat, que soient réunies les conditions générales de validité des contrats. Les parties peuvent définir elles-mêmes son étendue. Selon une jurisprudence constante, la révocation par accord mutuel peut remettre en cause aussi bien les effets passés que futurs de la convention.

Cet accord entraîne la rupture du contrat, rupture exclusive de tous dommages-intérêts.

▀ La résiliation unilatérale autorisée par la loi

Le législateur permet parfois à une partie de résilier unilatéralement le contrat. Tel est le cas dans les **contrats à durée indéterminée** pour éviter qu'une partie soit liée par un engagement perpétuel. Par exemple, dans le **contrat de travail**, la loi permet le licenciement du salarié, et autorise le salarié à démissionner.

Dans le **contrat d'assurance**, la durée du contrat et les conditions de résiliation sont fixées par la police (art. L. 113-12, C. assur.).

« Toutefois, l'assuré a le droit de résilier le contrat à l'expiration d'un délai d'un an, en envoyant une lettre recommandée à l'assureur au moins deux mois avant la date d'échéance. Ce droit appartient, dans les mêmes conditions, à l'assureur [...]. »

Certains textes prévoient également la possibilité d'une **rupture unilatérale** de certains contrats notamment concernant les **contrats intuitu personae** (ex. : art. 2004, C. civ. pour le mandat).

La loi prévoit des facultés légales de rétractation.

En dehors des hypothèses prévues par la loi, la jurisprudence admet difficilement la rupture unilatérale.

➡ **La révocation du contrat du fait d'une clause résolutoire, d'une clause de dédit ou d'une clause de rétractation**

La révocation du contrat peut résulter du jeu d'une **clause résolutoire**, par laquelle une des parties se ménage la possibilité, en cas d'inexécution, ou de mauvaise exécution des obligations prévues au contrat, de rompre unilatéralement la convention (voir page 70).

Constitue une **clause de dédit** la clause d'une promesse synallagmatique qui offre à l'acquéreur la faculté de ne pas exécuter son engagement d'achat pour une cause quelconque, indépendante des conditions suspensives, en abandonnant une somme convenue au vendeur.

2. L'intangibilité du contrat

a. Le principe d'intangibilité

Le principe de la force obligatoire du contrat interdit sa modification unilatérale par l'une des parties, du moins lorsque ni la loi, ni une clause du contrat ne l'autorisent. Il y aurait en effet atteinte à la force obligatoire si, une fois le contrat conclu, une des parties discutait le prix ou demandait des délais de paiement différents de ceux qui avaient été prévus.

b. Les tempéraments

Ne violent pas la loi les modifications réalisées par la volonté commune des parties ou sous l'autorité de la loi.

➡ **Les tempéraments conventionnels**

La force obligatoire du contrat a en effet pour but d'assurer le respect de ce qui a été convenu. La modification du contrat ne contrevient pas à ce principe si elle est conforme à la volonté des parties. L'accord peut être contemporain de la conclusion du contrat : des clauses permettront sa modification en cours d'exécution.

Les parties sont autorisées à se prémunir contre des changements de circonstance bouleversant l'économie générale du contrat. Deux types de clauses peuvent être stipulés : la clause d'indexation et celle de révision.

La clause d'indexation (clause d'adaptation automatique)

Il s'agit d'une clause à échéance différée, en vertu de laquelle une somme pourra être modifiée, en fonction d'un indice économique ou monétaire. C'est l'hypothèse d'un contrat dans lequel la prestation monétaire s'exécute dans le temps. Cette prestation est parfois sujette à certaines influences, notamment l'inflation.

EXEMPLE

Dans le secteur de la construction, la loi permet d'indexer les contrats de construction, les ventes d'immeubles neufs ou anciens, les cessions de parts sociales de SCI, et des contrats de location d'appartements, à usage d'habitation ou à usage professionnel, sur la variation de l'indice national du coût de la construction établi par l'Insee.

La clause de révision ou *hardship* (clause de renégociation ou de rencontre)

À la différence de la clause d'indexation, qui réalise une adaptation automatique du contrat aux circonstances nouvelles, la clause de révision permet de renégocier le contenu du contrat en cas de changement de conjoncture postérieurement à sa conclusion.

Cette clause provoque simplement une discussion entre les parties contractantes, afin qu'elles se mettent d'accord sur de nouvelles bases. Cette clause n'oblige pas les parties, qui se conforment aux modalités de mise en œuvre prévues, à réviser le contrat, mais en autorise seulement la possibilité (Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-13214). Ainsi, si les parties s'entendent, le contrat

est modifié. En cas d'échec de la renégociation, le contrat continue en principe à produire ses effets aux conditions initiales, sauf si les circonstances qui ont motivé la renégociation constituent un véritable cas de force majeure qui rend impossible l'exécution. Il est parfois prévu conventionnellement que l'échec de la renégociation autorise les parties à résilier le contrat.

▀ Les tempéraments légaux

En cas de cession du droit d'exploitation d'une propriété intellectuelle, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de 7/12 dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la **révision des conditions de prix** du contrat (art. L. 131-5, C. propr. Intell.).

La procédure de **surendettement** entraîne aussi des modifications au contrat initialement conclu (art. L. 330-1, C. consomm.).

B. LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT ET L'ACTE SECRET : LA SIMULATION

La force obligatoire du contrat se trouve parfois compliquée lorsqu'un acte apparent cache la volonté réelle des parties : celle-ci s'est manifestée dans un acte secret ou contre-lettre.

Les simulations les plus courantes portent soit sur l'existence, soit sur la nature ou l'objet de l'acte.

EXEMPLES

- Une vente est apparemment conclue mais, par une contre-lettre, les parties conviennent qu'il n'en est rien et le bien reste la propriété du vendeur apparent.
- Les parties peuvent conclure une vente apparente mais décident par un acte secret que le prix ne sera pas versé de sorte que la vente devient une donation.
- Les parties dissimulent une partie du prix de vente. La vente est apparemment conclue à un prix donné, mais une contre-lettre indique un prix différent.

La simulation peut poursuivre soit une volonté de fraude (par exemple fraude fiscale ou fraude aux droits des héritiers) ou poursuivre un but licite, ce qui est plus rare, mais on peut concevoir que soit fait secrètement ce qui aurait pu être fait ouvertement. En droit français, **la simulation n'est pas en elle-même une cause de nullité ; seule sera sanctionnée la simulation frauduleuse**.

Mais, quel que soit l'objectif poursuivi, il convient de s'interroger sur la force obligatoire de l'acte entre les parties et vis-à-vis des tiers.

1. Les effets de la simulation entre les parties

Entre des parties, c'est l'acte secret qui prévaut car c'est lui qui reflète leur volonté. Si cet acte est illicite, la contre-lettre est nulle et l'**acte ostensible** aussi, car il ne correspond à aucun accord réel.

EXEMPLE

La donation déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux ou faite par personne interposée, dans le but de dissimuler une donation à un incapable de recevoir à titre gratuit est nulle et l'acte apparent, qui ne révèle pas la véritable volonté des parties, est sans effet. L'ensemble de l'opération sera annulé.

2. Les effets de la simulation à l'égard des tiers

La jurisprudence ouvre aux tiers une option : selon leurs intérêts, ils peuvent choisir de s'en tenir à l'acte ostensible ou de se prévaloir de l'acte secret. Un créancier, peut, par exemple, se prévaloir d'une contre-lettre dans lequel son débiteur reconnaît que la vente conclue dans l'acte apparent est fictive, puisqu'elle diminue son droit de gage général. La preuve peut être établie par

tous moyens. Ils sont toutefois déchu du droit d'invoquer l'acte apparent s'ils ont participé à la simulation.

En cas de conflit entre plusieurs tiers, les uns se prévalant de l'acte ostensible et les autres de l'acte secret, c'est l'acte ostensible qui prévaut dans ce conflit.

II. LES EFFETS DU CONTRAT À L'ÉGARD DES TIERS

Le principe connu sous le nom d'« *effet relatif des contrats* » (A) connaît un certain nombre d'exceptions, car la loi a imaginé des techniques d'intégration des tiers au contrat (B).

A. LE PRINCIPE DE L'EFFET RELATIF DES CONTRATS

1. Les situations dans lesquelles l'effet relatif des contrats est discuté

a. La variété des cas pour lesquels le contrat peut avoir un effet

Il existe une catégorie intermédiaire de personnes qui n'est pas tout à fait des parties ni des tiers.

Entre le jour de la formation et le jour de l'exécution du contrat, la qualité de tiers et de partie peut évoluer. La qualité de partie doit être déterminée au jour de l'exécution du contrat.

Pour contracter, il faut avoir la personnalité juridique. Il faut assimiler aux parties les personnes qui **prendront** leur suite en cas de disparition : ce sont les **ayants-cause à titre universel**. Tels par exemple les héritiers et ceux qui, par testament, recueillent une part du patrimoine du défunt. Les héritiers et les légataires à titre universel sont réputés continuer la personne du défunt et recueillent non seulement ses biens mais aussi ses créances et ses dettes, et deviennent aussi partie du contrat comme l'était le défunt. Les **ayants-cause à titre universel** n'ont pas la qualité de partie lors de la conclusion du contrat, mais peuvent l'acquérir après le décès du contractant.

La même solution se trouve transposée aux **personnes morales en cas de fusion ou d'absorption**. La nouvelle entité « *vient aux droits* » de l'ancienne et est donc liée par le contrat.

À noter cependant que les **contrats conclus intuitu personae** ne sont pas transmis ; la situation s'apprécie selon chaque contrat. Le décès du salarié met fin au contrat de travail et ses héritiers ne sont pas liés par le contrat. Par contre, en cas de décès de l'employeur, le contrat continue avec ses héritiers.

Il est également possible aux parties de prévoir dans leur contrat ce qu'il adviendra en cas de décès (ex. : Le contrat de société peut prévoir, en cas de décès d'un associé, la continuation de plein droit de la société avec les héritiers).

Le contrat peut enfin être transmissible à certaines personnes qui ne sont pas nécessairement les héritiers. Par exemple, dans le cas du bail d'habitation, lors du décès du locataire, le contrat est transféré au conjoint survivant, aux descendants qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès... (art. 14, loi, 6 juill. 1989).

Dans un **contrat de mandat**, le mandant devient partie par le jeu du mécanisme de la **représentation**.

La **cession de contrat** a pour objet le remplacement d'une partie par un tiers au cours d'exécution du contrat. L'obligation est donc cédée au cessionnaire qui remplace le cédant. À l'issue de cette opération, seul le cessionnaire est considéré comme partie (ex. : cession de bail commercial).

b. La situation des ayants-cause à titre particulier

Les **ayants-cause à titre particulier** sont les personnes qui succèdent à un bien ou un droit déterminé. Ils n'ont acquis de leur auteur qu'un ou plusieurs droits déterminés (ex. : l'acheteur est l'ayant-cause du vendeur ou l'assureur est l'ayant-cause de l'assuré), par opposition à un ayant-cause à titre universel.

Ces ayants-cause à titre particulier doivent-ils être considérés comme tiers absolus aux contrats passés par leurs auteurs sur les biens en question ? Ou peuvent-ils, au contraire, bénéficier de certains effets de ces conventions ou les subir ?

Cette question est tranchée, dans certains cas spéciaux, par la loi.

« Si le **bailleur** vend une chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le métayer ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine. »

Art. 1743, C. civ.

Ainsi, l'acquéreur sera obligé de mettre le bien à la disposition du locataire et de percevoir les loyers.

Même solution concernant le **contrat de travail** à propos duquel le texte précise que :

« Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

Art. L. 1224-1, C. trav.

Au sujet du **contrat d'assurance**, celui-ci est également transmis en cas de vente de la chose à laquelle il était attaché (art. L. 121-10, al. 3, C. assur.).

À noter enfin que les créances peuvent parfois être considérées comme des accessoires et transmissibles en même temps que le bien.

Quant aux dettes, elles sont en principe intransmissibles, sauf exception. On ne peut en effet devenir débiteur contre son gré, sauf si une disposition légale ou contractuelle n'allait pas en sens contraire.

c. La situation des créanciers chirographaires

Les créanciers chirographaires sont des créanciers non titulaires de sûretés (comparer avec les créanciers hypothécaires ou privilégiés). Ils disposent cependant d'un **droit de gage général** sur le patrimoine de leur débiteur. Ils vont dès lors subir toutes les fluctuations de ce patrimoine et ce qui est conclu par le débiteur s'impose à eux négativement ou positivement.

2. L'opposabilité du contrat aux tiers

Les tiers ne peuvent pas méconnaître l'existence du contrat. Il ne s'agit pas de lier les tiers contre leur volonté, mais de faire en sorte qu'ils respectent le contrat en tant que phénomène juridique. **Le contrat est donc opposable aux tiers et par les tiers.**

a. L'opposabilité du contrat aux tiers

Le contrat peut d'abord créer une situation juridique qui s'impose à tous. Il en est ainsi des contrats translatifs de propriété : l'acquéreur d'un bien pourra opposer à tous les droits qu'il tient du contrat de vente.

En outre, un contrat créant une situation juridique et factuelle qui s'impose aux tiers, ce dernier peut engager sa responsabilité délictuelle vis-à-vis d'une partie s'il se rend complice de la violation des obligations contractuelles d'une autre partie (ex. : obligation de non-concurrence, Cass. com., 22 févr. 2000, n° 97-18728).

REMARQUE

D'une manière générale, il faut que soit prouvée l'existence du contrat dont on veut se prévaloir, d'où l'exigence d'une date certaine pour prouver toute contestation sur l'existence et les modalités du contrat. Dans certains cas, la loi subordonne l'opposabilité aux tiers à l'accomplissement de formalités de publicité (ex. : constitution d'une hypothèque, vente d'un fonds de commerce).

b. L'opposabilité du contrat par les tiers

Les tiers peuvent opposer le contrat aux parties.

Un tiers peut tout d'abord invoquer un contrat auquel il n'est pas partie pour s'exonérer d'une obligation dont il serait sinon tenu.

EXEMPLE

Dans le cadre d'une cession de créance, dès lors que les formalités de la cession sont remplies, le cédé peut valablement refuser de payer au cédant.

Ensuite, un tiers peut invoquer un contrat auquel il n'est pas partie à titre de preuve.

Par ailleurs, un même fait peut, sous certaines conditions, constituer une faute contractuelle à l'égard des parties contractantes et une faute délictuelle vis-à-vis des tiers. La jurisprudence décide que :

« Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel, dès lors que ce manquement lui a causé un dommage. »

Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255.

EXEMPLE

Dans un local commercial, il y avait deux locataires. L'un exerçait une activité conforme à la clause de destination des lieux loués stipulés dans son bail. L'autre avait signé un bail postérieur comportant une clause lui interdisant de concurrencer les commerces existant déjà dans l'immeuble. Le juge a caractérisé le dommage causé par les manquements du deuxième locataire au premier locataire (Cass. 3^e civ., 13 juil. 2010, n° 09-67516).

B. LES MÉCANISMES D'INTÉGRATION DES TIERS AU CONTRAT

Il existe de nombreux mécanismes qui permettent à des tiers de s'intégrer à un contrat et d'en bénéficier, aussi des techniques qui permettent d'étendre un contrat à des tiers.

À côté de la stipulation pour autrui (1), évoquée expressément par l'article 1165 par renvoi à l'article 1121 du Code civil, subsistent la promesse de porte-fort (2) et l'action directe (3).

1. La stipulation pour autrui

La stipulation pour autrui est une opération qui, dès sa conclusion, prévoit qu'un tiers pourra tirer avantage du contrat car celui-ci crée une créance à son profit (art. 1121, C. civ.).

Par cette opération, une partie (le stipulant) obtient de l'autre (le promettant) qu'il s'engage envers une troisième (le tiers bénéficiaire).

L'exemple typique de la stipulation pour autrui est le **contrat d'assurance-vie**.

La stipulation pour autrui ne peut jouer qu'à l'avantage du bénéficiaire. Elle ne peut créer à sa charge des obligations qu'il n'a pas acceptées. Elle doit être liée à une convention préexistante. Elle doit résulter d'une clause expresse du contrat originaire et peut être même parfois tacite⁶.

Pour produire ses effets, elle doit réunir un certain nombre de conditions.

6. Cass. civ., 6 déc. 1932, Grands arrêts, vol. 2, n° 263.

a. Les conditions de la validité de la stipulation pour autrui

La stipulation pour autrui suppose la réunion de deux conditions :

▀ **Un intérêt propre du stipulant**

La jurisprudence exige un intérêt direct et immédiat (propre) pour le stipulant et celui-ci peut n'être que moral.

▀ **La détermination du tiers bénéficiaire**

Il suffit que le bénéficiaire soit déterminable, même s'il n'est pas encore connu et même s'il n'existe pas encore au moment de la conclusion du contrat. Il suffit qu'il soit possible de déterminer l'individualité du bénéficiaire au jour où la condition doit recevoir effet.

EXEMPLES

- Dans le cadre de la souscription d'une assurance de groupe, les futurs salariés (bénéficiaires) du souscripteur (le stipulant employeur).
- Pour une assurance-décès, les enfants à naître du souscripteur n'existent pas encore.

REMARQUE

L'**acceptation du bénéficiaire** n'est pas une condition de validité de la stipulation pour autrui (Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2000, n° 98-14105). Elle n'est nécessaire que pour rendre définitive l'obligation stipulée à son profit. La révocation par le stipulant ou ses héritiers devient impossible à partir du moment où le bénéficiaire accepte la stipulation.

b. Les effets de la stipulation pour autrui

La stipulation pour autrui fait naître trois rapports :

▀ **Entre le stipulant et le promettant**

Ces rapports sont réglés par le contrat originaire et subsistent même après l'acceptation du bénéficiaire. Chacun doit exécuter ses obligations, telles que stipulées dans l'acte. Le stipulant, en particulier, a qualité pour exiger du promettant qu'il exécute son obligation. En cas d'inexécution, il peut demander la résolution du contrat ou des dommages-intérêts.

▀ **Entre le promettant et le bénéficiaire**

Le bénéficiaire acquiert un droit direct contre le promettant. Il peut réclamer l'exécution de la promesse ou, à défaut, des dommages et intérêts. Ainsi, le bénéficiaire d'une assurance-vie peut intenter directement une action en exécution forcée contre l'assureur.

Ce droit naît au profit du tiers, sans transiter par le patrimoine du stipulant : les créanciers et les héritiers de ce dernier ne peuvent émettre aucune prétention sur ce droit. Le promettant ne peut jamais révoquer seul la stipulation qui a force obligatoire à son égard. Mais, il peut opposer au bénéficiaire les exceptions qu'il tient du contrat principal⁷.

▀ **Entre le stipulant et le bénéficiaire**

En principe, il n'y a pas de rapport entre ces deux personnes. Mais, le stipulant peut révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée. La révocation peut être contenue dans un acte de forme testamentaire. Le stipulant peut également renoncer par avance à l'exercice de ce droit.

Lorsque la stipulation est insérée dans un testament, la faculté de révocation appartient au seul testateur.

7. Par exemple, Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, opposabilité au bénéficiaire de l'exception de compensation inhérente au contrat existant entre le stipulant et le promettant.

Le stipulant peut se réserver le droit de révocation. À défaut, la jurisprudence a reconnu la transmissibilité de ce droit aux héritiers du stipulant. Or, en matière d'assurance sur la vie, le législateur restreint l'exercice de ce droit en posant deux conditions : ce droit de révocation ne peut être exercé, après la mort du stipulant, par ses héritiers, qu'après l'**exigibilité de la somme assurée** et **au plus tôt 3 mois après que le bénéficiaire de l'assurance a été mis en demeure** par acte extrajudiciaire, d'avoir à déclarer s'il accepte (art. L. 132-9, al. 3, C. assur.).

2. La promesse de porte-fort

Le porte-fort pour un tiers consiste à promettre que celui-ci donnera son accord au contrat. C'est l'engagement souscrit par un contractant (le porte-fort) d'obtenir l'accord d'un tiers à un acte juridique.

EXEMPLES

- Le représentant peut conclure seul un acte de disposition portant sur le patrimoine d'un incapable en se portant fort de sa ratification par le conseil de famille.
- Un indivisaire vendeur d'un bien indivis se porte fort (s'engage) que les autres co-indivisaires ratifieront la vente.

Le tiers n'est nullement lié à la promesse. Ce n'est qu'un engagement personnel portant sur une obligation de faire obtenir l'accord du tiers. C'est pourquoi la promesse de porte-fort ne constitue pas réellement une exception au principe de l'effet relatif du contrat.

Mais, si la personne s'engage seulement à « *faire son possible* » : il ne s'agit plus d'une promesse de porte-fort, mais seulement de bons offices⁸.

- **Si le tiers ratifie la promesse faite par le porte-fort**, du seul fait de son acceptation, il est engagé. La ratification produit alors un effet rétroactif⁹. Le porte-fort sera libéré de toute obligation. Il n'a pas à garantir la bonne exécution de son obligation par le tiers.
- **Si le tiers refuse¹⁰ de ratifier la promesse**, étant « *étranger* » à la promesse de porte-fort, le tiers est libre de ratifier ou non la promesse faite en son nom par le porte-fort. Ce dernier engage alors sa responsabilité (allocation de dommages-intérêts), puisqu'il s'est obligé personnellement à obtenir l'accord du tiers, et qu'il n'a pas respecté son obligation (il s'agit d'une **obligation de résultat**).

3. L'action directe

L'action directe permet à son titulaire d'agir directement, en son nom personnel, contre certains débiteurs de son débiteur.

a. L'action directe prévue par les textes

Certains textes consacrent expressément une action directe au profit d'un créancier et d'autres implicitement.

EXEMPLES

- Le **sous-traitant** dans le cadre d'un contrat d'entreprise contre le maître de l'ouvrage (loi, 31 déc. 1975).
- Le **bailleur d'immeuble** contre le sous-locataire (art. 1753, C. civ.).
- L'**ouvrier** contre le client de l'entrepreneur, celui pour lequel les ouvrages ont été faits (art. 1798, C. civ.).

8. Cass. 3^e civ., 7 mars 1978, Bull. civ. III, n° 178.

9. Cass. com., 13 déc. 2005, JCP 2006.II.10021.

10. Le refus est rare car le porte-fort ne promet l'engagement du tiers que s'il a de fortes raisons de penser que le tiers va le faire. Le tiers est généralement attaché au porte-fort par des liens de famille ou d'amitiés.

b. L'action directe admise par la jurisprudence

En dehors de textes spéciaux, la jurisprudence a admis l'existence d'actions directes dans des situations où il y avait cession de contrat ou transmission à l'ayant-cause particulier de droits qui appartenaient à son auteur.

La jurisprudence, dans les **chaînes de contrats translatifs de propriété** (le contrat de vente par exemple), a accordé au sous-acquéreur une action directe contre le premier vendeur au titre de la **garantie des vices cachés**.

III. LES EFFETS DU CONTRAT À L'ÉGARD DU JUGE

Le principe d'intangibilité s'applique au juge (A). C'est également à l'occasion d'un litige que se posent les questions de la qualification (B) et de l'interprétation du contrat (C).

A. LE PRINCIPE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

1. Le principe

Le principe de la force obligatoire interdit au juge de modifier la convention des parties. En effet, dans la mesure où c'est la loi qui confère au contrat sa force obligatoire, ce n'est pas au juge de le modifier. Le juge, en l'absence de texte ou de clause, ne peut autoriser une partie à ne pas exécuter ses obligations, ou modifier le contenu ou les modalités d'exécution de l'obligation. Il ne peut empêcher, en principe, l'application d'une disposition contractuelle qui lui paraîtrait même injuste ou excessive.

Plus spécifiquement, l'exclusion de la modification judiciaire interdit la révision pour **imprévision**. Ce terme évoque la rupture de l'équilibre des prestations en cours d'exécution du contrat. Les prestations étaient équilibrées lors de la conclusion du contrat, mais des événements postérieurs, l'inflation par exemple, peuvent avoir altéré l'équilibre originaire des obligations. Malgré certains assouplissements récents, la force obligatoire du contrat implique qu'il soit refusé au juge, en principe, le pouvoir de réviser le contrat pour imprévision.

Ce principe a été posé par un arrêt de principe de la Cour de cassation du 6 mars 1876, « *Canal de Craponne* ». Il s'agissait d'une convention qui portait sur la fourniture d'eau pour une somme devenue dérisoire en raison de l'inflation et de la hausse du prix de la main-d'œuvre. La Cour de cassation censure l'arrêt de la cour d'appel qui avait augmenté le prix de l'eau au motif qu'aucune considération de temps ou d'équité ne peut permettre au juge de modifier la convention des parties.

Cette solution ne concerne pas les contrats administratifs, qui sont soumis à un régime dérogatoire, le Conseil d'État admettant la révision pour imprévision. Mais, c'est toujours, pour les contrats de droit privé, la solution actuelle.

2. L'exception au principe

a. Les tempéraments légaux

La loi ouvre au juge la possibilité de donner un **délai de grâce** (art. 1244-1, C. civ.) :

« Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues. »

La loi donne également au juge la possibilité de modifier une **clause pénale** à la hausse ou à la baisse selon qu'elle lui semblait dérisoire ou excessive (art. 1152, al. 2, C. civ.).

b. Les tempéraments jurisprudentiels

➡ La bonne foi dans l'exécution du contrat

Les conventions doivent être exécutées de **bonne foi** (art. 1134, al. 3, C. civ.). À l'origine cantonnée à l'exécution du contrat, cette exigence de bonne foi est aujourd'hui étendue à la formation et même à toute la période de négociation du contrat. La bonne foi consiste pour chacune des parties à ne pas surprendre la confiance qu'elle a suscitée en contractant. Elle est l'expression d'un devoir général de **loyauté** ; mais elle va aujourd'hui jusqu'à une **obligation de coopération**.

Le devoir de bonne foi peut obliger les parties à adapter le contrat de longue durée aux circonstances économiques nouvelles, le cas échéant en proposant la modification ou la renégociation. En **droit du travail**, par exemple, l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois. Il doit tenter de reclasser le salarié avant de le licencier.

Aujourd'hui, sur ce fondement, la jurisprudence impose aux parties un devoir de **loyauté** qui lui permet de sanctionner la mise en œuvre brutale ou déloyale d'une prérogative contractuelle. Par exemple, le juge peut, par exemple, refuser sur ce fondement le jeu d'une clause résolutoire lorsqu'elle est mise en œuvre de mauvaise foi (Cass. 3^e civ., 10 nov. 2010, n° 09-15937).

En outre, dans certains contrats, la jurisprudence impose aux parties des obligations positives tirées de ce devoir de bonne foi : un véritable **devoir de coopération** émerge lors de l'exécution du contrat, **devoir d'initiative et d'entraide** afin que chacune d'elles obtienne le résultat escompté. Par exemple, dans les contrats de distribution, fournisseur et distributeur doivent travailler de concert, le fournisseur devant agir en sorte que son distributeur soit toujours en mesure d'affronter la concurrence (Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18357).

En se fondant sur la bonne foi, le juge pourrait même imposer aux parties une **obligation de renégociation** de la convention, qui pourrait venir tempérer l'interdiction de la révision pour imprévision. La jurisprudence reste cependant marginale sur cette question et n'a pas dégagé de critères de la renégociation d'un contrat.

REMARQUE

En matière de clause de garantie de passif, la connaissance par le cessionnaire de contrôle du risque couvert par la garantie de passif est un élément indifférent au jeu de la stipulation. C'est-à-dire que la règle de bonne foi dans l'exécution du contrat ne permet pas au juge de porter atteinte aux droits et obligations légalement convenus entre les parties. Sinon, ce serait une violation du caractère obligatoire des conventions (Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-19195).

➡ La réduction des honoraires des mandataires

La Cour de cassation reconnaît au juge du fond de réduire les honoraires des mandataires lorsqu'ils sont excessifs (Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1998).

➡ La suspension momentanée de l'exécution de l'obligation

En cas d'impossibilité momentanée d'exécution d'une obligation, le juge peut en prononcer la suspension. Le débiteur n'étant pas libéré, l'exécution étant seulement suspendue jusqu'au moment où l'impossibilité vient à cesser (Cass. civ. 1^{re}, 24 févr. 1981, n° 79-12710).

B. LA QUALIFICATION DU CONTRAT

Les juges ne sont pas liés par la dénomination donnée au contrat par les parties. Ils ont le pouvoir de requalifier un contrat improprement dénommé. Qualifier un contrat signifie rechercher sa nature juridique, c'est-à-dire le ranger dans la catégorie à laquelle il correspondrait : vente, prêt, dépôt, etc. La qualification sert à déterminer le régime juridique applicable (voir page 23). Par exemple, les contrats de travail à durée déterminée risquent d'être requalifiés en contrats à durée indéterminée.

C. L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT

L'interprétation consiste à rechercher la volonté commune des parties et à rendre plus clair ce qui est obscur (1). Celle-ci peut aller même jusqu'à compléter le contrat en cas de lacunes : le forçage (2).

1. La recherche de volonté des parties

Il est fait obligation au juge de rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes (art. 1156, C. civ.). Ainsi, le juge doit restituer au contrat le sens que les parties avaient entendu lui donner.

Le juge pourra s'aider dans la recherche de la commune intention des parties, de tous éléments extérieurs au contrat lui-même, comme par exemple le contenu des pourparlers, des documents publicitaires. Tout dépend en effet des circonstances.

Le Code civil donne en outre un certain nombre d'éléments :

- « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. »
- « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat. »
- « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. »
- « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. »
- « Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. »
- « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. »

Art. 1157 à 1162, C. civ.

À son tour, le Code de la consommation, dans son article L. 133-2, prévoit que :

- « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel [...]. »

REMARQUE

Les juges du fond ont un **devoir d'interprétation** à l'égard des actes ambigus : ils ne peuvent y déroger en affirmant que l'acte serait clair lorsque tel n'est pas le cas.

À noter toutefois que, lorsqu'une clause est « *claire et précise* », les juges ne peuvent lui donner un autre sens et ce, même si elle leur paraît injuste. Ce serait alors une violation de la force obligatoire du contrat. Ainsi, le fait d'oublier une clause ou un terme, celui d'ajouter au contrat une condition sont des cas de dénaturation du contrat.

Il a été jugé qu'en ne prévoyant expressément que l'hypothèse de la cession, les parties à la clause de préemption ont souhaité viser la vente et non l'apport (Cass. com. 15 déc. 2009, n° 08-21037).

2. Le forçage du contrat

- « Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

Art. 1135, C. civ.

Dans le silence du contrat, le juge peut ajouter certaines obligations, non stipulées par les parties, mais qui lui paraissent conformes à l'usage ou l'équité. Il opère ainsi un « **forçage du contenu contractuel** ».

La jurisprudence a introduit dès 1911¹¹ dans les contrats de transport une **obligation de sécurité**. Pour éviter à la victime d'un accident de transport de devoir prouver la faute du transporteur afin d'obtenir réparation, les tribunaux ont complété le contrat par l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination, et l'ériger en obligation de résultat qui dispense la victime de toute preuve. Celle-ci a été étendue depuis à tous les contrats pouvant mettre en jeu la sécurité des personnes : téléskis, jeux forains...

L'**obligation d'information et de conseil** a été également introduite dans un certain nombre de contrats. Le débiteur doit délivrer au créancier tous les renseignements, recours et recommandations nécessaires à l'exécution du contrat.

EXEMPLES

- L'assureur doit informer et conseiller le souscripteur sur les conditions et l'étendue de la garantie offerte.
- Le fabricant doit informer l'acquéreur sur les dangers de son produit ou sur les précautions d'emploi.

SECTION 2. LES CONSÉQUENCES DE L'INEXÉCUTION DU CONTRAT

Lorsque le débiteur n'exécute pas son obligation, le créancier n'a aucun pouvoir de coercition sur la personne de son débiteur. En revanche, il bénéficie en principe du droit d'obtenir l'**exécution forcée en nature** de l'obligation inexécutée (I). Cependant, si cette exécution en nature n'est pas possible, le créancier dispose d'autres actions. Il n'est d'ailleurs pas forcé d'agir préalablement en exécution forcée.

Certaines sanctions de l'inexécution sont propres aux contrats synallagmatiques : le créancier dispose notamment de la **résolution du contrat** qui lui permet de faire anéantir la relation contractuelle (III).

D'autres concernent toutes les obligations contractuelles : le créancier de l'inexécution peut demander réparation sous forme de dommages-intérêts. C'est la théorie de la **responsabilité contractuelle** (II).

I. L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

Ne seront présentés ici que les conditions (A) et le domaine (B) de l'exécution forcée et non sa mise en œuvre, qui repose sur un grand nombre de saisies.

A. LES CONDITIONS DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

1. Les conditions relatives à la créance

Il faut :

- une **créance certaine, exigible** (le terme convenu est arrivé) et pour les créances de somme d'argent, **liquide** (le montant de la dette doit être précisément fixé) ;
- l'**existence d'un titre exécutoire** constatant la créance (décision de justice ou acte notarié revêtu de la formule exécutoire) ;
- la **possibilité d'exécuter le contrat** : l'exécution forcée est exclue s'il est matériellement impossible ou vain d'exécuter l'obligation.

11. Cass. civ., 21 nov. 1911, DP 1913.I.249.

2. La condition de forme : la mise en demeure du débiteur

Le rôle de la mise en demeure est d'informer le débiteur que la patience de son créancier est épuisée et qu'il doit payer sa dette. Elle peut résulter d'un acte d'huissier ou d'une lettre recommandée.

REMARQUE

Le préjudice du créancier n'en est pas une condition : l'exécution forcée peut être demandée même si le créancier n'a subi aucun préjudice.

B. LE DOMAINE D'APPLICATION DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

1. L'obligation de payer une somme d'argent

C'est le domaine d'élection de l'exécution forcée, qui prendra la forme de saisies sur le patrimoine du débiteur.

2. L'obligation de faire ou de ne pas faire, de livrer

« Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

Art. 1142, C. civ.

Ainsi, essentiellement dans un souci de protection des libertés individuelles, l'exécution forcée est exclue concernant une obligation de faire ou de ne pas faire.

Il est vrai que l'exécution forcée d'une obligation de faire comportant une prestation de service (accomplir tel travail) est impossible parce que la contrainte serait contraire à la liberté individuelle. **Cependant, si le contrat n'est pas *intuitu personae*, la jurisprudence permet de recourir à l'exécution forcée des obligations de faire** (Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 2007, n° 06-13983).

Le créancier peut être autorisé à faire exécuter la prestation par un tiers, aux frais du débiteur (art. 1144, C. civ.) (on l'appelle la **faculté de remplacement**), celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution. La faculté de remplacement suppose une autorisation préalable du juge.

Par ailleurs, s'agissant d'**obligations de ne pas faire**, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention (art. 1145, C. civ. ; voir Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2010, n° 09-69928). Le texte autorise le créancier à demander la destruction de ce qui a été fait en violation de l'obligation de ne pas faire. Ainsi, peuvent être détruites des constructions faites en violation d'une interdiction d'édifier ou la fermeture du fonds de commerce ouvert en violation d'une clause de non-concurrence (art. 1143, C. civ.).

À l'égard d'une **obligation de livrer**, obligation relative à un bien matériel, l'exécution forcée en nature peut être prononcée.

REMARQUE

L'astreinte n'a pas pour but de réparer le préjudice subi par le créancier, mais de forcer le débiteur à l'exécution de son obligation. L'astreinte étant indépendante des **dommages-intérêts**, les deux peuvent se combiner.

Elle se distingue de la **clause pénale** qui constitue également un moyen de pression sur le débiteur, une mesure comminatoire, mais qui n'a pas la même origine. La clause pénale est une **stipulation contractuelle** qui fixe le montant des dommages-intérêts que devra payer le débiteur en cas d'inexécution, de mauvaise exécution ou de retard dans l'exécution. C'est principalement un mode conventionnel de fixation des dommages-intérêts.

II. LA RESPONSABILITÉ CIVILE CONTRACTUELLE

A. LA NOTION ET LA PLACE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE CONTRACTUELLE

1. La notion

Le débiteur qui n'a pas obtenu la satisfaction attendue peut réclamer des dommages-intérêts, qui ont pour fonction de conférer au créancier une forme d'exécution par équivalent (art. 1142 à 1146, C. civ.). La jurisprudence a donné par ailleurs une autre fonction à ces dommages-intérêts, en les utilisant pour réparer le préjudice causé par l'inexécution.

2. Les domaines respectifs de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle

a. Le non-cumul des deux ordres de responsabilité

La jurisprudence pose en principe que le créancier d'une obligation contractuelle ne peut se prévaloir contre le débiteur de cette obligation, quand bien même il y aurait intérêt, des règles de la responsabilité délictuelle. Cela signifie que, quand la faute résulte d'une inexécution contractuelle, on doit agir sur le fondement de responsabilité contractuelle. En revanche, en l'absence de lien contractuel, on agit sur le fondement de responsabilité délictuelle.

b. Des différences entre les deux régimes de responsabilité

Les clauses limitatives de responsabilité sont en principe interdites en matière délictuelle, non en matière contractuelle.

Une mise en demeure est nécessaire en matière contractuelle pour obtenir des dommages-intérêts, ce qui n'est pas le cas en matière délictuelle.

Ces différences sont progressivement atténuées par la jurisprudence et par la loi :

- La Cour de cassation a décidé que le tiers à un contrat pouvait invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage (Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255).
- La mise en demeure ne semble plus être une condition de l'obtention de dommages et intérêts en matière de contrat (Cass. Ch. mixte, 6 juill. 2007, n° 06-13823).
- La réparation n'a plus forcément comme limite, en matière contractuelle, le dommage prévisible, le juge tenant compte de la perte du créancier ou de son gain manqué (art. 1149, C. civ.).
- Enfin, les délais de prescription qui étaient différents en matière contractuelle et délictuelle sont désormais unifiés : les actions nées d'un contrat ou d'un quasi-contrat (soumises auparavant à la prescription trentenaire) et celles nées d'un délit (soumises jusqu'alors à une prescription plus courte, décennale en principe) sont désormais soumises à un délai unique, depuis la loi du 17 juin 2008. Le délai de prescription devant les juridictions civiles n'est plus que de 5 ans (art. 2224, C. civ.), sauf si le dommage dont il est demandé réparation est un dommage corporel (art. 2226, C. civ. : 10 ans).

B. LES CONDITIONS DE LA MISE EN JEU DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

La mise en jeu de la responsabilité contractuelle suppose la réunion de conditions de fond (1) et de condition de forme (2).

1. Les conditions de fond

Il s'agit des trois conditions : un fait générateur, un dommage (ou préjudice), un lien de causalité entre les deux.

a. Un fait générateur : l'inexécution, l'exécution défectueuse ou le retard dans l'exécution d'une obligation contractuelle

▀ **La distinction des obligations de résultat et de moyens**

S'agissant des **obligations de résultat**, le débiteur est responsable de plein droit en cas d'inexécution ou de retard ; le créancier doit simplement apporter la preuve de cette inexécution : le résultat convenu n'est pas atteint ; le débiteur ne pourra se dégager en apportant la preuve qu'il n'a pas commis de faute ; seule la force majeure peut l'exonérer de sa responsabilité.

EXEMPLES

- Dans la vente, le vendeur s'engage à transférer la propriété d'un bien et pas seulement à tout mettre en œuvre pour assurer ce transfert.
- L'obligation de non-concurrence est aussi une obligation de résultat.

En cas d'**obligation de moyens** dans laquelle le débiteur s'engage à mettre tout en œuvre pour remplir ses engagements, la responsabilité du débiteur est subordonnée à la preuve d'une faute qu'il aura commise. Le créancier doit prouver cette faute, qui est appréciée *in abstracto* par rapport à un modèle abstrait, un homme normalement prudent et avisé.

EXEMPLES

- Le **médecin** ne garantit pas la guérison du malade, mais seulement de tout faire pour obtenir sa guérison. Sa responsabilité ne peut être engagée du seul fait de la non-guérison ou de décès. Le patient ou ses héritiers doivent prouver la faute, en démontrant que le professionnel n'a pas mis en œuvre les moyens dont il disposait.
- Les tribunaux considèrent que les **agences de voyages** chargées de diverses prestations sont tenues d'une obligation de moyens.

La distinction n'est pas toujours aisée : l'obligation de sécurité peut être une obligation de résultat (transport de voyageurs) ou de moyens.

▀ **La classification de faute contractuelle**

Le Code civil ne pose pas de hiérarchie de fautes ou de manquement, mais la jurisprudence et certains textes spéciaux ont adopté des classifications. On peut donc hiérarchiser les fautes comme suit malgré la diversité de leur qualification :

- Les **fautes volontaires** qui sont subdivisées, d'une part, en **faute intentionnelle** qui comporte la volonté de causer le dommage et, d'autre part, en **faute dolosive** qui implique la volonté délibérée de méconnaître son obligation.
- Les **fautes graves** dans lesquelles on trouve la faute lourde. Celle-ci consiste en une faute d'exceptionnelle gravité avec intention de nuire. En droit du travail par exemple, la **faute grave** prive le salarié de toute indemnité à l'exception des congés payés, tandis que la **faute lourde** le prive également des congés payés.
- La **faute simple** est une faute ordinaire qui constitue la base du droit commun.
- La **faute légère** est celle qui est peu grave, le résultat d'une imprudence ou négligence.

EXEMPLES

- **Faute intentionnelle** : un avocat avait parfaitement connaissance et conscience du dommage qu'il causait à ses clients en ne consignait pas dans le délai imparti le prix de l'adjudication sur le compte séquestre dès lors qu'en tant qu'avocat spécialisé depuis des années dans les ventes judiciaires, il savait que ce retard faisait courir au préjudice des adjudicataires des intérêts de retard (Cass. civ. 2^e, 24 mai 2006, n° 03-21024).
- **Faute dolosive** : l'installation d'une cheminée ayant été faite sans recourir au personnel disposant de la qualification requise, une entreprise n'avait pas pris les précautions élémentaires à

la construction d'une cheminée devant être installée dans une maison à ossature bois (Cass. civ. 3^e, 8 sept. 2009, n° 08-17336).

- **Faute lourde** : la faute lourde a été retenue à l'encontre d'un salarié ayant commis des actes de violence, un sabotage de machines, et effectué des coupures d'énergie.

b. Un dommage (ou préjudice)

L'inexécution du contrat n'entraîne une obligation à réparation que si le créancier a subi un dommage. L'inexécution fait présumer le dommage, surtout si elle est totale. Le créancier devra apporter la preuve de l'**étendue du dommage**. Le simple retard dans l'exécution ne fait pas présumer le dommage et le créancier devra en apporter la preuve.

➡ **Les différentes catégories de dommages**

Tous les dommages (matériel, patrimonial, corporel, moral) peuvent donner lieu à réparation dans le cadre de la responsabilité contractuelle.

- Le dommage **matériel** est le dommage causé aux biens et plus généralement au patrimoine : il englobe la perte subie (*damnum emergens*) et le gain manqué (*lucrum cessans*).
- Le dommage **corporel** est celui qui porte atteinte à l'intégrité physique de la personne : il peut être matériel (incapacité de travail, soins médicaux) ou immatériel (préjudice dû à la douleur, préjudice esthétique, préjudice d'agrément qui est la privation d'un plaisir de la vie comme la pratique d'un art, préjudice sexuel, préjudice d'établissement).
- Il peut s'agir d'un **dommage moral** (préjudice d'affection causé par le décès d'un être cher dans un contrat de transport de personnes, préjudice d'angoisse).

➡ **Les conditions du dommage réparable**

Pour être réparable, le dommage doit présenter deux caractères :

- **Il doit être certain, non éventuel.**

Un préjudice certain, même futur peut donner lieu à réparation, mais pas un préjudice éventuel. Le dommage ne sera considéré comme certain que si l'avantage espéré pouvait être obtenu dans un délai bref.

- **Il doit être prévisible.**

C'est une spécificité de la responsabilité contractuelle (art. 1150, C. civ.) : seul est réparable le préjudice qui a pu être prévu au moment de la conclusion du contrat. Un exemple : un colis confié à un transporteur contient, à son insu, des bijoux précieux. Si la perte du colis pouvait être prévue, la valeur réelle et le dommage qui s'ensuit ne constituent pas un dommage prévisible réparable, faute d'avoir été connu du transporteur, qui aurait pu, le sachant, refuser le contrat ou demander un prix plus élevé.

Le **manque à gagner** est un dommage futur mais inévitable et prévisible.

REMARQUE

L'exclusion de la réparation du dommage imprévisible cède en cas de dol ou de faute lourde du débiteur. S'il a méconnu, délibérément, ses obligations, il ne saurait se prévaloir de cette règle pour limiter le poids de sa responsabilité.

c. Le lien de causalité entre la faute contractuelle et le dommage

Le dommage doit être immédiat et direct de l'inexécution du contrat.

« Les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une **suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention**. »

Art. 1151, C. civ.

Il faut donc un **lien direct entre le manquement et le préjudice**.

Ici un exemple très classique de Pothier, juriste consulte français du XVIII^e siècle qui inspira les rédacteurs du Code civil. Si un marchand vend une vache malade, le dommage direct réside dans le prix qui a été versé, la valeur des animaux morts par contagion, mais les dommages plus éloignés (par exemple impossibilité pour l'acheteur de cultiver ses terres, de payer ses créanciers et la ruine qui l'ont accompagnés) sont des dommages indirects non réparables.

2. La condition de forme : la mise en demeure préalable

La mise en demeure est l'acte par lequel un créancier demande à son débiteur d'exécuter son obligation. Si, après la mise en demeure, le débiteur n'exécute pas son obligation, sa carence est établie.

La loi l'impose comme préalable à la mise en jeu de la responsabilité (art. 1146, C. civ.). Elle peut résulter d'une sommation ou tout autre acte équivalent, telle une lettre missive aux termes non équivoques, voire même par lettre simple.

La mise en demeure est inutile :

- lorsque l'exécution est devenue impossible ;
- ou lorsque le débiteur a rendu par son fait l'inexécution irréversible ou il déclare à son créancier qu'il refuse d'exécuter son obligation ;
- ou lorsqu'il est vain d'exiger l'exécution de l'obligation qui a déjà été violée par le débiteur (en cas d'obligation de ne pas faire, obligation de faire dans un délai et que le délai est écoulé) ;
- ou lorsque l'inexécution est acquise et a causé un préjudice au créancier ;
- ou lorsque la convention prévoit ou la loi autorise l'absence de mise en demeure (art. 1139, C. civ.).

À compter de la mise en demeure, le créancier peut demander des dommages-intérêts, ou si l'exécution est encore possible, des intérêts de retard.

C. LES CAUSES D'EXONÉRATION DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

Le Code civil évoque des cas où le débiteur est exonéré de sa responsabilité (art. 1147 et 1148, C. civ.). Trois cas variés d'exonération sont retenus : la force majeure (1), le fait d'un tiers (2) ou du créancier (3).

1. La force majeure

a. Les caractéristiques

La force majeure est caractérisée traditionnellement par trois traits :

- **Irrésistibilité (l'événement est insurmontable) :**
Il s'agit d'une véritable impossibilité d'exécution, c'est-à-dire d'un obstacle insurmontable et non de simples difficultés.
- **Imprévisibilité :**
L'événement ne pouvait être prévu par le débiteur lors de la conclusion du contrat. Est constitutif de force majeure « *l'événement présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution* » (Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11168 et n° 04-18902).

EXEMPLE

Le fournisseur d'accès à Internet ne peut s'exonérer de sa responsabilité à l'égard de ses clients en raison d'une défaillance technique, hormis le cas de force majeure. La défaillance technique relevée, même émanant d'un tiers, ne permet pas de caractériser la force majeure à défaut d'imprévisibilité (Cass. civ. 1^{re}, 19 nov. 2009, n° 08-21645).

- **Extériorité (l'événement est extérieur au débiteur) :**
L'événement doit être extérieur au débiteur et aux moyens matériels et humains auxquels il recourt pour exécuter le contrat.

EXEMPLE

Les marchandises appartenant à une société stockées dans l'entrepôt d'une autre société avaient été détruites par un incendie criminel. La Cour de cassation a jugé que ce fait ne pouvait être qualifié de cas de force majeure exonératoire de la responsabilité du dépositaire que s'il était dû à une personne étrangère à l'entreprise (Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2010, n° 09-16967).

La force majeure est admise exceptionnellement. Ainsi ne constitue pas un cas de force majeure la maladie du débiteur ou la grève interne de l'entreprise débitrice.

b. Les effets

La force majeure n'exonère le débiteur de ses obligations que pendant le temps où elle l'empêche de donner ou de faire ce à quoi il s'est obligé (Cass. civ. 3^e., 22 févr. 2006, n° 05-12032).

2. Le fait d'un tiers

Le débiteur peut parfois être empêché d'exécuter son obligation du fait d'un tiers (ex. : accident causé par un automobiliste ayant empêché la livraison à temps par un transporteur victime de cet accident). Il est exonératoire s'il remplit les caractères de la force majeure. Le tiers ne doit pas être un employé ou préposé du débiteur.

3. Le fait du créancier

Le créancier ne peut engager la responsabilité de son cocontractant alors qu'il était à l'origine du manquement de ce dernier. Ainsi, le fait du créancier de l'obligation inexécutée exonère totalement le débiteur lorsqu'il a été la cause exclusive de son dommage ; sinon, il peut y avoir partage de responsabilité, le débiteur ne sera que partiellement exonéré.

D. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE**1. La réparation du préjudice subi**

L'effet principal de la responsabilité contractuelle est de permettre la réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution du contrat. Les **dommages-intérêts** sont évalués par le juge. Ils **doivent compenser la totalité du préjudice subi par le créancier sans lui permettre de s'enrichir**. Le montant des dommages-intérêts compensatoires¹² doit couvrir la totalité du dommage réparable, mais ne pas l'excéder : « *Tout le préjudice, mais rien que le préjudice.* »

Parfois, la loi fixe un plafond de réparation. Par exemple, pour les bagages déposés chez un hôtelier, les dommages-intérêts dus au voyageur sont limités à l'équivalent de 100 fois le prix de location du logement par journée (art. 1953, al. 3, C. civ.).

Le dommage doit être évalué au jour du jugement définitif de condamnation, afin que le créancier ne subisse pas les effets de l'érosion monétaire.

La loi fait produire intérêt à la créance de réparation, calculé en fonction du taux légal¹³.

Enfin, en cas de retard dans le paiement d'une somme d'argent, le débiteur est condamné à des intérêts moratoires qui commencent à courir à compter de la sommation de payer.

2. Les aménagements conventionnels de la responsabilité

Le régime de la responsabilité contractuelle n'est pas d'ordre public et les parties peuvent aménager les modalités de la réparation par voie conventionnelle.

12. Les dommages-intérêts **compensatoires** sont destinés à compenser le préjudice né de l'inexécution partielle ou totale alors que les dommages-intérêts **moratoires** sont calculés forfaitairement.

13. Le taux légal mensuel est de 0,38 % pour 2011.

Les aménagements peuvent prendre plusieurs formes. Ils peuvent être notamment des **clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité** qui portent sur l'existence ou l'étendue du droit à réparation comme des **clauses pénales** fixant avant l'apparition de tout litige, les sanctions encourues en cas de non-respect du contrat.

a. Les clauses exonératoires et limitatives de responsabilité contractuelle

■ La notion

Il s'agit des clauses de non-responsabilité. Elles affranchissent le débiteur de toute responsabilité en cas d'inexécution et même si le créancier apporte la preuve de sa faute. Ces clauses sont valables en matière contractuelle.

Il s'agit aussi des clauses qui portent sur l'étendue de la réparation : les clauses limitatives de responsabilité fixent à l'avance dans le contrat le montant maximum des dommages-intérêts que le créancier pourra recevoir en cas d'inexécution, exécution défectueuse ou retard dans l'exécution. Elles fixent ainsi un plafond de réparation conventionnellement évalué.

■ Le régime

Par la loi

La validité des clauses de non-responsabilité est parfois directement écartée par la loi pour certains contrats. Les cas les plus classiques concernent le contrat de transport de marchandises terrestre, maritime, aérien ou le transport aérien de personnes. La loi interdit également les clauses de non responsabilité (ou limitatives de responsabilité) pour les dommages causés par les produits défectueux (art. 1386-15, C. civ.). De façon générale, la validité des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité est discutée lorsqu'elles concernent des dommages causés à l'intégrité physique de la personne.

Une clause limitative ou exonératoire de responsabilité est susceptible d'être réputée non écrite si elle correspond à la définition des **clauses abusives** (voir page 102).

Par la jurisprudence

Les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité sont écartées par la jurisprudence :

- **Si elles contrarient une obligation essentielle du contrat**

La solution a été donnée à propos d'une clause limitative de responsabilité : une société de transport rapide ne peut se prévaloir d'une clause limitative de responsabilité si elle effectue la livraison avec retard. Cette clause dénature en effet le contrat en le privant d'un effet essentiel (Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18632).

Une compagnie aérienne ne peut faire figurer dans ses contrats une clause de non-garantie d'horaires car celle-ci porte atteinte à l'essence même du contrat (Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2004, n° 01-00444).

REMARQUE

Clause limitative de responsabilité conclue entre les professionnels

Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11841 : la Cour de cassation a d'abord confirmé que « [...] seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ». En l'espèce, le plafond de responsabilité n'était pas dérisoire, le montant de ce plafond avait été négocié aux termes d'une clause relative à la répartition du risque entre les parties, le débiteur avait consenti un taux de remise de 49 % et un statut préférentiel au créancier. La Cour a ensuite considéré que « la cour d'appel en a déduit que la clause limitative de réparation ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle de la société Oracle et a ainsi légalement justifié sa décision... ». Aux termes de cet arrêt, la validité des clauses limitatives de responsabilité doit être appréciée par le biais d'un contrôle de l'équilibre entre les droits et obligations des parties cocontractantes, dans l'économie du contrat et de l'existence de contreparties à la limitation de responsabilité. C'est-à-dire que la validité d'une telle clause dépend du plafond retenu ainsi que des autres éléments du contrat.

Le juge apprécie ces éléments au moment de la conclusion des contrats. Il privilégie la volonté des parties. Si les droits et obligations des parties sont équilibrés et que la limitation de responsabilité relève de la volonté des parties, elle est valide.

• **En cas de dol ou de faute intentionnelle/lourde du débiteur**

C'est l'application du principe d'exécuter les conventions de bonne foi (Cass. com., 7 sept. 2010, n° 09-66477 ; – 17 mai 2011, n° 10-21527).

EXEMPLE

Par une clause contractuelle, le bailleur d'un immeuble à usage commercial déclinait toute responsabilité en cas de vol « *nonobstant l'existence d'un service de surveillance dans l'immeuble* ». Le bailleur a supprimé le dispositif de gardiennage sans en informer ses locataires. Peu de temps après, survient un cambriolage au préjudice d'un des locataires. La Cour de cassation estime que cela ne suffit pas à caractériser une faute lourde permettant d'écarter la clause exclusive de responsabilité. Il en résulte que la faute lourde est définie non pas objectivement, mais au regard de la nature de l'obligation inexécutée (Cass. civ. 3^e, 21 janv. 2009, n° 08-10439). La solution pourrait être différente si les locaux se trouvaient dans un quartier particulièrement exposé aux risques de vol.

b. Les clauses pénales

Les clauses pénales permettent d'éviter le recours au juge pour la fixation des dommages-intérêts. Par cette technique, une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution (art. 1226, C. civ.).

La clause pénale fixe à l'avance, dans le contrat, le montant conventionnel de la réparation, les dommages-intérêts qui seront dus en cas d'inexécution totale, partielle ou de retard dans l'exécution du contrat. Elle est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Si la somme fixée est lourde, elle présente un caractère dissuasif qui pousse le cocontractant à s'exécuter. La clause pénale a donc un double rôle : **indemnitaire** et **comminatoire**.

➡ **La qualification des clauses pénales**

Le pouvoir du juge de modération n'existant que pour les clauses pénales, il importe de les distinguer de clauses voisines (clause de dédit, clause de non-concurrence, indemnité d'immobilisation, etc.).

EXEMPLES

- **Clause de dédit** : La clause de dédit n'est pas une clause pénale. Tout d'abord, la clause pénale vise à garantir l'exécution des obligations et la clause de dédit à organiser la liberté du débiteur de ne pas exécuter le contrat. Ensuite, la peine fixée dans la clause pénale est due en cas d'inexécution illicite des obligations, alors que le dédit est exigible en cas d'inexécution licite puisque précisément aménagée dans le cadre du contrat. Le dédit est ainsi étranger à toute idée de responsabilité et constitue la contrepartie du droit de repentir.
- **Clause de non-concurrence** : L'indemnité de non-concurrence n'est pas destinée à réparer les conséquences dommageables de l'inexécution d'une obligation comme l'est la clause pénale, mais, bien au contraire, elle est versée en considération et en contrepartie de l'obligation de non-concurrence souscrite par le salarié (Cass. soc., 26 mai 1988, n° 85-45074).

➡ **Le régime des clauses pénales**

Le Code civil admet la validité des clauses pénales (art. 1152, C. civ.). Elle est cependant interdite dans certains contrats. Par exemple dans les contrats de travail, sont prohibées les amendes ou autres sanctions pécuniaires (art. L. 1331-2, C. trav.).

La caducité d'un acte n'affecte pas la clause pénale qui y est stipulée et qui doit produire effet en cas de défaillance fautive de l'une des parties (Cass. com., 22 mars 2011, n° 09-16660).

La clause pénale suppose :

- une **inexécution**, ou une **exécution défectueuse**, ou un **retard dans l'exécution**, et non simplement un désengagement d'une partie à un contrat, car il s'agirait alors d'une clause de dédit n'obéissant pas au régime de la clause pénale (**si l'inexécution du contrat ne peut pas être imputée à une faute du débiteur, la clause pénale ne s'applique pas**, Cass. civ. 3^e, 30 mars 2011, n° 10-15914) ;
- que le montant des **dommages-intérêts** soit prévu de façon forfaitaire ;
- la **mise en demeure** du débiteur.

Mais, **le créancier n'est pas tenu de prouver que l'inexécution lui cause un dommage puisqu'il a été préalablement évalué.**

Ce mécanisme a donné lieu à des excès car ces clauses peuvent prévoir des montants disproportionnés par rapport au préjudice réellement subi. Le juge a alors le pouvoir de s'immiscer dans le contrat pour modérer ou augmenter la peine convenue selon qu'elle est manifestement excessive ou dérisoire par rapport au préjudice réellement subi.

- **Clauses « manifestement excessives »** : le caractère manifestement excessif ou non de la clause doit être **objectivement apprécié** (Cass. com., 27 mars 1990, n° 88-13967).

D'abord, la situation du débiteur ne doit pas entrer en considération, notamment, la faculté de révision du juge n'est pas subordonnée à la bonne foi du débiteur.

Ensuite, le caractère manifestement excessif ne peut résulter que de la comparaison entre le préjudice effectivement subi et le montant de l'indemnité prévue. Les juges ne peuvent, en fixant le montant de l'indemnité résultant de l'application d'une clause pénale manifestement excessive, « *allouer une somme inférieure au montant du dommage subi par le créancier* » (Cass. 1^{re} civ., 24 juill. 1978, n° 77-11170).

- **Clauses « manifestement dérisoires »** : si le créancier prouve que l'indemnité convenue est « *manifestement dérisoire* », le juge pourra lui allouer une indemnisation supplémentaire, mais limitée au préjudice effectivement subi. Ce sont les mêmes critères que ceux utilisés pour la révision des clauses manifestement excessives qui doivent guider le juge dans l'exercice de son pouvoir de révision à la hausse.

III. LES SANCTIONS PROPRES AUX CONTRATS SYNALLAGMATIQUES

L'interdépendance des obligations qui caractérise les contrats synallagmatiques emporte des conséquences particulières en cas d'inexécution, par l'un des cocontractants, de ses obligations. L'autre contractant peut suspendre ses propres obligations, c'est la mise en jeu de l'**exception d'inexécution** (A). Il peut aussi solliciter du juge qu'il prononce la **résolution du contrat** (B). Enfin, si l'inexécution de l'une des parties est causée par un événement de force majeure, c'est la **théorie des risques** qui règle la situation (C).

A. LA SUSPENSION DES OBLIGATIONS DU CRÉANCIER : L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION

L'exception d'inexécution constitue à la fois un moyen de pression sur le débiteur, qui doit exécuter s'il veut obtenir la prestation promise, et une garantie pour le créancier, qui n'aura pas à payer sans avoir reçu la prestation qui lui est due (ex. : l'acheteur refuse de payer tant qu'il n'est pas livré).

Cet instrument de pression, qui est une forme de justice privée, ne fait pas l'objet d'un texte spécifique en droit français. Elle est prévue par le Code civil pour certains contrats (ex. art. 1612, C. civ. : le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement).

L'exception d'inexécution est rattachée à la **cause**. Selon la jurisprudence (Cass. civ., 5 mai 1920) :

« Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre, de telle sorte que si l'obligation de l'une n'est pas exécutée, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause. »

La jurisprudence a reconnu d'une manière générale en toutes matières ce droit de suspendre le contrat à celui qui ne reçoit pas satisfaction.

La jurisprudence a précisé les conditions d'application (1), la mise en œuvre (2) et les effets (3) de l'exception d'inexécution.

1. Les conditions d'application

a. La nature des obligations inexécutées

L'exception d'inexécution suppose que l'exécution des obligations concernées est simultanée, et elle est exclue si l'exécution doit avoir lieu de manière échelonnée.

Elle suppose aussi que les obligations soient interdépendantes. Elle est donc liée aux contrats synallagmatiques. Mais, s'il résulte du contrat ou de la loi qu'un des contractants doit exécuter avant l'autre, l'exception d'inexécution ne peut plus jouer. Si des délais de paiement ont été prévus, le vendeur doit livrer avant d'être intégralement payé.

b. L'inexécution de l'obligation

L'exception d'inexécution suppose une inexécution. Peu n'importe que cette inexécution soit totale ou partielle, dès lors qu'elle est suffisamment grave et soulevée de bonne foi par celui qui l'invoque.

L'exigence de bonne foi du créancier signifie que le créancier doit agir de manière proportionnelle au préjudice subi.

La mauvaise foi est caractérisée lorsque l'inexécution est imputable au créancier ou lorsqu'il fait valoir l'inexécution d'une obligation secondaire. Cela pourrait être le cas dans le contrat de bail lorsque le locataire suspend le paiement du loyer, en riposte au refus du bailleur de faire certaines réparations dans les locaux loués. L'exception d'inexécution n'est admise que lorsque l'absence de réparation empêche totalement l'utilisation des locaux en question. La jurisprudence exige une riposte mesurée, proportionnée.

2. La mise en œuvre

L'exception d'inexécution est décidée, sans autorisation de justice, par le cocontractant lui-même. Le recours au juge est inutile et aucune formalité n'est requise. C'est une forme de justice privée. Elle présente donc des avantages de souplesse, de rapidité et d'efficacité. Elle comporte en même temps le risque de voir certains cocontractants en abuser ou en prendre prétexte pour se soustraire à leurs propres obligations.

3. Les effets

L'exception d'inexécution conduit à une suspension du contrat. Elle bloque ainsi toute mesure d'exécution. Mais, le contrat reste valable de sorte que, sitôt que l'autre partie s'exécute, le créancier devra lui aussi reprendre l'exécution.

L'exception d'inexécution est opposable aux tiers (ex. : créanciers du débiteur).

En réalité, l'exception d'inexécution n'a de sens que durant la période où le créancier espère encore pouvoir obtenir l'exécution du contrat. Si le débiteur s'exécute, le contrat reprend ses effets. À défaut, d'autres sanctions sont à envisager, notamment la résolution du contrat.

B. LA RÉSOLUTION POUR INEXÉCUTION

La résolution consiste en l'**anéantissement rétroactif du contrat inexécuté**.

Un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat (Cass. 3^e civ., 3 nov. 2011, n° 10-26203).

Comme pour l'exception d'inexécution, la résolution pour inexécution se rattache à la **cause** : le contractant peut se délier de son obligation si la contrepartie qui en est la cause n'est pas fournie. C'est pourquoi elle concerne essentiellement les contrats synallagmatiques¹⁴ dans lesquels chaque obligation trouve sa cause dans la contrepartie correspondante.

1. Les cas de résolution

a. La résolution judiciaire (le recours au juge est le principe)

En principe, le recours au juge est nécessaire (art. 1184, al. 3, C. civ.). Le juge devra vérifier que les conditions de la résolution du contrat sont réunies, c'est-à-dire :

- que l'inexécution est imputable au débiteur, et qu'elle ne ressort pas d'un cas de force majeure ;
- que l'inexécution est grave et vise une obligation essentielle. Toutefois, en cas d'inexécution partielle ou défectueuse pouvant mettre en péril le contrat, le juge pourra prononcer la résolution du contrat.

Il convient de remarquer que **l'inexécution n'a pas à être fautive**, et que **l'existence d'un préjudice n'est pas une condition de la résolution**.

Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation et peut :

- prononcer la résolution ;
- prononcer la résolution et condamner le débiteur à des dommages-intérêts (si la preuve d'un préjudice rapportée) ;
- condamner le débiteur à des dommages-intérêts sans prononcer la résolution, notamment en cas d'inexécution partielle ;
- accorder un délai de grâce pour permettre au débiteur de s'exécuter.

Seul le créancier de l'obligation inexécutée peut demander la résolution du contrat. Pour éviter le prononcé de la résolution, et tant qu'elle n'a pas été définitivement prononcée, le débiteur peut proposer au créancier d'exécuter son obligation.

b. La résolution non judiciaire

■ La résiliation unilatérale autorisée sous certaines conditions par la loi

EXEMPLES

- **Contrats à durée indéterminée** : ils peuvent faire l'objet, à tout moment, d'une résiliation unilatérale. Mais, ce droit de rompre le contrat à durée indéterminée ne peut être exercé abusivement, et un préavis est nécessaire. De plus, le législateur est intervenu pour protéger certains contractants en situation de dépendance, et encadre par exemple strictement les modalités de rupture unilatérale du contrat de travail par l'employeur.
- **Contrats conclus *intuitus personae*** : si la confiance a disparu, le contrat peut être rompu. Par exemple, le mandant est libre de révoquer à tout moment son mandat, sauf à ne pas commettre un abus de droit (art. 2004, C. civ.).

■ La clause résolutoire convenue lors de la conclusion du contrat

Le principe est que cette clause **ne dispense ni du recours au juge, ni d'une mise en demeure** du débiteur de l'obligation inexécutée pour constater l'inexécution. Simplement, le juge n'aura pas à apprécier la gravité du comportement du débiteur de l'obligation inexécutée. Il lui faudra vérifier que les conditions de mise en jeu de la clause sont réunies et qu'elle a été déclenchée de bonne foi.

La clause ne permet d'éviter le recours au juge que si elle stipule que la résolution aura lieu de plein droit (il faudra quand même une mise en demeure : Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, n° 01-02020).

14. Cependant, tous les contrats synallagmatiques ne sont pas susceptibles de la résolution. La résolution est interdite pour certains contrats (certains contrats aléatoires, contrat de travail à durée indéterminée, etc.).

La **mise en demeure** n'est pas nécessaire si la clause prévoit que la résolution aura lieu de plein droit et **sans sommation**.

Les conditions de mise en œuvre d'une condition résolutoire de plein droit sont donc les suivantes :

- la clause doit être sans équivoque, il faut qu'elle précise qu'elle s'applique de « *plein droit* » ;
- elle ne doit sanctionner que des obligations expressément stipulées au contrat ;
- elle ne peut jouer qu'après une mise en demeure préalable ;
- il faut qu'elle ne soit pas mise en œuvre de mauvaise foi.

➡ **La possibilité de résiliation unilatérale en l'absence de clause résolutoire**

Exceptionnellement, la jurisprudence a admis que l'**urgence**, un **péril imminent** ou une **faute particulièrement grave du cocontractant** peuvent justifier une résolution immédiate, sans recours préalable au juge, que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée. **Il a été jugé que la gravité du comportement d'une partie à un contrat** peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls (Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 99-15170).

2. Les effets de la résolution

La résolution opère la révocation de l'obligation, et remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Cette rétroactivité s'applique comme en matière de nullité. Elle produit ses effets entre les parties et vis-à-vis des tiers (art. 1183, al. 1, C. civ.).

a. Entre les parties

Si le contrat n'a encore reçu aucune exécution, le créancier est libéré de sa propre obligation. Mais, si le contrat avait reçu un début d'exécution, les parties doivent restituer les prestations réciproques et les dommages-intérêts peuvent être prononcés. Des difficultés peuvent apparaître notamment pour les contrats à exécution successive (ex. : contrat de travail). La nature des prestations, qui ont été établies dans le temps, ne permet pas une restitution. On dit alors que le contrat est « *résilié* ». La résiliation opère ainsi pour l'avenir sans rétroactivité.

b. Vis-à-vis des tiers

En principe, tous les droits que les tiers ont pu acquérir disparaissent en même temps que le contrat d'origine. Mais, ce principe présente des exceptions : tous les actes d'administration peuvent être maintenus (par mesure de protection) ; le sous-acquéreur de bonne foi conserve les droits acquis en matière de meuble (art. 2276, C. civ.).

C. LA THÉORIE DES RISQUES (OU LES CONSÉQUENCES DE LA FORCE MAJEURE DANS LES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES)

La théorie des risques consiste à se demander ce qu'il advient lorsqu'un cas de force majeure libère une partie de l'exécution de son obligation. Le bien vendu est détruit alors qu'il est encore entre les mains du vendeur : l'acquéreur devra-t-il payer le prix ? Qui supporte les risques de l'inexécution du fait d'un événement de force majeure : le débiteur de l'obligation qui ne peut exécuter sa prestation, ou le créancier de l'obligation inexécutée ?

1. Le principe : *res perit debitori*

C'est le débiteur « *empêché* » qui supporte les risques liés à un événement de force majeure. Les deux parties sont donc libérées et le contrat est résolu de plein droit.

Concernant le **contrat de bail**, le locataire est libéré du paiement des loyers futurs en cas de destruction de l'immeuble (art. 1722, C. civ.).

En matière de **contrat d'entreprise**, la perte de l'ouvrage sera supportée par l'entrepreneur. Il ne pourra en demander le règlement et devra restituer les acomptes déjà versés (art. 1788, C. civ.).

2. L'exception : *res perit domino*

a. Dans le cas de contrats translatifs de propriété

Dans les contrats translatifs de propriété (par exemple, la vente), le propriétaire supporte les risques. La question de savoir quand s'opère le transfert de la propriété est donc fondamentale.

Le transfert de propriété d'un **corps certain** a lieu dès l'échange des consentements : dès qu'on est convenu de la chose et du prix. Les risques pèsent sur le propriétaire, c'est-à-dire l'acheteur, dès lors qu'il y a eu accord sur la chose et sur le prix, et alors même que la chose ne serait pas livrée. Si la chose vendue périt entre la formation du contrat et la livraison, l'acheteur devra tout de même en payer le prix au vendeur.

Le transfert de propriété d'une « **chose de genre** », c'est-à-dire qui n'est pas déterminée, n'a pas lieu au jour de l'échange des consentements mais au jour de l'**individualisation de la marchandise** : c'est à cette date que les risques sont à la charge de l'acheteur.

b. D'autres dérogations

▀ La clause de réserve de propriété

Cette clause a pour conséquence que le vendeur conserve la propriété du bien vendu généralement jusqu'au compte paiement du prix. Le transfert de la propriété est retardé : le vendeur devra supporter les risques jusqu'au transfert de la propriété.

Les parties peuvent aussi dissocier le transfert de propriété de celui des risques et stipuler au contrat que même si le transfert de propriété n'a pas eu lieu, l'acquéreur supporte les risques.

▀ L'existence d'une clause suspensive

« Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition. »

Art. 1182, al. 1, C. civ.

Le vendeur supporte les risques de la force majeure.

▀ La mise en demeure

La mise en demeure de livrer la chose achetée met les risques à la charge du vendeur.

« L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier. »

Art. 1138, C. civ.

TITRE 2. LA DIVERSITÉ DES CONTRATS

CHAPITRE 1. LE CONTRAT DE VENTE

La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer (art. 1582, C. civ.). C'est le contrat qui organise le transfert de la propriété d'un bien en contrepartie d'une somme d'argent, obligeant le vendeur à délivrer le bien vendu et l'acheteur à en payer le prix. C'est un contrat **synallagmatique, translatif, nommé, conclu à titre onéreux, commutatif et dépourvu d'intuitu personae**.

La formation de la vente (section 1) et ses effets (section 2) constituent les éléments les plus importants pour cerner le droit de la vente.

SECTION 1. LA FORMATION DU CONTRAT DE VENTE

Comme tout contrat, la vente doit rassembler les éléments essentiels de l'article 1108 du Code civil : consentement, capacité, objet et cause. Il convient d'étudier la capacité des parties à la vente (I), de voir leur consentement (II), la chose (III) et le prix convenu (IV).

I. LA CAPACITÉ DES PARTIES DANS LE CONTRAT DE VENTE

« Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre. »

Art. 1594, C. civ.

Ce texte réaffirme le principe de la **liberté contractuelle**. Cette liberté comporte deux aspects :

- la liberté de conclure une vente avec le contractant de son choix ;
- la liberté donnée à quiconque de refuser de vendre ou d'acheter.

Mais, à côté de cette liberté, peuvent exister des restrictions à la vente (A) et à l'achat (B).

A. LA LIBERTÉ ET LES RESTRICTIONS DE LA VENTE

En principe, le **mineur**, le **majeur en curatelle ou en tutelle** est incapable de vendre. Une tolérance est toutefois constituée pour que l'incapable passe seul certains contrats, notamment des ventes à l'exception de la vente des choses les plus importantes.

En outre, la vente ne doit pas porter sur la **chose d'autrui**. De même, la loi peut interdire ou contrôler la circulation de **certaines biens**. Ainsi que de par la volonté des particuliers, une **clause d'inaliénabilité** peut être instaurée en cas de don ou de legs d'un bien.

En vertu du principe de la liberté contractuelle, le vendeur dispose du droit de vendre à qui il veut, mais plusieurs situations font que, dans certains cas, un acquéreur peut lui être imposé. Le vendeur, qui a pu valablement être lié par une promesse de vente ou un pacte de préférence, n'est pas libre de vendre à qui il veut. Dans d'autres cas, un **droit de préemption** peut exister au profit de certaines personnes. Ce mécanisme concerne les ventes d'immeubles (droit de préemption urbain, droit de préemption du locataire en cas de vente d'immeuble, etc.).

La liberté de vendre ou de ne pas vendre est entravée lorsqu'on se place dans le domaine des droits de la concurrence ou de la consommation. Le **refus de vente** est prohibé, sauf motif légitime, à l'égard d'un consommateur et pénalement sanctionné. En revanche, le refus de vente n'est pas interdit en tant que tel entre les professionnels, mais évidemment, s'il constitue une pratique anticoncurrentielle, il est prohibé.

B. LA LIBERTÉ ET LES RESTRICTIONS DE L'ACHAT

En principe, chacun a la liberté d'acheter ou de ne pas acheter. La loi et la jurisprudence donnent des exemples dans ce sens, mais également dans le sens contraire.

EXEMPLES

- **Liberté** : une personne qui décide de cesser de s'approvisionner chez un commerçant, fût-ce avec l'intention de nuire, ne fait qu'exercer la liberté fondamentale de s'approvisionner chez qui il veut et ne commet pas un abus de droit (Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 1994, Bull. civ. I, n° 258.).
- **Restrictions de la liberté** : dans le domaine du droit commercial, les dirigeants d'une entreprise en redressement ou liquidation judiciaire ne peuvent acheter les biens de cette entreprise.

II. LE CONSENTEMENT À LA VENTE

Comme contrat, la vente suppose pour sa formation l'**échange des consentements**. La loi la répute parfaite dès « *qu'on est convenu de la chose et du prix* ». Elle se trouve définitivement formée dès que vendeur et acheteur se sont mis d'accord sur ces deux éléments.

Présentée de cette façon, la formation du consentement paraît instantanée, mais on observe pour arriver à l'accord définitif qu'une période plus ou moins longue peut dans certains cas s'écouler. Ainsi en est-il des ventes pour lesquelles des **pourparlers** et **contrats préparatoires** ont été passés (A) et celles pour lesquelles la loi entend protéger le consentement de certaines personnes dans certains cas (B).

A. LES POURPARLERS ET LES AVANT-CONTRATS

1. Les pourparlers

Pendant la phase de pourparlers, les parties se doivent tout d'abord de négocier de **bonne foi** dans le sens où elles doivent se fournir mutuellement les éléments d'information, nécessaires au bon déroulement de la négociation. Chacune des parties ne doit pas maintenir l'autre dans l'illusion d'une issue favorable. Il faut ensuite ne pas rompre brutalement et sans motif légitime les pourparlers dont la durée ou l'avancement laissaient croire un aboutissement prochain.

2. Les avant-contrats

a. La promesse unilatérale de vente (ou d'achat)

Comme son nom l'indique, la promesse est un contrat portant promesse. L'une des parties (le promettant), le vendeur, s'engage à vendre au profit de l'autre (le bénéficiaire) qui dispose d'une option pour l'achat. Dans ce contrat, le consentement du promettant est acquis tandis que le bénéficiaire dispose d'un délai pour lever l'option, donc acheter.

Le bénéficiaire acquiert, dès la promesse, le droit d'acheter (ou de vendre dans une promesse d'achat). La chose doit, dès la promesse, être déterminée ou déterminable. À défaut, la promesse est nulle.

Le plus souvent, le bénéficiaire verse une somme d'argent qualifiée d'**indemnité d'immobilisation**, qui n'est pas une clause pénale.

Le bénéficiaire peut, jusqu'à l'expiration du délai fixé, lever l'option ou ne pas lui donner suite :

- si le bénéficiaire refuse de lever l'option, il perd l'indemnité d'immobilisation ;
- s'il lève l'option, il manifeste alors sa volonté d'acquiescer qui s'ajuste à celle du promettant pour donner naissance à la vente.

EXEMPLE

Une promesse de vente de droits sociaux ayant précisé les modalités de calcul du prix de cession, le prix de cession était déterminable et la cession était devenue parfaite dès la levée de l'option par le bénéficiaire. Le promettant ne pouvait plus demander la désignation d'un expert en vue de l'évaluation du prix de cession forcée de droits sociaux (Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-21369).

Du côté du **promettant**, celui-ci s'étant d'ores et déjà engagé à vendre à des conditions précises, la réalisation de l'opération ne dépendra plus que de la seule volonté du bénéficiaire. La résiliation unilatérale, irrégulière par le promettant de sa promesse, engage sa responsabilité contractuelle. Par ailleurs, le promettant ayant définitivement consenti à vendre ou à acheter, l'option peut être valablement levée, après son décès, contre ses héritiers.

REMARQUE**Exécution forcée de la vente après la rétractation du promettant**

La levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne pouvait être ordonnée (Cass. civ. 3^e, 11 mai 2011, n° 10-12875) (voir page 27).

b. Les promesses synallagmatiques de vente (ou compromis)

C'est le contrat par lequel les parties promettent l'une de vendre et, l'autre d'acheter un bien à des conditions déterminées.

« La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix. »

Art. 1589, C. civ.

- Si la promesse de vente vaut vente : s'agissant de la vente elle-même, la partie victime de l'agissement de l'autre qui ne veut finalement pas vendre se verra reconnaître le droit de poursuivre l'exécution forcée en nature du contrat de promesse.
- Dans le cas contraire (absence d'accord sur la chose et le prix), la promesse de vente ne vaut pas vente. Si la promesse n'entraîne pas engagement définitif : les parties peuvent librement se désengager.

B. LES VENTES SOUS RÉSERVES D'APPROBATION (À L'ESSAI ET AUTRE)

Dans le cadre de la vente à l'essai, l'acheteur est autorisé à utiliser le bien qu'il envisage d'acheter afin d'apprécier ses qualités ou l'adéquation à ses besoins. Il s'agit d'une **vente sous condition suspensive** (art. 1588, C. civ.).

Pour les choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, objet de la vente (vin, huile, etc.), « *il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées* » (art. 1587, C. civ.). Il s'agit de la **vente à la dégustation**.

III. LA CHOSE, OBJET DE LA VENTE

Pour être vendue, la chose doit remplir trois séries de conditions : elle doit exister (A), être déterminée ou déterminable (B) et aliénable (C).

A. L'EXISTENCE DE LA CHOSE

La vente porte souvent sur une chose qui existe.

Mais elle peut également porter sur une chose ayant existé mais ayant péri au moment de la conclusion de la vente :

- Si l'acheteur connaissait le risque de destruction : il a contracté en connaissance de cause, la vente est valable (ex. : vente de cargaisons au cours de leur transport maritime).
- Si l'acheteur ignorait le risque :
 - la perte totale emporte l'annulation de la vente ;
 - en cas de perte partielle, l'acquéreur peut décider soit d'abandonner la vente, soit d'accepter la chose moyennant une réduction proportionnelle du prix.

Puis, les **choses futures** peuvent être l'objet d'une obligation (ex. : vente d'immeubles à construire, de choses à fabriquer). Le régime juridique de telles ventes obéit aux règles de la vente sous réserve d'un **terme suspensif**. Mais, si la chose n'apparaît pas, la vente est valable mais inexécutée par le vendeur, auquel cas il engage sa responsabilité contractuelle.

B. LA DÉTERMINABILITÉ DE LA CHOSE

La chose doit être au moins déterminée quant à son espèce, la quotité peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée (art. 1129, C. civ.).

- Lorsque la chose vendue est un **corps certain**, il suffit que cette chose soit désignée et identifiée dans le contrat (ex. : immeuble, machine).
- Si la chose est une **chose de genre**, c'est-à-dire **fongible, interchangeable**, elle est le plus souvent un meuble. Elle doit être déterminée dans son espèce, c'est-à-dire le genre auquel elle appartient (ex. : blé...). Quant à la **quotité**, il faut qu'elle soit déterminable au jour de la formation du contrat, à peine de nullité de la vente, faute d'objet. La détermination définitive interviendra plus tard. L'**individualisation** de la chose va déclencher les effets rattachés à la vente : le transfert de la propriété et des risques. Dans les ventes au poids, au compte ou à la mesure, ce n'est qu'après ces opérations que le transfert de la propriété intervient.

C. L'ALIÉNABILITÉ DE LA CHOSE

1. Les inaliénabilités légales

En général, tout ce qui est dans le commerce, peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation (art. 1598, C. civ.).

La vente opère le transfert de la propriété sur un bien, encore faut-il que celui-ci puisse faire l'objet de propriété.

L'exemple classique des **choses qui ne peuvent être appropriées** est celui de l'air, de l'eau de mer, etc. Existente aussi des biens incorporels comme l'information ou le savoir-faire qui ne peuvent faire l'objet de contrat de vente. Ceux-ci peuvent cependant faire l'objet d'autres contrats (enseignement, transmission de l'information, franchise). La jurisprudence a également retenu que les marchandises contrefaites ne pouvaient faire l'objet d'une vente (Cass. com., 24 sept. 2003, n° 01-11504).

Toute convention ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain et ses produits se voit frappée de nullité. Le sang et les organes humains ne peuvent être vendus mais simplement donnés.

De même, les **choses juridiquement attachées à la personne** : certaines autorisations administratives nécessaires à l'exercice de certaines activités (licence de boissons, d'exploitation de santé, d'entreprise de spectacle...) sont traitées différemment selon qu'elles sont attachées à la personne ou à une chose.

- **Lorsqu'elles sont attachées à une chose**, on admet qu'elles puissent être cédées, à titre accessoire, avec la chose (licence de débit de boisson, d'officine de pharmacie, etc.).
- **Lorsqu'elles sont délivrées en considération de la personne**, les autorisations sont incessibles.

La jurisprudence admet la validité des conventions de présentation à son successeur de sa clientèle. Pour le cas des professions libérales, est admise la licéité de la cession de la **clientèle civile** à condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient (Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000).

2. L'inaliénabilité conventionnelle

L'inaliénabilité peut résulter également de la volonté des parties. On rencontre ce type de clauses surtout dans les libéralités : elles empêchent alors le bénéficiaire de vendre le bien.

Par ailleurs, une clause d'inaliénabilité est valable dans les **actes à titre onéreux, dès lors qu'elles sont limitées dans le temps et qu'elles sont justifiées par un intérêt sérieux et légitime** (Cass. civ. 1, 31 oct. 2007, n° 05-14238).

IV. LE PRIX

Le prix consiste dans le versement d'une somme d'argent qu'effectue l'acquéreur au profit du vendeur. C'est l'objet de l'obligation monétaire et doit satisfaire à des exigences relatives à son existence (A) et à sa détermination (B).

A. L'EXISTENCE DU PRIX

Les parties peuvent déterminer librement le prix qui doit, généralement, refléter la contrepartie de la valeur du bien même s'il était fixé subjectivement.

Mais, il doit être **réel** car, dans certains cas, il peut être fictif ou dissimulé, voire même injuste.

Le prix peut être **fictif** lorsqu'au moyen d'une contre-lettre les parties conviennent que le prix ne sera jamais payé. La jurisprudence admet dans ce cas que la vente puisse être qualifiée en donation déguisée.

Le prix peut être **dissimulé**. La contre-lettre prévoit un prix supérieur à celui déclaré dans l'acte. En ce cas, l'opération est valable entre les parties. Les tiers peuvent se prévaloir indifféremment de l'acte ostensible ou l'acte secret s'il était découvert. L'administration fiscale peut exiger, pour les ventes d'immeubles, des droits d'enregistrement, sur la base du prix réellement versé ou de la valeur vénale.

La question de la **justice du prix** apparaît en cas de **lésion** (voir pages 23 et 30).

B. LA DÉTERMINABILITÉ DU PRIX

Le prix doit être déterminé ou déterminable.

Le prix déterminé est celui qui est immédiatement chiffré par les parties dès la conclusion du contrat.

Il arrive toutefois qu'une durée plus ou moins longue puisse séparer la formation de la vente de son exécution. Dans l'intervalle, de multiples paramètres peuvent influencer sur le prix (coût de production, de distributeur et de transport). C'est pourquoi la vente reste valable dès l'instant que **le prix est déterminable par référence à des éléments « sérieux, précis et objectifs »** qui rendent la détermination du prix indépendante de la volonté unilatérale de l'une ou l'autre des parties.

S'agissant de contrats de distribution, est licite la pratique commerciale consistant à fixer le prix des commandes d'approvisionnement en fonction des tarifs du fournisseur.

Les techniques de détermination sont variées. Elles peuvent aller de l'établissement de devis, la fixation en fonction du chiffre d'affaires réalisé par l'acheteur grâce à l'exploitation du bien vendu avec un minimum jusqu'à l'appel au service d'un tiers choisi d'un commun accord entre les parties. En effet, le prix peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente (art. 1592, C. civ.).

EXEMPLE

Le prix de cession des créances cédées peut être fixé à 80 % du montant des créances recouvrées (Cass. com., 7 avr. 2009, n° 07-18907).

SECTION 2. LES EFFETS DU CONTRAT DE VENTE

La vente produit des effets réels matérialisés par le transfert de la propriété et du risque (I) et des effets personnels par lesquels elle crée des droits et obligations (II).

I. LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ ET DU RISQUE

A. LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ

1. Le transfert immédiat de la propriété

En général, le transfert de la propriété se produit dans l'immédiat car, au moment même où les parties s'accordent sur la chose et sur le prix, l'acheteur devient instantanément propriétaire de la chose. Ainsi, avant même l'exécution de ses obligations, l'acheteur dispose de la chose dans son patrimoine.

Cependant, le transfert des **choses de genre**, ne peut intervenir tant qu'elles ne sont pas individualisées. Le transfert ne peut donc s'opérer immédiatement. L'**individualisation** consiste à mesurer, peser, mettre de côté la chose future.

2. Les dérogations conventionnelles

Les parties peuvent déroger aux règles supplétives du Code civil. Le plus souvent, elles vont le retarder.

a. Le retard du transfert de la propriété

Si le transfert de la propriété est affecté d'un **terme suspensif**, son exécution est retardée (ex. : dans le cadre d'une vente immobilière).

Les parties peuvent retarder le transfert de la propriété en assortissant la vente d'une **condition** (art. 1584, C. civ.). Tant qu'elle ne sera pas réalisée, le transfert de la propriété ne peut se produire et le vendeur demeure le propriétaire.

Enfin, la clause de **réserve de propriété** est très utilisée dans les ventes commerciales. C'est une clause par laquelle le vendeur stipule que le transfert de la chose qu'il a livrée ne se produira qu'au moment où le prix sera intégralement payé. La situation est plus complexe si la chose a été ensuite revendue par le premier acquéreur qui se trouve ensuite en difficulté. Il est prévu que les biens peuvent être revendiqués, s'ils se trouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure collective. Le prix ou la partie du prix des biens qui n'a pas été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure collective peut être revendiqué.

b. L'avance du transfert de la propriété

La clause avançant le transfert de propriété est rare. Elle est stipulée dans les cas de navires à construire afin de protéger le client contre une faillite du chantier naval.

B. LE TRANSFERT DU RISQUE

Le transfert du risque est en principe lié au transfert de la propriété (1), mais ce principe comporte des exceptions (2).

1. L'association du transfert du risque avec le transfert de la propriété

Les risques sont à la charge du créancier devenu propriétaire.

« L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier. »

Art. 1138, C. civ.

Le transfert de la propriété emporte donc celui des risques.

Si la chose est perdue après la formation du contrat, le vendeur pourra réclamer le paiement du prix mais sera libéré de son obligation de délivrance.

En matière commerciale, en cas de dégâts survenus au cours du transport, « *la marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a de convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient...* », donc à l'acheteur (art. L. 132-7, C. com.).

En cas de vente avec réserve de propriété, le risque demeure à la charge du propriétaire.

2. Les cas de dissociation du transfert du risque avec le transfert de la propriété

Selon la règle générale, l'obligation du vendeur de livrer la chose rend en principe l'acheteur propriétaire et met la chose aux risques de l'acheteur dès l'instant où elle a dû être livrée. Si le vendeur n'a pas délivré et que l'acheteur l'a **mis en demeure** de livrer, la chose reste aux risques du vendeur. Autrement dit, on remet les risques à la charge du vendeur à titre de sanction jusqu'à la délivrance.

Lorsque l'obligation a été contractée sous une **condition suspensive**, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition (art. 1182, C. civ.).

Le transfert des risques est également dissocié du transfert de la propriété dans l'hypothèse de la **vente en l'état futur d'achèvement**. La propriété est transférée à l'acquéreur au fur et à mesure de l'exécution des travaux, alors que les risques demeurent à la charge du vendeur jusqu'à la livraison.

Le principe du lien entre transfert des risques et transfert de propriété peut être écarté **conventionnellement** (ex. : art. L. 132-7, C. com.).

II. LES OBLIGATIONS DU VENDEUR¹⁵

Aux obligations classiques, à savoir les obligations d'information et de conseil, de sécurité (A), s'ajoute l'obligation de délivrance (B).

A. LES OBLIGATIONS DE DROIT COMMUN

1. L'obligation d'information ou de renseignement

Le vendeur doit fournir à l'acheteur des éléments d'information qu'il aurait et que l'acheteur ignore, le vendeur étant présumé en savoir plus sur la chose qu'il vend. La **loyauté contractuelle** suppose qu'il doit non seulement répondre aux interrogations de l'acheteur mais aussi prendre l'**initiative** de lui délivrer spontanément l'information. Ainsi, après la délivrance de la chose, le vendeur doit fournir à l'acquéreur toutes les indications sur les conditions d'utilisation et les précautions d'emploi de celle-ci. Cette obligation pèse de façon différente selon la qualité des parties, professionnel ou profane :

- **Vendeur professionnel :**
 - **Si l'acheteur est un profane :** le vendeur est tenu absolument de cette information.
 - **Si l'acheteur est un professionnel :** le vendeur est tenu de renseigner l'acheteur dans la mesure où la compétence de celui-ci ne lui donne pas les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques de la chose.
- **Vendeur profane :**
 - **Si l'acheteur est un profane :** pour éviter de subir l'annulation de la vente pour dol, le vendeur peut être tenu de cette information.
 - **Si l'acheteur est un professionnel :** la solution est identique mais le professionnel doit davantage se renseigner que ne le ferait un profane.

Notons, enfin, que la jurisprudence admet que le **sous-acquéreur** puisse bénéficier de l'obligation d'information qui pèse sur le vendeur initial.

2. L'obligation de conseil

Dans certains cas, le vendeur peut se voir obligé à conseiller l'acheteur. Cela consiste à guider l'acquéreur et l'orienter dans son choix par une appréciation professionnelle. Le vendeur doit se renseigner sur les besoins de l'acheteur afin d'être en mesure de l'informer quant à l'adéquation de la chose proposée à l'utilisation qui en est prévue. Cette obligation concerne le plus souvent le vendeur professionnel traitant avec un profane (ex. : produits informatiques).

REMARQUE

Les obligations d'information et de conseil sont généralement considérées comme des **obligations de moyens**. Le vendeur doit faire tout son possible pour donner la bonne information et de conseil.

3. L'obligation de sécurité

L'obligation de sécurité est apparue dans les contrats de transport avant d'être transposée récemment dans les ventes.

15. Les obligations de l'acheteur sont plus simples que celles du vendeur. Ses obligations essentielles sont le paiement du prix et le retraitement de la chose.

B. L'OBLIGATION SPÉCIFIQUE DU CONTRAT DE VENTE : OBLIGATION DE DÉLIVRANCE

L'obligation de délivrance est le « *transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* »¹⁶ (art. 1604, C. civ.). Elle se distingue de l'obligation de transfert de la propriété qui est l'effet légal de la vente. La délivrance est la mise à disposition par le vendeur à l'acheteur de la chose vendue.

1. La conformité de la délivrance

Le vendeur doit délivrer la chose vendue et non une chose différente, c'est-à-dire une chose conforme aux spécifications du contrat.

REMARQUE

Distinction entre la conformité, la garantie des vices cachés et la responsabilité du fait des produits défectueux

La **non-conformité** et la **garantie des vices cachés** sont des **responsabilités contractuelles** : on agit contre son cocontractant ; la **responsabilité du fait des produits défectueux** est une **responsabilité civile délictuelle spécifique** : le régime des produits défectueux a pour l'objectif de protéger l'utilisateur du produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec le producteur du produit.

La **conformité** s'apprécie à l'instant même de la délivrance et par rapport à la chose promise et à ses caractéristiques annoncées. Si la chose livrée est bien matériellement celle qui a été promise avec les caractéristiques prévues, l'obligation de délivrance est remplie. Au contraire, elle ne l'est pas si certaines caractéristiques font défaut (ex. : la vitesse stipulée pour un navire). Le vendeur est tenu de la **garantie à raison des 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 (art. 1641, C. civ.). Il y a vice caché lorsqu'un terrain à bâtir n'est pas constructible, lorsque les plats ne résistent pas au four. L'usage attendu du bien est décisif.

L'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix (demander la résolution/rédhibition du contrat) (**action rédhibitoire**), ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, cette partie étant laissée à l'appréciation d'experts (**action estimatoire**) (art. 1644, C. civ.). L'acheteur n'a pas à justifier le choix qu'il fait entre les deux actions.

Le vendeur professionnel est présumé connaître le vice de son produit, mais les parties au contrat peuvent stipuler une clause de non-garantie des vices-cachés.

En pratique, la législation et la jurisprudence ont tendance à assimiler les deux notions.

2. Le temps et le lieu de la délivrance

La délivrance de la chose promise s'effectue **au temps convenu**. À défaut de stipulation, la délivrance est exigible immédiatement ou doit être exécutée dans un délai raisonnable.

La **délivrance** doit se faire au lieu où était, au temps de la vente, la chose qui en a fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu (art. 1609, C. civ.).

3. La forme de la délivrance

La délivrance est, dès lors, la mise du bien à la disposition de l'acquéreur, au temps et lieu convenus. Ceci permet de recouvrer toutes les variétés de la délivrance : remise de la main à la main, remise à un mandataire pour le compte de l'acheteur, remise de titre de propriété, remise matérielle, etc.

16. Il convient de la distinguer de la **livraison**. La livraison est le transport des choses chez le destinataire. En général, l'acheteur prend livraison de la chose, sauf des stipulations contraires.

CHAPITRE 2. LE CONTRAT D'ENTREPRISE

Le contrat d'entreprise (ou le contrat de louage d'ouvrage) est un :

« Contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles. »

Art. 1710, C. civ.

C'est la convention par laquelle une personne charge une autre personne d'effectuer un travail moyennant rémunération, à titre indépendant et sans représentation. Ce travail ne doit pas porter sur la garde d'une chose (auquel cas, ce serait un dépôt), ni au transport de personne ou de chose (auquel cas, il serait un contrat de transport).

Lorsque le contrat porte sur une chose à fabriquer, il s'agit d'une vente si la commande ne présente aucune particularité spécifique ; c'est en revanche un contrat d'entreprise, si le professionnel est chargé de réaliser un travail spécifique en vertu d'indications particulières.

Les règles applicables au contrat d'entreprise se trouvent dans les articles 1779 et suivants du Code civil enrichies par la jurisprudence et autres règles empruntées au droit de la consommation. On distingue en pratique des dispositions communes à tous les contrats d'entreprise (section 1) et d'autres applicables à des formes particulières de contrats d'entreprise (section 2).

SECTION 1. LE CONTRAT D'ENTREPRISE DE DROIT COMMUN

Le régime juridique du contrat d'entreprise s'ordonne autour des périodes de formation (I), d'exécution (II) et d'extinction (III).

I. LA FORMATION DU CONTRAT D'ENTREPRISE

La formation obéit à des conditions de fond (1) et de forme (2) très souples.

A. LES CONDITIONS DE FOND DE FORMATION DU CONTRAT

Pour être valable, un contrat d'entreprise doit respecter les quatre conditions de validité de contrat, à savoir consentement, capacité, objet et cause. Nous nous limiterons à étudier le consentement (1) et le prix (2).

1. Le consentement au contrat

Le contrat d'entreprise est un contrat consensuel formé par la rencontre des volontés sur l'objet de l'opération, c'est-à-dire sur le travail à accomplir. Ayant souvent pour objet une prestation d'une importance suffisamment grande, il donne lieu soit à des prestations standards, soit à des devis, soit à des appels d'offre :

- Lorsque l'ouvrage à accomplir est une prestation de services standardisés (nettoyage...), la détermination du service accompli se fait par référence implicite aux services habituellement rendus par le professionnel.
- Lorsque le contrat porte sur un ouvrage complexe, il est fréquemment précédé d'un devis. Le devis se présente comme une étude émanant de l'entrepreneur portant sur les caractéristiques des travaux à effectuer et le prix auquel ils seront réalisés. Il est considéré soit comme une simple formalisation de pourparlers non contractuels, soit comme une promesse unilatérale de contrat de la part de l'entrepreneur.
- Les marchés privés d'une importance suffisante donnent lieu fréquemment de la part du maître de l'ouvrage à une procédure d'appels d'offre ou de soumissions. Si l'initiateur de l'appel d'offre a manifesté sa volonté de conclure avec l'auteur de la meilleure offre choisie, le contrat est formé.

2. Le prix

L'accord des parties peut également **porter sur le prix** en fixant à l'avance la rémunération de l'entrepreneur. Celles-ci peuvent aussi convenir des modalités de détermination du prix en faisant référence au devis ou à une tarification horaire. Dans ce cas, le prix total sera calculé en fonction du nombre d'articles intégrés dans l'ouvrage et du volume horaire réellement passé pour le confectionner.

À condition de ne pas modifier subitement le contrat, le maître de l'ouvrage peut, en cours d'exécution, solliciter des modifications sans que l'entrepreneur puisse s'y opposer.

À noter cependant qu'il est difficile parfois de prévoir à l'avance ce volume horaire et le nombre d'articles à intégrer à l'ouvrage. C'est pourquoi **le prix peut être indéterminé**. Ainsi, la Cour de cassation a décidé qu'en cas de louage d'ouvrage, « *l'article 1129 du Code civil (relatif à la détermination de la chose) n'est pas applicable à la détermination du prix* » (Cass. 1^{re} civ., 20 février 1996). **Un accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est donc pas un élément essentiel du contrat d'entreprise**. Il appartient alors au juge de fixer la rémunération compte tenu des éléments du contrat.

Dans les limites imposées par le bon sens et les règles d'ordre public, il n'est pas exigé que la prestation soit déterminée dans tous ses détails dès la formation du contrat.

B. LES CONDITIONS DE FORME DE FORMATION DU CONTRAT

Aucune formalité n'est en principe imposée pour la validité du contrat d'entreprise. Mais, il arrive, dans certains contrats, que l'écrit soit imposé (ex. : enseignement à distance, contrat de construction de maison individuelle).

Se pose alors le problème de la preuve de ce type de contrat. On se réfère aux modes de preuve de droit commun, en distinguant selon que le contrat d'entreprise a un caractère civil (preuve par écrit lorsque la somme excède 1 500 € : art. 1341, C. civ. ; décr. 15 juillet 1980) ou commercial (preuve par tous moyens).

II. L'EXÉCUTION DU CONTRAT D'ENTREPRISE

Nous étudierons d'abord les obligations de l'entrepreneur (A) et ensuite celles du maître de l'ouvrage (B).

A. LES OBLIGATIONS DE L'ENTREPRENEUR

Par le contrat d'entreprise, l'entrepreneur s'oblige à exécuter la prestation (1) et à renseigner et conseiller le maître de l'ouvrage (2). Il est également tenu à une obligation de sécurité (3).

1. L'exécution de la prestation

L'entrepreneur peut soit exécuter soi-même la prestation convenue, soit la faire exécuter par un tiers (ex. : sous-traitant).

a. En cas d'exécution personnelle de l'obligation

Il doit alors la faire dans les délais prévus par le contrat.

La question qui se pose est celle de savoir si l'obligation de l'entrepreneur est une obligation de moyens ou de résultat. La réponse dépend de l'accord des parties et de la nature de la prestation.

Si le service porte sur une chose, l'obligation serait plutôt une **obligation de résultat**. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle affirmé pour la réparation automobile¹⁷ que :

« Le garagiste à qui un client confie un véhicule pour le réparer est soumis à une obligation de résultat qui emporte à la fois présomption de causalité entre la prestation fournie et le dommage invoqué par le client et une présomption de faute. »

Une fois l'ouvrage achevé (service réalisé, chose fabriquée), l'entrepreneur doit le livrer au maître de l'ouvrage (ex. : en matière de prestation intellectuelle, remise des plans d'un architecte).

L'entrepreneur est également tenu de l'obligation de **garantie des vices cachés** lorsque le contrat d'entreprise engendre un bien nouveau. Le maître de l'ouvrage se trouve alors dans la même situation qu'un acheteur.

Quelles sont alors les sanctions en cas d'inexécution ?

- **Refus d'exécution ou retard dans l'exécution** : le maître d'ouvrage peut demander au tribunal de contraindre l'entrepreneur à exécuter au moyen d'une **astreinte** ou de faire exécuter l'ouvrage par un autre au frais de l'entrepreneur défaillant (**faculté de remplacement**). Il peut également choisir la **résolution du contrat** ou l'engagement de la **responsabilité contractuelle du défaillant**.
- **Exécution défectueuse ou incomplète** : le maître d'ouvrage peut contraindre l'entrepreneur à **refaire ou parfaire la prestation** en question. En plus, l'entrepreneur peut être condamné à des **dommages-intérêts**.

À noter enfin qu'un certain nombre de contrats d'entreprise comportent des clauses d'exclusion de responsabilité. Celles-ci sont licites à condition que la clause en question ne porte pas sur l'obligation essentielle du contrat (voir page 66).

b. En cas d'exécution par un tiers (sous-traitant par exemple)

À moins qu'il ne comporte une clause d'exécution personnelle, le contrat d'entreprise peut être exécuté par un sous-traitant.

La sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par contrat et, sous sa responsabilité, à une autre personne (sous-traitant) tout ou partie du marché conclu avec le maître de l'ouvrage. Le contrat de sous-traitance est un contrat d'entreprise spécifique régi par une réglementation spéciale.

Les règles protectrices pour le sous-traitant sont prévues (loi, 31 déc. 1975) :

- L'entrepreneur principal doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat, faire accepter chaque sous-traitant et soumettre à l'**agrément du maître de l'ouvrage le sous-traitant** (la sous-traitance impose l'accord du maître de l'ouvrage afin de respecter l'obligation personnelle d'exécution de la commande par l'entrepreneur principal). Le défaut d'agrément expose l'entrepreneur principal à engager sa responsabilité civile et ne permet pas au sous-traitant d'être payé directement par le maître de l'ouvrage.
- Le sous-traitant doit en principe être payé par l'entrepreneur principal mais, pour éviter le risque d'insolvabilité, il est offert au sous-traitant agréé une **action directe** contre le maître de l'ouvrage. À défaut d'agrément, le sous-traitant n'a pas d'action directe et le maître de l'ouvrage n'est pas tenu de payer le sous-traitant non agréé car il doit payer le prix à l'entrepreneur principal.

Le sous-traitant est tenu à l'exécution de ses obligations contractuelles envers son cocontractant (l'entrepreneur principal).

L'entrepreneur principal n'est pas délictuellement responsable, envers les tiers, des dommages causés par son sous-traitant (Cass. civ. 3^e, 8 sept. 2009, n° 08-12273).

17. Cass. 1^{re} civ., 20 juin 1995, Bull. civ. I, n° 263.

2. L'obligation de renseignements et de conseil

L'obligation de renseignements et de conseil se rencontre dans tous les contrats d'entreprise. Le contenu de cette obligation n'est pas uniforme ; il varie selon la nature et la complexité de la prestation et également sur la qualité du client (professionnel, consommateur). Tous les professionnels pratiquant ce type de contrat sont tenus par cette obligation.

3. L'obligation de sécurité

L'entrepreneur est également tenu d'une obligation de sécurité. Celle-ci est parfois qualifiée d'obligation de moyens et parfois d'obligation de résultat en fonction de chaque cas d'espèce. Le rôle du client est déterminant. Par exemple, les agences de voyages sont tenues d'une obligation de moyens alors que les transporteurs de voyageurs, exploitants de jeux forains, nourrices sont tenus à une obligation de résultat.

B. LES OBLIGATIONS DU MAÎTRE DE L'OUVRAGE

Le maître de l'ouvrage doit payer le prix (1), se comporter loyalement (2) et réceptionner l'ouvrage (3).

1. Le paiement du prix

Le principe est que le prix ne devient exigible qu'après l'achèvement des travaux. Mais les parties peuvent convenir du moment où le règlement doit s'effectuer. En pratique, il est fréquent que l'entrepreneur demande le versement d'acomptes surtout lorsque le délai d'exécution de la prestation est important, notamment dans le domaine de la construction.

2. L'obligation de bonne foi

Le maître de l'ouvrage doit coopérer avec l'entrepreneur afin de rendre plus aisée l'exécution de l'ouvrage. Il ne doit pas gêner le déroulement des travaux et doit faciliter la mission de son cocontractant en lui donnant tout renseignement susceptible de l'éclairer.

3. L'obligation de prendre réception de l'ouvrage

La réception est l'acte juridique par lequel le maître de l'ouvrage approuve le travail fait. La réception peut être expresse et de manière contradictoire. Elle peut également être tacite par la prise de possession sans réserve, ou par le paiement du prix et l'enlèvement de la chose réparée. Celle-ci peut être sans réserve ou avec réserve, auquel cas le maître d'ouvrage est en droit d'exiger la mise en conformité de l'ouvrage avec le devis ou la commande ou de réclamer une réduction du prix en conservant la fraction correspondante de la somme restant due.

Si le maître de l'ouvrage refuse de réceptionner, la réception peut être judiciairement prononcée à la demande de l'entrepreneur.

III. L'EXTINCTION DU CONTRAT D'ENTREPRISE

Le contrat d'entreprise prend fin soit naturellement, soit de façon accidentelle.

Il prend normalement fin par l'**exécution des obligations** de l'entrepreneur et du maître de l'ouvrage.

Il peut également prendre fin par la faculté de **résiliation**. Ainsi, dans les marchés à forfait :

« Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise. »

Art. 1794, C. civ.

Le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur (art. 1795, C. civ.). Ceci s'explique par le caractère intuitu personae de ce type de contrat. Mais, le décès du maître de l'ouvrage n'atteint pas le contrat.

Enfin, l'ouverture d'une **procédure collective** à l'encontre de l'entrepreneur **ne met pas** forcément fin au contrat d'entreprise.

SECTION 2. UN EXEMPLE DE CONTRAT D'ENTREPRISE : LE CONTRAT DE CONSTRUCTION

Les contrats de construction obéissent non seulement aux règles évoquées ci-dessus mais aussi à des règles spécifiques précisées par les articles 1792 et suivants du Code civil et L. 221-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation. Différents contrats existent (I) et comportent un certain nombre de protections, notamment celles du maître de l'ouvrage (II).

I. LA VARIÉTÉ DES CONTRATS DE CONSTRUCTION ET LA PRATIQUE DES FORAITS

A. LA VARIÉTÉ DES CONTRATS

À côté du contrat d'entreprise de droit commun, trois principaux contrats ont été créés :

- Le **contrat de vente d'immeubles à construire** (art. 1601-1, C. civ.) : c'est le contrat par lequel le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat. La vente peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement.
 - Elle est **à terme** lorsque le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble, et produit ses effets rétroactivement au jour de la vente.
 - Elle est **en l'état futur d'achèvement** lorsque le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution, l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux.
- Le **contrat de construction de maison individuelle** (art. L. 230-1 et s., CCH) est le contrat par lequel le constructeur propose de construire une maison individuelle sur un terrain appartenant au maître de l'ouvrage et ce, avec ou sans fourniture de plans.
- Quant au **contrat de promotion immobilière**, c'est, selon les termes de l'article L. 221-1 du Code de la construction et de l'habitation :

« Un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite "promoteur immobilier" s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou en faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet. [...] »

C'est pour ces caractéristiques qu'on procède à la pratique du prix forfaitaire.

B. LA CONSTRUCTION À PRIX FORFAITAIRE

Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation du prix de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui des changements ou augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire (art. 1793, C. civ.).

Pour appliquer ce texte, il faut la réunion de trois conditions :

- Le contrat doit avoir été conclu avec « *le propriétaire du sol* ».
- Il doit s'agir d'une véritable construction et non seulement de simples aménagements.
- Le prix doit être fixe et intangible, exclusif de toute faculté conventionnelle de révision.

En cas de **travaux supplémentaires**, l'entrepreneur ne peut obtenir un supplément de rémunération qu'à la condition d'avoir complété l'écrit initial par un avenant exprimant l'acceptation expresse non équivoque du maître de l'ouvrage à la fois sur les travaux supplémentaires et sur le prix.

La jurisprudence a cependant assoupli cette rigueur **en cas de bouleversement de l'économie du contrat**. Des marchés perdent leur caractère forfaitaire dès lors qu'il est constaté que de nombreuses modifications voulues par le maître de l'ouvrage ont entraîné un bouleversement de l'économie des contrats (Cass. 3^e civ., 8 mars 1995).

À côté de cette protection par le système du prix forfaitaire, le maître de l'ouvrage est également protégé par le mécanisme de la responsabilité des constructeurs.

II. LA RESPONSABILITÉ DU CONSTRUCTEUR

Par constructeur, l'article 1792-1 du Code civil englobe tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage, toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire et toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage.

Afin d'éviter certaines dérives (redressement ou liquidation judiciaire, fraudes, infractions, etc.), il a été institué trois garanties importantes : la garantie de parfait achèvement (A), la garantie biennale (B) et la garantie décennale (C).

A. LA GARANTIE DE PARFAIT ACHÈVEMENT (ART. 1792-6, C. CIV.)

L'entrepreneur est tenu à cette garantie pendant **un an à compter de la réception de l'ouvrage**. Celle-ci vise à réparer **tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage**, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception (désordre apparent), soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception (désordre révélé plus tard).

Le maître de l'ouvrage peut exiger de l'entrepreneur qu'il procède aux **travaux de réparations** et, en cas de défaillance, faire exécuter ces travaux par un autre aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant (**faculté de remplacement**).

Cette garantie n'est pas exclusive de la responsabilité contractuelle de droit commun de l'entrepreneur (Cass. civ. 3^e, 27 janv. 2010, n° 08-21085). Il en résulte que la garantie de parfait achèvement ne peut être mise en œuvre que dans l'année suivant la réception des travaux alors que la responsabilité contractuelle de droit commun peut être mise en œuvre dans le délai de droit commun (5 ans).

B. LA GARANTIE BIENNALE (ART. 1792-3, C. CIV.)

C'est une garantie de bon fonctionnement de **2 ans à compter de la réception de l'ouvrage**. Elle concerne les **éléments d'équipement autres que** ceux visés par l'article 1792-2 du Code civil (cet article vise les éléments d'équipement d'un ouvrage couverts par la garantie décennale). Ce sont les **éléments qui ne sont pas considérés comme formant indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage** (ex. : porte, équipement électrique, faux plafond, revêtement des sols, ascenseur, etc.). Ne constituent pas non plus un élément d'équipement, pouvant lever de ce régime, des peintures qui n'ont qu'un rôle esthétique (Cass. civ. 3^e, 27 avr. 2000).

C. LA GARANTIE DÉCENNALE (ART. 1792-4-1, C. CIV.)

L'article 1792 du Code civil impose à tout constructeur d'un ouvrage une responsabilité de plein droit, **des dommages**, même résultant d'un vice du sol, qui **compromettent la solidité de l'ouvrage**, ou qui, **l'affectant dans un de ses éléments constitutifs ou éléments d'équipement, la rendent impropre à sa destination**. C'est une garantie de **10 ans à compter de la réception de l'ouvrage** (art. 1792-4-1, C. civ.) et profite non seulement au maître de l'ouvrage mais également à tous les acquéreurs successifs de l'immeuble.

La présomption de responsabilité prévue à l'article 1792 s'étend aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un ouvrage, mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert.

La responsabilité décennale n'a pas lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère.

CHAPITRE 3. LE CONTRAT DE DISTRIBUTION : CONCESSION ET FRANCHISE

Entre professionnels commerçants, les relations sont organisées sous forme de **contrats-cadres** qui permettent aux intéressés de fixer les modalités pratiques de leurs accords dans des **contrats d'application**. Ces contrats-cadres sont des supports aux contrats de distribution exclusive ou de concession, aux contrats de distribution sélective et aux contrats de franchise.

Il peut s'agir également de contrat de **coopération commerciale** qui porte sur la fourniture par un distributeur à son fournisseur de services spécifiques. Ce contrat permet aux deux parties d'accroître leur efficacité commerciale (ex. : opérations de publicité).

En principe, le fournisseur est **libre d'organiser son réseau de distribution**, sous réserve de l'abus (Cass. com., 2 déc. 2008, n° 07-18775). Cependant, il est tenu à certaines obligations d'information :

- d'une part, il est tenu de communiquer ses **conditions générales de vente** (CGV) à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle (art. L. 441-6, C. com.) ;
- d'autre part, lorsqu'il y a un **engagement d'exclusivité**, une **obligation d'information** est imposée (art. L. 330-3, C. com.).

Ce type de contrat pose un certain nombre de problèmes concernant la **détermination du prix**, mais lorsque le contrat-cadre prévoit la manière dont le prix sera déterminé, la fixation du prix par le fournisseur est admise, sauf en cas d'abus (voir page 35).

Il pose également le problème de **concurrence**. Les **ententes** sont interdites (art. L. 420-1, C. com.). Ainsi, toutes les clauses restrictives au libre jeu de la concurrence sont illicites et impliquent souvent la **nullité des contrats** qui les comportent. Par ailleurs, est sanctionnée l'exploitation abusive de « *l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur* » (art. L. 420-2, C. com.) (voir la série 2).

On distingue parmi les contrats de distribution, le contrat de concession (Section 1) de celui de franchise (Section 2).

SECTION 1. LE CONTRAT DE CONCESSION

Les textes qui régissent ce type de contrats sont très variés et complexes. Ce sont surtout les règles générales du droit des contrats combinées avec des dispositions relatives aux droits du commerce et de la concurrence.

I. LA DÉFINITION DU CONTRAT DE CONCESSION

Le contrat de concession commerciale est un contrat par lequel le titulaire d'une marque ou de signes distinctifs (concédant) s'engage à réserver à son cocontractant (concessionnaire) l'exclusivité de la vente d'un produit dans une zone géographique déterminée. Le concessionnaire s'oblige en retour de s'approvisionner exclusivement chez le concédant. Ce type de contrat existe par exemple dans la distribution automobile.

Le contrat de concession est tout d'abord un contrat-cadre qui englobe plusieurs éléments et surtout, ensuite, un contrat d'exclusivité réciproque. Il a pour objet d'assurer, sur un territoire et pour un temps déterminé, l'exclusivité de la distribution des produits du concédant par un concessionnaire, au nom et pour le compte de celui-ci. Il n'est donc pas un ensemble de contrats de vente sur ces produits.

Le contrat de concession n'est pas un contrat de mandat car le concessionnaire n'est ni un agent commercial ni un VRP et agit à ses risques et périls.

II. LA FORMATION DU CONTRAT DE CONCESSION

La formation du contrat de concession doit à l'évidence respecter les quatre conditions de validité de droit commun, à savoir, consentement, capacité, objet et cause.

Par ailleurs, pour protéger le consentement du concessionnaire, une **information préalable** est prévue.

Les fournisseurs doivent préciser les conditions à remplir pour obtenir des services spécifiques et notamment des ristournes.

Les concédants doivent fournir à leurs cocontractants un document donnant des informations fiables pour qu'ils puissent contracter en connaissance de cause.

« Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.

Ce document, [...], précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat [...], notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit. »

Art. L. 330-3, C. com.

Le document et le projet de contrat sont communiqués au concessionnaire 20 jours au minimum avant la signature du contrat.

Le contrat de concession fixe les principales clauses, la zone concédée et les produits couverts.

III. LES EFFETS DU CONTRAT DE CONCESSION

A. L'EXCLUSIVITÉ

Le contrat de concession est souvent exclusif, parfois doublement exclusif : le distributeur s'engage à ne s'approvisionner qu'auprès du concédant et il s'oblige à ne pas commercialiser des produits concurrents. Ce type de clause doit avoir une durée limitée à 10 ans (art. L. 330-1, C. com.).

Le fournisseur ne doit livrer ses produits qu'au concessionnaire dans la zone qui lui est attribuée. Le concessionnaire jouit d'un monopole de revente, mais il est admis, dans certains cas, pour ne pas enfreindre les règles de la concurrence, que d'autres concessionnaires puissent vendre dans cette zone. Certaines concessions ne comportent que des exclusivités d'approvisionnement.

B. LES OBLIGATIONS DES PARTIES

1. Les obligations du concédant

Le concédant doit respecter l'exclusivité consentie, en ne nommant pas de nouveaux concédants à l'intérieur de la zone territoriale déterminée. Il s'engage en conséquence à ne pas vendre directement ni indirectement dans la zone en question à d'autres que le concessionnaire et à transmettre à ce dernier toutes les demandes qui lui proviendraient du secteur concédé afin qu'il puisse s'adresser à ces demandeurs pour traiter avec eux.

Il ne doit pas faire concurrence au concessionnaire dans la zone de vente qui lui a été accordée. Il ne doit pas vendre directement ses produits.

Dans la fixation des conditions de vente, le concédant ne doit pas abuser de cette prérogative. Ainsi, dans un arrêt, la Cour de cassation¹⁸ a décidé qu'un concédant a abusé de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente en les imposant à ses concessionnaires ayant mis en péril la poursuite de leur activité, alors qu'il n'avait pas imposé ses rigueurs à lui-même.

Le concédant doit permettre au concessionnaire d'utiliser la marque du produit.

Il doit fournir des produits conformes à ceux faisant l'objet du contrat. Il doit toutes les obligations d'un vendeur et il doit aussi procéder à une assistance qui peut revêtir plusieurs formes : technique, commerciale et éventuellement financière.

À défaut, le concessionnaire peut obtenir des **dommages et intérêts** et peut également engager une action en **exécution forcée**.

À noter enfin que le contrat de concession implique de la part des deux parties l'acceptation d'un risque commercial.

2. Les obligations du concessionnaire

De son côté, le concessionnaire s'oblige également à de nombreuses obligations.

- Il doit respecter l'exclusivité, et de ne contracter qu'avec le fournisseur à l'exclusion de toute autre.
- Il doit respecter les obligations relatives aux conditions de la revente des produits : aménagement des locaux, formation du personnel, service après-vente, démonstration, etc.
- Souvent, le contrat prescrit que le concessionnaire doit constituer un stock minimum de produits afin de satisfaire la clientèle. Il doit généralement respecter une clause de quota qui figure dans son contrat.
- Il doit payer une redevance représentant généralement un pourcentage sur le chiffre d'affaires.
- Il doit rendre compte de son activité et s'interdire de divulguer des renseignements financiers, commerciaux ou techniques.
- Il est interdit également au concessionnaire de concurrencer le concédant et les autres membres du réseau. Il lui est en effet interdit de commercialiser directement ou indirectement des produits concurrents.

L'inexécution de ses obligations par le concessionnaire se traduit par des actions en **résiliation** ou en **responsabilité contractuelle** en plus des **clauses pénales** et **résolutoires** qui figurent dans la plupart des contrats.

18. Cass. com., 15 janv. 2002, D. 2002, obs. D. Mazeaud.

C. LES LIMITES DU CONTRAT DE CONCESSION PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE

Le contrat est opposable aux tiers. À partir du moment où existe un contrat de concession commerciale, il est admis que le concédant puisse refuser de fournir ses produits à des commerçants extérieurs au réseau, sans risque d'être poursuivi pour refus de vente, d'autant plus que le refus de vente a été dépénalisé.

Le contrat de concession est de nature à assurer un progrès économique s'il n'entraîne pas un cloisonnement du marché en question. Cependant, il risque aussi de cloisonner les marchés et porter atteinte au libre jeu de la concurrence. C'est pourquoi la jurisprudence a adopté une position souple vis-à-vis des tiers. Ainsi, la jurisprudence (Cass. com., 16 févr. 1983, n° 81-14506) a-t-elle précisé que :

« Le fait [...] (pour un vendeur) d'avoir importé en vue de la vente en France des machines et du matériel (d'une marque étrangère) en dépit des droits d'exclusivité dont bénéficiait à sa connaissance (le concessionnaire français), ne constituait pas en lui-même, en l'absence d'autres éléments (approvisionnement irrégulier, vente dans des conditions préjudiciables à la marque, parasitisme commercial), un acte de commerce déloyal. »

De même, dans un arrêt ultérieur (Cass. com., 19 oct. 1999), la Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel de Poitiers qui a accueilli la demande de concessionnaires visant à interdire, sous astreinte, la vente de véhicules neufs de la part d'un vendeur hors réseau en indiquant que celui-ci ne saurait être tenu de rapporter la preuve de l'acquisition régulière des véhicules litigieux.

IV. LA FIN DU CONTRAT DE CONCESSION

On distingue selon que la concession est à durée déterminée (A) ou indéterminée (B).

A. LE CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE

Le contrat expire à son terme. Le concédant qui ne renouvelle pas le contrat ne commet aucune faute et n'engage nullement sa responsabilité, sauf en cas d'existence d'une clause de tacite reconduction (Cass. com., 4 janv. 1994, n° 91-18170). Mais, la jurisprudence admet que l'existence d'un motif de non-renouvellement n'est pas une condition de validité de la décision de rupture si le concessionnaire prouve que le non-renouvellement était illégitime.

Le concédant n'a pas à motiver son refus de renouvellement, mais par précaution, il vaut mieux que celui-ci informe le concessionnaire de ce non-renouvellement pour qu'il puisse s'organiser, notamment celle qui consiste à se reconvertir le cas échéant.

En outre, un préavis est inutile sauf clause contractuelle fixant un préavis ou texte impératif imposant un tel délai (ex. : 6 mois dans le domaine de la distribution automobile).

Une clause contractuelle de résiliation unilatérale dans un contrat à durée déterminée est valable.

B. LE CONTRAT À DURÉE INDÉTERMINÉE

Le droit de résiliation unilatérale est consacré dans ce type de contrat. Sauf abus, l'un et l'autre des cocontractants peuvent user de ce droit, moyennant un préavis. L'abus est caractérisé lorsque la résiliation intervient brutalement sans préavis. La brutalité s'apprécie au cas par cas. Le délai de préavis est essentiel. Le préavis écrit tient compte de la durée de la relation commerciale et respecte la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels (art. L. 442-6, C. com.).

EXEMPLE

Il y a abus lorsque le concédant a laissé croire au concessionnaire à leur bonne relation en incitant ce dernier à investir et en résiliant le contrat par la suite (Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-17338).

Un fournisseur avait annoncé la résiliation d'un contrat de concession avec un préavis de 3 mois. Ce délai a été considéré comme raisonnable eu égard au fait que la concession n'était exclusive que depuis moins d'un an. En outre, le fournisseur avait informé son cocontractant de la cessation d'approvisionnement pendant la durée de préavis. Cette rupture de livraisons pendant le délai de préavis a été jugée fondée au motif que le concessionnaire pouvait, compte tenu des stocks dont il disposait, continuer à assurer la distribution exclusive des produits du concédant (Cass. com., 9 nov. 2010, n° 09-15889).

SECTION 2. LE CONTRAT DE FRANCHISE

I. LA DÉFINITION ET LES CARACTÉRISTIQUES DU CONTRAT DE FRANCHISE

Le contrat de franchise (ou franchisage) est un contrat par lequel un commerçant (le franchiseur), qui dispose d'un savoir-faire particulier et de signes distinctifs dans un domaine donné, accorde à un autre commerçant (le franchisé), le droit d'exploiter ce savoir-faire et ses signes en contrepartie d'une somme d'argent.

A. LE CARACTÈRE *INTUITU PERSONAE* DU CONTRAT DE FRANCHISE

Le contrat de franchise est conclu *intuitu personae* si on place **du côté du franchisé**. Le franchiseur a le droit de choisir librement les franchisés dont les qualifications professionnelles sont une condition pour établir et préserver la réputation du réseau. Il peut écarter les candidats qui ne lui paraissent pas remplir les conditions de qualification professionnelle et personnelle qu'il exige sans risque d'engager sa responsabilité pour pratique discriminatoire. La cession de son fonds de commerce par le franchisé ne peut être possible qu'avec l'accord du franchiseur.

La question est plus délicate si on place **du côté du franchiseur**. Une série d'arrêts récents a confirmé que le contrat de franchise est également conclu en considération de la personne du franchiseur.

EXEMPLE

- Le contrat de franchise ne peut être transmis par fusion-absorption à une société tierce qu'avec l'accord du franchisé (Cass. com., 3 juin 2008, n° 06-13761 et 06-18007).
- Le contrat de franchise ne peut, sauf accord du franchisé, être transmis par l'effet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions (Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-16428).

En pratique, les juristes insèrent, dans le contrat de franchise, une clause autorisant la restructuration du franchiseur.

Il en résulte que l'*intuitu personae* est de l'essence du contrat de franchise, qu'on se place du côté du franchisé ou du franchiseur.

B. LA DISTINCTION DU CONTRAT DE FRANCHISE AVEC LA CONCESSION, LE CONTRAT DE TRAVAIL ET LA SOCIÉTÉ DE FAIT

1. La franchise et la concession

Les contrats de concession et de franchise présentent des points communs (utilisation d'une enseigne ou d'une marque commune, formation du personnel, élaboration de campagnes publicitaires), mais des différences subsistent.

Par rapport à la franchise, la concession ne comporte obligatoirement ni l'utilisation d'une même enseigne, ni l'application de méthodes commerciales uniformes, ni le paiement de redevances en contrepartie des avantages consentis.

La concession lie généralement un producteur et un distributeur tandis que le franchiseur doit être un distributeur.

Dans un contrat de concession, il y a souvent une double exclusivité alors que dans la franchise, l'exclusivité de fourniture et d'approvisionnement n'est pas systématique. C'est-à-dire que le franchisé peut distribuer sous la marque du franchiseur, les produits et services qui ne sont pas fournis par le franchiseur.

Le contrat de franchise se rapproche de la concession lorsqu'il porte sur des produits. La franchise porte non seulement sur un produit¹⁹, mais sur un savoir-faire alors que la concession ne porte que sur des produits.

Le contrat de franchise se fonde sur un transfert de connaissances techniques et de procédés commerciaux (savoir-faire). À défaut, le contrat ne sera pas un contrat de franchise. Le **savoir-faire** est l'ensemble de connaissances commerciales, techniques, financières dont dispose une personne pour la connaissance desquelles une autre personne est prête à verser une somme d'argent. Il peut porter sur n'importe quel élément : la présentation des produits, la méthode de vente, etc. Le **savoir-faire soit secret, substantiel et identifié** (art. 1-f, Règ. CE n° 2790/99, Commission, 22 déc. 1999).

2. La franchise et le contrat de travail

Les commerçants placés en situation de dépendance économique extrême sont protégés par le texte suivant :

« Est gérant de succursale toute personne :

1° Chargée, par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ;

2° Dont la profession consiste essentiellement :

a) Soit à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ;

b) Soit à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise. »

Art. L. 7321-2, C. trav.

Normalement, le franchisé est un commerçant indépendant. Cependant, s'il ne dispose pas d'autonomie, c'est-à-dire dès lors que les conditions énoncées ci-avant sont réunies, le contrat est qualifié de contrat de travail.

EXEMPLE

Un contrat qualifié de franchise par les parties avait pour objet la distribution de colis, plis, objets dans le cadre de tournées régulières, selon des horaires prédéfinis. Le local dans lequel le franchisé exerçait cette activité était loué au nom du franchiseur. Le tarif était fixé par le franchiseur. Il a été jugé que le fait que les conditions de travail, d'hygiène et de sécurité n'aient pas été fixées ou soumises à l'agrément du franchiseur était sans incidence sur la qualification du contrat et que, dès lors que les conditions prévues à l'article L. 7321-2 étaient réunies,

19. Ce contrat n'est pas réservé à la distribution de marchandises. Il est très pratiqué dans les services, notamment dans l'hôtellerie (Sofitel, Novotel), la restauration (McDonald's, Hippopotamus), la vente de vêtements (Benetton), l'industrie des sodas (Coca-Cola, Pepsi-Cola).

Il doit enfin, le cas échéant, respecter l'**exclusivité territoriale** à laquelle il a droit.

Le contrat de franchise prévoit souvent une **clause de confidentialité** à la charge du franchisé afin de protéger le savoir-faire, objet du contrat. **Cette clause n'est pas limitée dans le temps.**

Pour céder son fonds de commerce, le franchisé doit obtenir l'accord du franchiseur. Souvent, le contrat de franchise prévoit un **droit de préemption** sur le fonds en faveur du franchiseur.

B. LES EFFETS DU CONTRAT À L'ÉGARD DES TIERS

1. Les effets à l'égard des commerçants extérieurs au réseau

Lorsque la franchise s'accompagne d'une clause d'exclusivité territoriale, le franchiseur peut refuser de vendre à des commerçants, extérieurs à son réseau, sans encourir le risque d'être poursuivi pour refus de vente.

La franchise peut avoir des effets anticoncurrentiels en restreignant l'accès de distribuer aux réseaux en place. Les clauses par lesquelles les franchiseurs imposent des prix de revente et surtout celles qui restreignent la concurrence entre les membres du réseau (partage du marché) risquent de porter atteinte à la liberté des prix et à la concurrence.

2. La franchise et la garantie due aux consommateurs

Le franchisé est un commerçant indépendant et contracte en son nom personnel et assume tous les risques de son exploitation.

Les contrats types stipulent souvent que le franchisé assumera seul à l'égard des tiers les garanties dont il est redevable, mais si les marchandises livrées par le fournisseur étaient affectées d'un défaut caché ou d'une non-conformité, le coût du remplacement serait supporté par le franchiseur.

III. LA FIN DE LA FRANCHISE

Le contrat de franchise est conclu en général pour une durée déterminée (de 5 à 7 ans en général). S'il contient une exclusivité d'approvisionnement, elle ne peut excéder 10 ans.

À l'échéance du contrat, celui-ci peut ne pas être renouvelé. En cas de non-renouvellement du contrat, le franchisé doit respecter les clauses de protection du réseau qu'il quitte. Si le bail l'y autorise, le franchisé peut exercer dans le local une autre activité ou une même activité sans adhérer à un réseau.

Si le contrat a été conclu sans détermination de durée, sauf abus, il peut être résilié à tout moment en respectant un délai de préavis.

Il prend également fin en cas de procédure de redressement judiciaire.

CHAPITRE 4. LES CONTRATS DE CONSOMMATION

Le **Code de la consommation** englobe tous les textes relatifs aux contrats de consommation aussi bien en ce qui concerne l'opération de consommation (contrat de consommation) (section 1) que son financement (section 2).

SECTION 1. LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR DANS LE CADRE D'OPÉRATION D'ACHAT DE BIENS OU DE PRESTATIONS DE SERVICES

Il convient d'étudier d'abord le champ d'application du droit de la consommation (I) et ensuite la protection du consommateur (II).

I. LE CHAMP D'APPLICATION DU DROIT DE LA CONSOMMATION

A. LES PERSONNES CONCERNÉES

Le droit de la consommation s'applique aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels.

1. Le professionnel

Le **professionnel** est la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité **habituelle et organisée** de production, de distribution ou de prestation de services.

2. Le consommateur ou non-professionnel

Le **consommateur** ou le **non-professionnel** est la personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non professionnel, c'est-à-dire **personnel ou familial**.

a. Le consommateur

Le **consommateur** est celui qui achète pour ses besoins privés. **Il ne peut être qu'une personne physique** (Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2009, n° 08-11231).

b. Le non-professionnel

Le **non-professionnel** est considéré comme celui qui, dans le cadre de sa profession, agit en dehors de sa sphère habituelle de compétence et se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur.

La question se pose sur les personnes morales. En 2008, il a été jugé que la notion de clause abusive (applicable aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels) ne s'appliquait pas aux contrats de fournitures de biens ou de services conclus entre sociétés commerciales (11 déc. 2008, n° 07-18128). Or, en 2011, il a été jugé que les **personnes morales n'étaient pas exclues de la catégorie des non-professionnels** (Cass. com., 23 juin 2011, n° 10-30645).

À l'évidence, cela ne signifie pas que les professionnels sont privés de protection. Le droit commun des contrats et le Code de commerce sont là pour fournir des modes de protection (ex. : art. L. 442-6, C. com.).

B. LES OPÉRATIONS CONCERNÉES

Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris (29 janv. 2009), l'association CLCV et des épargnants reprochaient à la Poste d'avoir diffusé des plaquettes publicitaires relatives au produit financier *Benefic* qui étaient de nature à induire en erreur le consommateur en raison de son contenu trompeur et par là même, de ne pas avoir respecté l'obligation d'information et de conseil. La cour d'appel n'a pas fondé son jugement sur l'article L. 111-1 du Code de la consommation qui prévoit que « *tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service...* ». Pour la cour en effet, le contrat conclu entre la Poste et les épargnants ne relève pas des contrats de consommation. Il s'agit en revanche d'un contrat d'épargne portant sur des valeurs mobilières, celles-ci n'étant pas des biens de consommation. C'est sur le fondement de la responsabilité contractuelle (obligation de renseignements pour tous les contrats) que la cour a retenu la responsabilité de la Poste.

II. LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

La protection du consommateur est présente tout au long du processus contractuel. Elle est présente, tout d'abord, à sa **formation pour la protection du consentement** (A). Elle se manifeste ensuite par la volonté d'**écarter certaines clauses excessives et sauvegarder un certain équilibre dans le contrat** (B) et enfin lors de l'**exécution** de celui-ci (C).

A. LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR LORS DE LA FORMATION DU CONTRAT

Afin d'assurer au consommateur une certaine liberté de choix et pour que celui-ci s'engage en connaissance de cause, le législateur a institué plusieurs obligations à la charge du professionnel (**l'information**, le **délai de réflexion** et le **formalisme**) (1) et les sanctions en cas de non-respect de celles-ci (2).

1. La protection du consentement du consommateur

a. L'obligation d'information précontractuelle

➡ *L'information sur les caractéristiques essentielles d'un produit ou d'un service*

« Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service. »

Art. L. 111-1, C. consom.

« Tout professionnel prestataire de services doit avant la conclusion du contrat et, en tout état de cause, lorsqu'il n'y pas de contrat écrit, avant l'exécution de la prestation de services, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du service. »

Art. L. 111-2, C. consom.

➡ *L'information sur les pièces indispensables à l'utilisation des biens*

L'information sur la période pendant laquelle les pièces indispensables à l'utilisation des biens seront disponibles sur le marché est obligatoirement délivrée au consommateur par le vendeur, avant la conclusion du contrat (art. L. 111-1, C. consom.).

➡ *L'obligation d'information sur les prix et les conditions de vente*

« Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et des conditions particulières de la vente [...]. »

Art. L. 113-3, C. consom.

➡ *L'information relative aux délais de livraison*

Dans tout contrat ayant pour objet la vente d'un bien meuble ou la fourniture d'une prestation de services à un consommateur, le professionnel doit, lorsque la livraison du bien ou la prestation n'est pas immédiate, indiquer la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien ou fournir la prestation. L'obligation s'applique lorsque le prix convenu de la vente d'un bien meuble ou de la fourniture d'une prestation de service est supérieur à 500 € (art. R. 114-1, C. consom.).

➡ *La rédaction des clauses contractuelles*

Les clauses contractuelles doivent être claires et rédigées en français.

« Les clauses des contrats proposées par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible.

Art. L. 133-2, al. 1, C. consom.

« Dans la désignation, l'offre, la prestation, 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. »

Art. 2, loi, 4 août 1994.

b. Les délais de réflexion préalable ou de repentir

Pour permettre au consommateur de réfléchir, voire même de revenir sur un accord donné rapidement, la législation protectrice des consommateurs a introduit dans certains contrats, soit un **délai de réflexion préalable** avant lequel l'acceptation ne peut être donnée, soit un **délai de repentir (ou de rétractation)** pendant lequel l'acceptation peut être révoquée²³.

EXEMPLES

En matière de crédit immobilier, l'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que 10 jours après l'avoir reçue (art. L. 312-10, al. 2, C. consom.).

Pour les ventes à domicile :

« Dans les sept jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception. [...] »

Toute clause du contrat par laquelle le client abandonne son droit de renoncer à sa commande ou à son engagement d'achat est nulle et non avenue. »

Art. L. 121-25, C. consom.

c. La forme écrite

À l'exception des actes les plus courants de la vie quotidienne qui ne nécessitent pas une protection particulière, et afin de mieux éclairer le consentement du consommateur, le législateur impose en plus l'écrit dans les contrats de consommation.

Ainsi, sont prévu des **modèles-types de contrats** correspondant chacun à une forme particulière de crédit à la consommation (art. R. 311-6 et R. 311-7, C. consom.). De même, pour la sécurité du consommateur, le Code renvoie à un modèle type pour présenter des écrits qui constatent les contrats de garantie et de service après vente des appareils domestiques.

2. Les sanctions du non-respect des mécanismes de protection du consentement du consommateur

L'obligation générale d'information ne faisant pas l'objet de sanctions spéciales, ce sont des **sanctions du droit commun** qui s'appliquent.

a. La protection du consommateur par des dispositions pénales

■ L'emploi de la langue française

Les infractions à la loi de 1994 sont punies d'une amende prévue pour les contraventions de 4^e classe, soit 750 € au plus (décr. 3 mars 1995).

23. Cass. 1^{er} civ., 25 nov. 2010, n° 09-70833 : le droit de rétractation ne s'applique pas aux contrats conclus par voie électronique ayant pour objet la prestation de service d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs qui doivent être fournis à une date ou selon une périodicité déterminée.

➡ Les pratiques commerciales trompeuses interdites

Les pratiques commerciales trompeuses sont interdites. Une pratique commerciale est trompeuse :

- lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ;
- lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur ;
- lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable.

EXEMPLE

Est une pratique commerciale trompeuse le fait d'annoncer « *tout moins cher toute l'année* » (Cass. crim., 28 juin 1982, n° 81-95128) ou « *votre fioul domestique moins cher* » (Cass. com., 4 juin 2002, n° 00-17429), s'il est établi que des concurrents pratiquent des prix inférieurs.

Elles sont punies d'un emprisonnement de 2 ans au plus et d'une amende de 37 500 € au plus ou de l'une de ces deux peines seulement. L'amende peut être portée à 50 % des dépenses de la publicité ou la pratique constituant le délit (art. L. 213-1, C. consomm.).

➡ Les tromperies et falsifications

La tromperie est la volonté d'induire en erreur sur les attributs de la marchandise ou du service fourni (art. L. 213-1 et s., C. consomm.). La falsification consiste en une manipulation ou un traitement irrégulier de manière à altérer la constitution physique du produit (art. L. 213-3 et s., C. consomm.).

Ces infractions sont sanctionnées par une peine de 2 ans d'emprisonnement et/ou une amende de 37 500 €. Elles sont portées au double en cas de récidive.

➡ L'abus de faiblesse (art. L. 122-8, C. consomm.)

Le texte punit d'emprisonnement de 5 ans et/ou d'amende de 9 000 € quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire par le moyen d'une visite à domicile des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit lorsque les circonstances montrent que la personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou fait apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte.

b. Les sanctions civiles

Lorsque le **défaut d'information porte sur une des caractéristiques essentielles du contrat**, celui-ci sera constitutif d'**erreurs sur les qualités substantielles**, ce qui entraîne la **nullité du contrat**. La simple remise par le professionnel d'une notice ne le dispense pas de cette obligation d'information en l'absence de mentions suffisamment claires et précises. En cas de litige, c'est au vendeur qu'il appartient de prouver qu'il a bien satisfait à son obligation d'information.

Le texte qui impose l'**information sur les pièces indispensables à l'utilisation des biens** ne prévoit aucune sanction. En cas de litige, il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté cette obligation. Lorsque le consommateur demande la réparation du bien acheté et que le vendeur lui oppose l'inexistence de pièces détachées, le consommateur peut mettre en œuvre la **responsabilité** du vendeur pour sanctionner les manquements à cette obligation.

Concernant l'**absence d'indication sur les délais de livraison**, le vendeur doit livrer le bien ou le prestataire doit fournir le service **dès la conclusion du contrat**. En cas de non-respect de cette date limite, la **résolution** est encourue. Le consommateur peut dénoncer le contrat par lettre recommandée avec avis de réception en cas de dépassement de la date de livraison excédant 7 jours. Sauf cas de force majeure, le contrat est considéré comme résolu à la réception de la lettre (art. L. 114-1, C. consomm.).

Loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française ne prévoit pas de sanction civile. Il nous semble que le défaut de l'emploi de la langue française ne constitue une cause de **nullité** que lorsqu'il est à l'origine d'un **vice du consentement**.

Les sanctions du non-respect du **modèle-type** dépendent du type de contrat et de la nature du non-respect. À titre d'illustration, on indiquera que le non-respect du modèle type en matière de crédit à la consommation est sanctionné par la **déchéance du droit aux intérêts**.

B. LA PROTECTION PAR L'INSTITUTION D'UN CERTAIN ÉQUILIBRE CONTRACTUEL

En face du professionnel qui dispose de la puissance et des moyens nécessaires pour négocier le contenu contractuel, le consommateur s'en trouve démuné. C'est la raison pour laquelle le droit de la consommation remédie à cette situation en luttant contre les **clauses** pouvant paraître **abusives** car, dans la plupart des cas, les contrats de consommation sont des documents standards préétablis par les professionnels et soumis à l'adhésion du consommateur (2). Mais, la recherche d'un certain équilibre dans les relations contractuelles trouve aussi son origine dans le **droit commun des contrats** (1).

1. La protection par des dispositions du droit commun des contrats

Dans le droit des contrats, plusieurs notions ont été utilisées pour corriger certaines dérives tirées de l'autonomie de la volonté. Ces notions sont soit d'origine légale, soit jurisprudentielle.

a. Les protections d'origine légale

■ La clause attributive de compétence

« Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur :

- en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service ;
- [...]. »

Art. 46, C. pro. civ.

Le consommateur a alors le choix entre la juridiction du lieu d'établissement du vendeur et la juridiction du lieu de l'exécution.

« Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçants et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée. »

Art. 48, C. pro. civ.

Le professionnel ne doit donc pas imposer à un consommateur le choix d'une juridiction pour régler un litige survenant entre eux.

■ La clause compromissoire

C'est la clause par laquelle les parties conviennent de porter devant un ou plusieurs arbitres les litiges qui pourraient naître du contrat.

« Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. »

Art. 2061, C. civ.

Sont présumées abusives, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou effet de supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges (MARL) (art. R. 132-2, 10°, C. consomm.). Une telle clause est réputée non écrite.

➡ **La révision de la clause pénale**

La clause pénale est tout à fait valable et sanctionne tout manquement contractuel.

« Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. »

Art. 1152, C. civ.

Aussi, dans le cadre d'un contrat de consommation, le juge peut limiter les indemnités à verser en cas d'inexécution par le consommateur.

➡ **La nullité des clauses purement potestative**

« La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. »

Art. 1170, C. civ.

« Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. »

Art. 1174, C. civ.

On en déduit que, lorsqu'un contrat comporte des obligations avec des conditions purement potestatives, celles-ci sont nulles.

b. Les protections d'origine jurisprudentielle

➡ **La théorie de la cause**

L'idée est que le mobile ayant amené l'une des parties à s'engager trouve son origine dans la contrepartie attendue de l'autre.

C'est le cas lorsqu'il y a exclusion de responsabilité portant sur l'obligation essentielle du cocontractant (ex. : affaire Chronopost, voir page 66).

➡ **La protection par la notion d'abus de droit**

Les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ». Cette notion s'applique aussi bien au créancier qu'au débiteur, au professionnel qu'au consommateur. Elle interdit par conséquent au professionnel d'exploiter abusivement sa situation en voulant profiter d'une légère défaillance de son cocontractant consommateur.

2. Les clauses abusives dans les contrats de consommation

a. Le champ d'application de la protection contre les clauses abusives

➡ **La notion de clause abusive**

Ce sont des clauses ayant pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat.

➡ **Les supports visés par la protection**

La protection concerne toute forme ou tout support du contrat et donne notamment comme exemple (art. L. 132-1, C. consomm.) :

« Des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies. »

b. Les modalités de protection contre les clauses abusives

Le pouvoir réglementaire doit prendre des mesures de lutte contre les clauses abusives après avis de la commission instituée à cet effet (art. L. 132-1, C. consomm.), mais c'est à la jurisprudence que revient de décider si une clause est abusive ou pas.

► La commission des clauses abusives (art. L. 132-2 et s., C. consomm.)

C'est une commission consultative pouvant être saisie soit par le ministre chargé de la consommation, soit par les associations agréées de défense des consommateurs, soit par les professionnels intéressés, voire par le juge à l'occasion d'une instance. Elle peut également se saisir d'office.

Elle dispose de trois missions principales :

- donner son avis sur les projets de décrets ayant pour objet de déterminer les types de clauses abusives ;
- émettre des recommandations tendant à modifier ou supprimer les clauses qui lui paraissent abusives ;
- donner son avis au juge à l'occasion d'une instance.

► La sanction des clauses abusives

Les **clauses noires** sont irréfragablement présumées abusives alors que les **clauses grises** sont présumées abusives à moins que le professionnel n'apporte la preuve contraire (art. R. 132-1 et R. 132-2, C. consomm.).

Les clauses abusives sont réputées non écrites. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert. Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses.

C. LA PROTECTION AU NIVEAU DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT

S'agissant du contrat de consommation, les obligations du professionnel se trouvent renforcées par l'obligation de sécurité (1) et la responsabilité du fait des services et produits défectueux (2).

1. L'obligation de sécurité

Pour protéger les consommateurs, le texte (art. L. 221-1, C. consomm.) prévoit que :

« Les produits et les services doivent, dans des conditions minimales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes. »

Et pour ce faire, le professionnel doit fournir au consommateur les informations utiles qui lui permettent d'évaluer les risques inhérents à un produit pendant sa durée d'utilisation minimale ou raisonnablement prévisible et de s'en prémunir, lorsque ces risques ne sont pas immédiatement perceptibles par le consommateur sans un avertissement adéquat.

Il doit, en outre, adopter les mesures qui, compte tenu des caractéristiques des produits qu'il fournit, lui permettent :

- de se tenir informé des risques que les produits qu'il commercialise peuvent présenter ;
- d'engager les actions nécessaires pour maîtriser ces risques, y compris le retrait du marché, la mise en garde adéquate et efficace des consommateurs ainsi que le rappel auprès des consommateurs des produits mis sur le marché.

La loi prévoit que le professionnel en question peut notamment réaliser des essais par sondage et également de procéder à des indications sur le produit ou son emballage d'un mode d'emploi, de l'identité et de l'adresse du responsable de la mise sur le marché, de la référence du produit auquel il appartient.

Enfin, lorsqu'un professionnel sait que les produits destinés aux consommateurs qu'il a mis sur le marché ne répondent pas aux exigences de sécurité demandées, il en informe immédiatement les autorités administratives compétentes, en indiquant les actions qu'il engage afin de prévenir les risques pour les consommateurs.

2. La responsabilité du fait des produits défectueux

En plus de sa responsabilité civile, le professionnel risque d'engager sa responsabilité pénale.

a. La responsabilité pénale

À côté des **infractions prévues par le Code de la consommation**, à savoir les délits de pratiques commerciales trompeuses, de tromperie et de falsification et les contraventions en cas de non-respect d'un texte réglementaire, d'autres délits de droit commun peuvent être constatés à l'encontre du professionnel.

Le fait de causer par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un **homicide involontaire** puni de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende (art. 221-6, C. pén.).

Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de la **mort** ou de **blessures** de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende (art. 223-1, C. pén.).

b. La responsabilité civile

La loi du 19 mai 1998 a transposé dans le droit national la directive n° 85/374 du conseil du 25 juillet 1985. Il s'agit d'une **responsabilité civile délictuelle spéciale**, une **responsabilité de plein droit, sans faute**. Ce régime s'ajoute sans se substituer aux régimes de responsabilité contractuelle ou délictuelle. Il s'applique de façon exclusive, sauf en présence d'une faute du producteur. La réparation consiste à l'allocation de dommages-intérêts lorsque le préjudice est supérieur à un montant fixé par décret (500 € : décr. 11 févr. 2005).

Les clauses exonératoires de responsabilité sont interdites sauf en ce qui concerne les clauses entre les professionnels relatives aux dommages causés aux biens.

➡ Le domaine d'application

Les personnes responsables

Les personnes responsables sont les **producteurs**. Est producteur à titre professionnel, le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première, le fabricant d'une partie composante, le sous-traitant. La personne agissant à titre personnel est assimilée au producteur si elle appose sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif ou importe un produit dans l'Union européenne.

La responsabilité d'un prestataire de services, qui utilise dans le cadre d'une prestation de service des appareils ou produits défectueux dont il n'est pas le producteur et cause des dommages au bénéficiaire de la prestation, ne relève pas du champ d'application du dispositif (CJUE, gr. Ch., 21 déc. 2011, aff. C-495/10).

Les produits concernés

Le produit doit avoir été mis en circulation. Il s'agit de tout bien meuble, même incorporé dans un immeuble (ex. : produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche).

Le produit peut être utilisé à des fins privées ou professionnelles (CJCE, 4 juin 2009, aff. C-285/08).

Le régime

Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité

La victime doit prouver le défaut, le dommage et le lien de causalité (art. 1386-8, C. civ.).

- Le **défaut du produit** consiste au fait que le produit n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre.
- Le **dommage** couvre tous les dommages résultant d'une atteinte à la personne et sous déduction d'une franchise de 500 €.
- Il **n'existe pas de présomption de lien de causalité** entre le défaut du produit et le dommage subi. La victime est tenue d'établir ce lien. La jurisprudence interprète de façon souple ce lien de causalité afin de faciliter l'action de la victime.

Les moyens de défense à la disposition du producteur

- D'une part, les **moyens de défense traditionnels** sont la faute de la victime et le fait d'un tiers s'il présente les caractères de la force majeure.
- Et d'autre part, les **moyens de défense spécifiques** sont nombreux (art. 1386-11, C. civ.). Tels que :
 - le produit n'a pas été mis en circulation (ex. : le produit a été volé au producteur) ;
 - le défaut n'existe pas au moment de la mise en circulation ;
 - le produit n'a pas été destiné à la vente (ex. : déchet non recyclable) ;
 - le défaut du produit était indécélable au regard de l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment où le produit a été mis en circulation ;
 - le défaut est dû à la conformité du produit à des règles impératives.

SECTION 2. LE CONTRAT DE CRÉDIT À LA CONSOMMATION

Les règles applicables en la matière sont d'ordre public.

La notion de crédit à la consommation est prise au sens large car habituellement, on parle de crédit à la consommation lorsqu'il s'agit de crédit mobilier (I) et de crédit immobilier lorsqu'il porte sur un immeuble (II).

I. LES CRÉDITS MOBILIERS

Pour cerner le régime de ces crédits, il convient de voir le champ d'application des textes (A) avant d'aborder la protection du consommateur-emprunteur (B).

A. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA RÉGLEMENTATION DES CRÉDITS MOBILIERS

Il convient d'étudier les opérations (1) et personnes concernées (2).

1. Les opérations visées

Les règles s'appliquent à **toute opération de crédit** ainsi qu'à **son cautionnement** (art. L. 311-2, C. consom.).

L'opération de crédit peut être conclue à titre onéreux ou à titre gratuit. Cette opération est définie largement, il s'agit notamment d'un **crédit sous la forme d'un délai de paiement**, d'un **prêt**

sous la forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire. La location-vente et la location avec option d'achat sont assimilées à des opérations de crédit. Les **prêts sur gage corporel consentis par les caisses de crédit municipal** sont soumis aux règles relatives à la publicité des crédits à la consommation (art. L. 311-4 et L. 311-5, C. consom.).

Un certain nombre d'opérations de crédit sont **exclues** du champ d'application de la réglementation applicable au crédit à la consommation (art. L. 311-3, C. consom.). Les principales opérations exclues sont :

- les **crédits immobiliers** ;
- les **opérations de crédit dont le montant total est inférieur à 200 € ou supérieur à 75 000 €** ;
- les **autorisations de découvert remboursables dans un délai d'un mois** ;
- les **crédits gratuits d'une durée maximum de 3 mois** (absence de paiement d'intérêt et de frais, des frais négligeables peuvent être dus) ;
- des **types particuliers de crédit** (ex. : avances sur salaires ou prêts de caractère exceptionnel consentis pour des motifs d'ordre social aux salariés par les entreprises, etc.) ;
- les **crédits destinés à financer les besoins d'une personne morale de droit public** ;
- les **crédits destinés à financer une activité professionnelle**.

2. Les personnes concernées

Le crédit mobilier est une convention de crédit conclue, d'une part, entre un prêteur professionnel, d'autre part, un emprunteur consommateur (art. L. 311-1, C. consom.).

Le **prêteur** désigne « toute personne qui consent ou s'engage à consentir un crédit mentionné à l'article L. 311-2 dans le cadre de l'exercice de ses activités commerciales ou professionnelles ». Le prêteur est dès lors un établissement de crédit ou un établissement de paiement qui consent des prêts.

L'**emprunteur** ou **consommateur** est « toute personne physique qui est en relation avec un prêteur dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ». Le terme « emprunteur » englobe donc les consommateurs et autres emprunteurs dont l'opération de crédit est destinée à financer les besoins d'une activité non professionnelle.

B. LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR-EMPRUNTEUR

La protection du consommateur-emprunteur d'un crédit mobilier est assurée par plusieurs mécanismes.

1. La protection par le droit commun des contrats

Le consommateur-emprunteur peut invoquer les règles relatives à la formation et aux sanctions d'inexécution du contrat afin d'obtenir la nullité du contrat ou faire sanctionner le non-respect des obligations contractuelles par le prêteur.

2. La protection par les obligations des banquiers

Dans un contrat de prêt conclu avec des consommateurs-emprunteurs, les banquiers sont tenus à une obligation renforcée issue de l'obligation de bonne foi (à savoir, l'obligation d'information, de conseil et de mise en garde).

3. La protection par le droit commun de la consommation

Le contrat de crédit mobilier étant un contrat de consommation, les règles relatives aux contrats de consommation s'appliquent (ex. : clauses abusives). En outre, les règles étant d'ordre public, le juge doit les soulever d'office.

4. La protection par le droit spécifique du crédit à la consommation

Les mécanismes de protection du consommateur-emprunteur sont tantôt identiques tant en matière mobilière qu'en matière immobilière, tantôt différenciés. Nous allons étudier ici les dispositifs applicables aux crédits mobiliers.

Il convient de distinguer trois phases : la période précontractuelle, la formation et l'exécution du contrat de crédit mobilier.

a. La période précontractuelle

▀ La publicité (art. L. 311-4 et L. 311-5, C. consomm.)

La réglementation relative à la publicité est très détaillée et technique. L'objectif du législateur est d'assurer une publicité loyale, non trompeuse.

Toute publicité doit préciser, de façon visible, à l'aide d'un exemple représentatif, les mentions obligatoires, telles que le taux débiteur, le montant total du crédit, le taux annuel effectif global (TAEG), la durée du contrat de crédit, etc. Une mention d'avertissement doit être citée : « *Un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager* ».

Dans toute publicité écrite, les informations relatives au TAEG, à sa nature fixe ou variable, au montant total dû et au montant des échéances, doivent figurer dans une taille de caractère plus importante que celle utilisée pour indiquer toute autre information relative aux caractéristiques du financement et s'inscrire dans le corps principal du texte publicitaire.

Certaines mentions sont interdites (ex. : mention de l'existence d'une période de franchise de paiement de loyers...).

L'annonceur pour le compte duquel est diffusée une publicité non conforme à ces dispositions sera puni d'une amende de 1 500 €. Le tribunal pourra également ordonner la publication du jugement et la rectification de la publicité aux frais du condamné.

▀ L'information précontractuelle de l'emprunteur (art. L. 311-6 et L. 311-7)

Une **fiche d'information précontractuelle** est remise par le prêteur à l'emprunteur. Elle est destinée à l'information de l'emprunteur sur les caractéristiques d'un crédit pouvant éventuellement lui être accordé. Elle permet à l'emprunteur de comparer les différentes offres et d'appréhender clairement l'étendue de son engagement. Cette fiche comporte des mentions obligatoires (art. R. 311-3, C. consomm.).

Le prêteur qui accorde un crédit sans communiquer à l'emprunteur cette fiche précontractuelle est déchu du droit aux intérêts.

▀ Le devoir d'explication à la charge du prêteur (art. L. 311-8)

Le prêteur fournit à l'emprunteur les explications lui permettant d'apprécier l'utilité du crédit et si le crédit est adapté à ses besoins et à sa situation financière. Le prêteur attire l'attention de l'emprunteur sur les principales caractéristiques du contrat proposé ainsi que sur les éventuelles conséquences de ces crédits sur sa situation financière.

La sanction civile du non-respect de ce devoir est la déchéance, totale ou partielle, du droit aux intérêts dans la limite fixée par le juge.

▀ L'étude de la solvabilité de l'emprunteur (art. L. 311-9, C. consomm.)

Le prêteur est tenu de vérifier la solvabilité de l'emprunteur avant de signer le contrat de crédit, à partir d'un nombre suffisant d'informations.

La sanction civile du non-respect de ce devoir est aussi la déchéance totale ou partielle du droit aux intérêts dans la limite fixée par le juge.

b. la formation du contrat**➡ L'offre préalable**

Une offre de contrat de crédit est remise à l'emprunteur (chaque partie dispose d'un exemplaire), le cas échéant, à la caution.

L'offre de contrat de prêt est établie par écrit ou sur un autre support durable, contient des mentions obligatoires et doit être maintenue **15 jours** au moins, à compter de sa remise ou de son envoi. À l'issue de ce délai, elle est automatiquement caduque si elle n'a pas fait l'objet d'une acceptation.

L'emprunteur a un délai de **14 jours** calendaires révolus à compter de l'acceptation de l'offre pour **se rétracter sans motifs**. Afin de permettre l'exercice de ce droit de rétractation, un formulaire de rétractation détachable est joint par le prêteur à l'offre préalable. Le but de ce délai est de faire réfléchir le consommateur. Le prêteur qui réclame ou qui reçoit de l'emprunteur un paiement, avant l'expiration du délai de 7 jours à compter de l'acceptation du contrat par l'emprunteur ou qui enregistre ou fait enregistrer sur un fichier le nom des personnes usant de la faculté de rétractation, commet un délit passible de 30 000 € d'amende (art. L. 311-50, C. consom.).

L'offre de contrat de crédit est acceptée à la double condition :

- en cas de défaut d'utilisation, par l'emprunteur, de sa faculté de rétractation ;
- le prêteur a fait connaître à l'emprunteur son accord dans les 7 jours (il s'agit de l'**agrément de la personne de l'emprunteur**) (art. L. 311-13, C. consom.).

D'autres modalités d'acceptation sont prévues par la loi (la mise à disposition des fonds au-delà du délai de 7 jours vaut l'agrément de l'emprunteur par le prêteur, etc.).

➡ La formation définitive du contrat

L'acceptation de l'offre entraîne la formation définitive du contrat de crédit. Ce contrat est établi par écrit ou sur un autre support durable, il comporte des mentions obligatoires (art. R 311-5, C. consom.). Les caractéristiques essentielles du crédit sont rappelées dans un encadré, inséré au début du contrat (art. L. 311-18, C. consom.).

La violation des règles indiquées ci-dessus est sanctionnée, sur le plan civil, par la déchéance du droit aux intérêts (art. L. 311-48, C. consom.). Dans certains cas, une amende de 1 500 € peut être infligée au prêteur (art. L. 311-49, C. consom.).

➡ L'interdépendance des contrats (art. L. 311-30 et s., C. consom.)

L'interdépendance existe entre les deux contrats, mais elle ne joue pour le prêt que lorsque celui-ci est affecté. Un **crédit** est qualifié d'« **affecté** » (ou **lié**) en présence de deux critères :

« **Le crédit servant exclusivement à financer un contrat relatif à la fourniture de biens particuliers ou la prestation de services particuliers ; ces deux contrats constituent une opération commerciale unique.** Une opération commerciale unique est réputée exister lorsque le vendeur ou le prestataire de services finance lui-même le crédit ou, en cas de financement par un tiers, lorsque le prêteur recourt aux services du vendeur ou du prestataire pour la conclusion ou la préparation du contrat de crédit ou encore lorsque le contrat de crédit mentionne spécifiquement les biens ou les services concernés ; »

Art. L. 311-1, 9°, C. consom.

Chaque fois que le paiement du prix sera acquitté, en tout ou partie, à l'aide d'un crédit, le contrat de vente ou de prestation de services doit le préciser.

Les dispositions de la loi ayant institué cette interdépendance étant d'ordre public, on ne peut y renoncer (Cass. civ. 1^{er}, 7 juill. 1992, n° 89-15383).

Le prêt est subordonné à l'achat d'un bien ou d'une prestation de services

Les obligations de l'emprunteur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation. Tant que la vente ou la prestation de service n'est pas exécutée, il n'est pas possible de réclamer un quelconque paiement à l'emprunteur. Parallèlement, il ne doit commencer à rembourser son prêt qu'à partir de la livraison ou de l'exécution de la prestation de service.

En cas de contestation sur l'exécution du contrat principal, le tribunal pourra, jusqu'à la solution du litige, suspendre l'exécution du contrat de crédit. Si le contrat principal est annulé ou résolu, le prêt n'a plus de raison d'être : il est lui-même annulé ou résolu. Les parties au contrat de prêt doivent être remises en l'état antérieur : l'emprunteur devra restituer les sommes qu'il a pu percevoir et le prêteur devra rendre les intérêts perçus.

Lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation du contrat de vente ou de fourniture de prestation de services, le contrat de crédit destiné à en assurer le financement est résilié de plein droit sans frais ni indemnité, à l'exception éventuellement des frais engagés pour l'ouverture du dossier de crédit.

Le contrat principal est subordonné au prêt

En cas de refus du prêt, le contrat principal est résolu de plein droit sans indemnité.

Aucun engagement ne peut valablement être contracté par l'acheteur à l'égard du vendeur tant qu'il n'a pas accepté le contrat de crédit. Lorsque cette condition n'est pas remplie, le vendeur ne peut recevoir aucun paiement, ni aucun dépôt.

Tant que le prêteur ne l'a pas avisé de l'octroi du crédit, et tant que l'emprunteur peut exercer sa faculté de rétractation, le vendeur n'est pas tenu d'accomplir son obligation de livraison ou de fourniture.

Le contrat de vente ou de prestation de services est également automatiquement résolu, sans indemnité, dans deux situations :

- Le prêteur n'a pas, dans un délai de 7 jours, à compter de l'acceptation du contrat de crédit par l'emprunteur, informé le vendeur de l'attribution du crédit.
- Ou si l'emprunteur, dans le même délai, a usé de son droit de rétractation.

Toutefois, en cas de demande expresse de livraison ou de fourniture immédiate du bien ou de la prestation de services par l'emprunteur, l'exercice du droit de rétractation a pour effet la résolution du contrat financé que s'il est effectué dans les 3 jours de l'acceptation du contrat de crédit par l'emprunteur.

Le vendeur ou le prestataire de services ne peut recevoir, de la part de l'acheteur, aucun paiement, ni aucun dépôt, tant que le contrat relatif à l'opération de crédit n'est pas définitivement conclu.

Le contrat de vente ou de prestation de service n'est cependant pas résolu, si l'acquéreur paie comptant dans le délai de 7 jours (art. L. 311-36, C. consom.).

c. L'exécution du contrat

Une fois le crédit accordé, l'emprunteur doit alors le rembourser selon les modalités prévues par le contrat sauf défaillance, auquel cas, il bénéficie d'autres protections.

■ Le remboursement

Il est réalisé le plus souvent par prélèvement bancaire. Il peut être procédé à un remboursement par chèque aux échéances convenues. Mais, il arrive que l'emprunteur désire **rembourser par anticipation**, auquel cas le prêteur ne peut s'y opposer.

Le Législateur a prévu deux mesures quant au remboursement :

- La première est une **obligation d'information à la charge du prêteur destinée à faciliter le remboursement**. Ainsi, le prêteur communique, tous les ans, à l'emprunteur, le montant du capital restant à rembourser (art. L. 311-25-1 C. consom.). En cas de modification du taux débiteur, le prêteur informe, par écrit ou sur un autre support durable, l'emprunteur préalablement à l'entrée en vigueur de la modification.

- La seconde mesure est le droit, pour l'emprunteur, de **rembourser par anticipation**, en totalité ou en partie, le prêt (art. L. 311-22, C. consom.). Cette disposition est d'ordre public (art. L. 313-16, C. consom.). Toute clause qui viendrait restreindre les conditions d'application des textes d'ordre public est illicite (non simplement abusive) (Cass. civ. 1^{re}, 5 févr. 2009, n° 06-16349).
 - Aucune indemnité de remboursement anticipé ne peut être réclamée à l'emprunteur dans les cas visés par la loi (autorisation de découvert, crédit renouvelable, etc.).
 - Dans les autres cas, lorsque le montant du remboursement anticipé est supérieur à 10 000 € au cours d'une période de 12 mois (art. D 311-14, C. consom.), le prêteur peut exiger une indemnité (dans la limite de 1 % ou 0,5 % du montant du crédit faisant l'objet d'un remboursement anticipé). En aucun cas, l'indemnité éventuelle ne peut dépasser le montant des intérêts que l'emprunteur aurait payés durant la période comprise entre le remboursement anticipé et la date de fin du contrat de crédit convenue initialement.

➡ **En cas de défaillance de l'emprunteur**

Dès la première échéance impayée, le prêteur a l'obligation d'**informer l'emprunteur des risques qu'il encourt** (art. L. 311-22-2, C. consom.). Ces risques sont la résiliation du contrat de crédit, le paiement d'une indemnité et, éventuellement, l'exclusion du contrat d'assurance groupe.

En cas de difficultés persistantes, le prêteur peut payer, de manière temporaire, la cotisation d'assurance relative aux impayés afin de permettre le maintien de la couverture par l'assurance.

En cas de défaillance de l'emprunteur, le prêteur pourra exiger le **remboursement immédiat** du capital restant dû, majoré des intérêts échus mais non payés. En outre, il pourra demander une **indemnité**.

Les actions en paiement contre l'emprunteur doivent être intentées dans un **délai de 2 ans**. Le point de départ du délai est un événement précis mentionné dans la loi (premier incident de paiement non régularisé...). Le **tribunal d'instance** est exclusivement compétent pour connaître de ces actions (art. L. 311-36, C. consom.).

II. LES CRÉDITS IMMOBILIERS

A. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA RÉGLEMENTATION APPLICABLE AUX CRÉDITS IMMOBILIERS

1. Les prêts concernés

Ce sont les prêts consentis de manière habituelle par toute personne physique ou morale en vue de financer les opérations suivantes concernant les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation (art. L. 312-2, C. consom.) :

- l'acquisition d'un immeuble en propriété ou en jouissance ;
- la souscription ou l'achat de parts ou d'actions de sociétés donnant vocation à l'attribution d'un immeuble en propriété ou en jouissance ;
- les dépenses relatives à la construction d'un immeuble ;
- les dépenses de réparation, d'amélioration ou d'entretien d'un immeuble pour un montant supérieur à 75 000 €. Toutefois, lorsque ces dépenses sont liées à une opération d'acquisition d'un immeuble, le crédit est toujours soumis aux règles du crédit immobilier.

2. Les opérations exclues

Sont exclus du champ d'application (art. L. 312-3, C. consom.) :

- les prêts consentis à des personnes morales de droit public ;
- les prêts occasionnels (non habituels) ;
- les prêts destinés à financer une activité professionnelle tels que promoteur, marchand de biens ;

- les crédits finançant des dépenses de réparation, d'amélioration ou d'entretien d'un immeuble pour un montant inférieur ou égal à 75 000 € sauf lorsque ces dépenses sont liées à une opération d'acquisition d'un immeuble.

B. LA PROTECTION DE L'EMPRUNTEUR

Comme en matière de crédit mobilier, la protection de l'emprunteur est assurée par plusieurs mécanismes : le droit commun des contrats, les obligations des banquiers dans un contrat de prêt, le droit commun de la consommation, le droit spécifique du crédit à la consommation.

Par ailleurs, comme en matière de crédit mobilier, la protection instituée par le Code de la consommation à l'égard de l'emprunteur est présente tout au long de la vie du contrat, de sa conclusion (1) à son exécution (3) en passant par la notion d'interdépendance des contrats (2).

1. Lors de la conclusion du contrat de crédit immobilier

a. La publicité

Toute publicité, quel que soit le support, contient des mentions obligatoires (identité du prêteur, nature et objet du prêt...). Il en est de même du document publicitaire et de tout document d'information remis à un futur emprunteur. Doivent notamment apparaître le délai de réflexion de 10 jours et le fait que la vente est subordonnée à l'obtention du prêt.

Est interdite toute publicité assimilant les mensualités de remboursement à des loyers ou faisant référence à des prestations sociales qui ne sont pas assurées pendant toute la durée du contrat.

L'annonceur pour le compte de qui est diffusée une publicité non conforme sera puni d'une amende de 30 000 € (art. L. 312-32, C. consomm.).

b. L'offre préalable

L'offre préalable doit être écrite et comporter certaines mentions, dont un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts sauf pour les offres à taux variables et les sûretés. L'omission des mentions est punie d'une amende de 3 750 € et de la déchéance du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge (art. L. 312-33, C. consomm. ; Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2010, n° 09-67930).

L'offre doit être envoyée à l'emprunteur par voie postale. Les sanctions du non-respect de cette règle sont identiques à celles prévues en cas d'omission des mentions obligatoires dans l'offre (Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2009, n° 05-13126).

Elle doit être maintenue pendant un délai de 30 jours à compter de sa réception par l'emprunteur.

Le prêteur ne peut plus (depuis la loi du 1^{er} juillet 2010) imposer l'adhésion de l'emprunteur à une assurance de groupe.

c. Le délai de réflexion minimum de 10 jours

L'offre doit être maintenue pendant 30 jours afin de permettre à l'emprunteur un délai de réflexion. L'acceptation de l'offre ne peut être adressée avant l'expiration de 10 jours minimum (art. L. 312-10, C. consomm.). La méconnaissance du délai de 10 jours est sanctionnée par la nullité de l'engagement (non par l'échéance du droit aux intérêts) (Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2010, n° 09-14336).

2. L'interdépendance des contrats

L'interdépendance existe entre le contrat principal et le contrat de crédit. Le contrat principal doit indiquer si le prix sera payé, directement ou indirectement, même en partie, avec ou sans l'aide d'un ou plusieurs prêts.

a. Le prêt est subordonné au contrat principal

Si le contrat principal n'est pas conclu dans un délai après l'acceptation de l'offre par l'emprunteur, le contrat de prêt est résolu. L'offre de prêt est donc acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion du contrat principal dans un délai de 4 mois. Les parties peuvent convenir d'un délai plus long que celui de 4 mois (art. L. 312-12, C. consom.).

Lorsqu'il est déclaré dans l'acte constatant le prêt que celui-ci est destiné à financer une opération immobilière, le tribunal peut, en cas de contestation ou en cas d'accident affectant l'exécution des contrats et jusqu'à solution du litige, suspendre le contrat de prêt sans préjudice du droit éventuel du prêteur à une indemnité.

b. Le contrat principal est subordonné au prêt

Le contrat indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement à l'aide d'un prêt, cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui assument le financement. La validité de cette condition suspensive ne peut être inférieure à un mois à compter de la signature de l'acte (art. L. 312-16, C. consom.).

Notons enfin que, lorsque la condition suspensive n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de celle-ci est immédiatement et intégralement remboursable sans retenues ni indemnité à quel que titre que ce soit. Elle est productive d'intérêts au taux légal majoré de moitié, à compter du 15^e jour suivant la demande de remboursement (art. L. 312-16, al. 2, C. consom.).

c. Le lien entre les différents contrats de crédit

La réalisation d'une opération immobilière peut nécessiter l'octroi de plusieurs prêts et c'est souvent le cas. Dans une telle situation, chaque prêt est conclu sous la condition suspensive d'octroi de chacun des autres prêts dont le montant est supérieur à 10 % du crédit total (art. L. 312-13, C. consom.).

3. En cours de l'exécution du contrat

Une fois le crédit accordé, l'emprunteur doit alors le rembourser selon les modalités prévues par le contrat sauf défaillance, auquel cas il bénéficie d'autres protections.

a. Le remboursement

Il est réalisé le plus souvent par prélèvement bancaire. Il peut être procédé à un remboursement par chèque aux échéances convenues. Mais, il arrive que l'emprunteur désire rembourser par anticipation, auquel cas le prêteur ne peut l'empêcher.

L'emprunteur peut toujours, à son initiative, **rembourser par anticipation**, en partie ou en totalité le prêt (art. L. 312-21, C. consom.). Si le contrat comporte une indemnité pour remboursement anticipé, celle-ci est plafonnée à un maximum de 3 % du capital restant dû avant le remboursement (art. R. 312-2, C. consom.). Le contrat peut interdire les remboursements égaux ou inférieurs à 10 % du montant initial du prêt sauf s'il s'agit de son solde.

b. En cas de défaillance de l'emprunteur

En cas de défaillance, les pénalités sont limitées (art. L. 312-22, C. consom.). Le prêteur peut réclamer, en plus du capital restant dû et des intérêts échus non versés, une pénalité qui ne peut dépasser 7 % de ces sommes (art. R. 312-3, al. 3, C. consom.).

CHAPITRE 5. LE CONTRAT D'ASSURANCE

Comme tous les contrats, le contrat d'assurance est soumis aux conditions générales de validité des contrats (consentement, capacité, cause, objet). C'est un contrat **nommé, consensuel, synallagmatique, à titre onéreux, à exécution successive et surtout aléatoire et d'adhésion**.

- Le contrat d'assurance est un **contrat aléatoire**.
Seul un risque aléatoire peut faire l'objet d'une assurance. L'exécution de la prestation de l'assureur dépend d'un événement incertain : la réalisation du risque assuré (art. 1964, C. civ.). Pour ce qui est du contrat d'assurance, l'aléa réside dans le fait que si le risque (appelé sinistre) se réalise, l'assureur subira une perte ; dans le cas contraire, l'opération d'assurance lui procurera un gain. Dans ce cas, le caractère aléatoire²⁴ du risque assuré fonde la validité du contrat d'assurance : il en résulte que, si le risque est déjà réalisé au moment de la formation du contrat, celui-ci est nul.
- Le contrat d'assurance est un **contrat d'adhésion**.
Le contrat d'assurance est élaboré, rédigé, imprimé par l'assureur. L'assuré n'a dans la plupart des cas qu'à « adhérer » à ce contrat dont il n'a pas discuté les conditions générales. Il doit compléter la formule préétablie par son identité et des informations relatives à l'objet du contrat. Il faut cependant relativiser ceci dans le cas de l'assurance des gros risques industriels pour lesquels les modalités sont négociées entre les parties.

Les catégories d'assurance

On distingue deux grandes catégories d'assurance :

- **Les assurances de dommage** (section 1) : ce sont les assurances qui obligent l'assureur à indemniser l'assuré des conséquences d'un sinistre sur son patrimoine. On trouve dans cette catégorie :
 - Les **assurances de biens** : ce sont des assurances de dommage qui résultent de la destruction, de la dégradation ou de la disparition d'un bien de l'assuré (incendie, vol, dégât des eaux, catastrophe naturelle...). Par extension, on place dans les assurances de biens celles qui garantissent les conséquences pécuniaires de cette perte (perte d'exploitation, assurance crédit, etc.).
 - Les **assurances de responsabilité** : ces assurances ont pour objet l'indemnisation d'un dommage subi par l'assuré. Mais, ce dommage résulte de son obligation d'avoir à réparer les préjudices qu'il a pu causer à des tiers. Ce type d'assurance met en présence trois protagonistes : l'assureur de responsabilité, son assuré (le responsable du dommage) et un tiers au contrat d'assurance (la victime du dommage). Pour les entreprises, on distingue :
 - **l'assurance de responsabilité exploitation** : assure les dommages causés à des tiers du fait de l'exploitation ;
 - **l'assurance de responsabilité civile produit** : assure les dommages pouvant être causés aux clients et aux produits par les travaux effectués ;
 - **l'assurance de responsabilité civile professionnelle** : ce type d'assurance est employé le plus souvent pour couvrir l'ensemble.
- **Les assurances de personnes** (section 2) : ce sont des assurances qui couvrent les risques inhérents à la vie humaine : assurances contre les accidents corporels, assurance invalidité, assurance-vie, etc.

REMARQUE

Des contrats d'assurance, dits « **homme clé** », peuvent être souscrits pour prémunir l'entreprise contre le risque de la perte de recettes d'exploitation liées à la disparition ou l'incapacité du chef d'entreprise ou de toute personne jouant un rôle déterminant dans l'entreprise. C'est une forme intermédiaire entre les assurances de dommages de et personnes.

24. L'aléa se rencontre dans la seule relation assureur-assuré. L'opération d'assurance, quant à elle, n'est nullement aléatoire car par le jeu de la mutualisation des risques et les calculs de probabilité, l'opération est généralement lucrative.

SECTION 1. LES ASSURANCES DE DOMMAGE

I. L'ASPECT JURIDIQUE

A. LA FONCTION INDEMNITAIRE DE L'ASSURANCE DE DOMMAGE ET LA LIMITATION DES RISQUES DE L'ASSUREUR ET DE L'ASSURÉ

1. La fonction indemnitaire de l'assurance de dommage

« L'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité ; l'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre. »

Art. L. 121-1, C. assur.

Ceci impose donc l'évaluation du bien en question et la fixation de l'indemnité. L'évaluation du dommage²⁵ est opérée au jour du règlement amiable ou judiciaire.

2. La limitation des risques de l'assureur et de l'assuré

a. La limitation par l'assuré de la valeur déclarée

L'assuré n'est jamais tenu de déclarer la totalité de la valeur du bien à assurer.

« S'il résulte des estimations que la valeur de la chose assurée excède au jour du sinistre la somme garantie, l'assuré est considéré comme restant son propre assureur pour l'excédent, et supporte, en conséquence, une part proportionnelle du dommage, sauf convention contraire. »

Art. L. 121-5, C. assur.

Il y a dans ce cas **sous-assurance** et l'indemnité due par l'assureur est réduite proportionnellement au rapport entre la valeur déclarée des capitaux assurés et leur valeur réelle assurable, selon la formule suivante :

$$\text{Indemnité} = \text{Dommage} \times \text{Valeur déclarée} / \text{Valeur assurable}$$

EXEMPLE

Un assuré perd dans un incendie un mobilier dont la valeur au jour du sinistre est estimée à 10 000 €. Il avait assuré ce mobilier pour 5 000 € lors de la souscription du contrat. Il va donc recevoir une indemnité égale à : $10\,000 \times 5\,000 / 10\,000$, soit 5 000 €.

Si le sinistre est partiel, les meubles ont été incendiés pour une valeur de 6 000 €, l'indemnité est égale à : $(6\,000 \times 5\,000 / 10\,000)$, soit 3 000 €.

À noter qu'il y a des règles qui permettent de procéder à des indemnisations plus importantes en écartant la proportionnalité.

b. La limitation de sa couverture par l'assureur

Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police. Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré (art. L. 113-1, C. assur.). Par ailleurs, les garanties sont limitées par les mécanismes de plafond et de franchise.

25. L'évaluation d'un profit espéré ou d'un manque à gagner est très difficile en pratique. On fait appel alors à des calculs et statistiques en se basant sur les contrats (le bail pour la perte des loyers par exemple), les comptes annuels (bilan, compte de résultat pour les pertes d'exploitation, etc.).

▣▣▣ Les plafonds de garantie

Plusieurs techniques permettent à l'assureur de limiter son engagement. Ce sont, par exemple, les **limitations de garantie à la valeur de la chose assurée** et l'adoption de techniques de **globalisation pour les sinistres en séries** (ex. : assurance en matière de produits défectueux)²⁶.

▣▣▣ Les franchises

« Il peut être stipulé que l'assuré reste obligatoirement son propre assureur pour une somme, ou une quotité déterminée, ou qu'il supporte une déduction fixée d'avance sur l'indemnité du sinistre. »

Art. L. 121-1, C. assur.

Ce texte vise les clauses de découvert et de franchise :

- La **clause de découvert** oblige l'assuré à conserver à sa charge personnelle une part du dommage fixée soit par une fraction du sinistre, soit par une somme déterminée. Elle permet à l'assuré d'être vigilant et le pousse à la non-réalisation du risque. Elle lui permet de payer une prime moins élevée.
- La **franchise** : ce type de clause constitue une fin de non-recevoir des sinistres d'un montant inférieur à une somme fixée ou une fraction déterminée du dommage (2 à 5 %) par le contrat. Ceci permet à l'assureur de ne plus couvrir les petits sinistres car leur coût de gestion est parfois élevé. Mais, pour éviter d'exagérer les dommages, il existe une autre forme de franchise appelée « *franchise absolue* » qui consiste à la déduire de l'indemnité quelle que soit l'importance du sinistre.

La différence avec le découvert est que la franchise n'est pas obligatoire.

B. LES OBLIGATIONS DES PARTIES ET LES MODALITÉS D'EXÉCUTION DU CONTRAT

1. Les obligations de l'assuré (art. L. 113-2, C. assur.)

Dès le processus d'élaboration du contrat, l'assuré est obligé de déclarer les risques, objet du contrat. Il doit en outre payer la prime et signaler le sinistre.

a. La déclaration du risque

▣▣▣ Les déclarations

- La **déclaration du risque initial** :
L'assuré est obligé de répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge, lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend à sa charge.
L'objet de la déclaration est limité aux seules questions posées par le questionnaire limitatif. Elle permet à l'assureur de demander une prime supplémentaire, de limiter sa garantie ou même de la refuser en raison de la probabilité de la survenance du sinistre et de son coût.
Le questionnaire porte sur les circonstances connues de l'assuré. Si une circonstance lui est inconnue, l'assuré ne commet aucune faute et il est valablement garanti même si cette circonstance est de nature à changer totalement l'opinion de l'assureur sur le risque.
- La **déclaration du risque en cours du contrat** :
– D'abord, l'**aggravation des risques** :
Au cours de l'exécution du contrat, les circonstances qui ont présidé à sa conclusion peuvent changer. L'assuré est tenu de déclarer, en cours de contrat, les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et rendent de ce fait inexacts ou caduques les réponses faites à l'assureur dans le questionnaire initial (art. L. 113-2, C. com.).

26. Dans le cas de produits défectueux, lorsque des sinistres successifs engendrent des dommages successifs à une même cause, ils sont considérés comme un sinistre unique. La limite de garantie s'applique à ce sinistre global et non à chacun des sinistres successifs.

L'assuré doit, par lettre recommandée, déclarer ces circonstances à l'assureur dans un délai de 15 jours à partir du moment où il en a eu connaissance. Lorsqu'elle est prévue par une clause contractuelle, la déchéance pour déclaration tardive ne peut être opposée à l'assuré que si l'assureur établit que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice. La déchéance ne peut être opposée dans tous les cas où le retard est dû au cas fortuit ou de force majeure.

« En cas d'aggravation du risque en cours de contrat, telle que, si les circonstances nouvelles avaient été déclarées lors de la conclusion ou du renouvellement du contrat, ... l'assureur a la faculté soit de dénoncer le contrat, soit de proposer un nouveau montant de prime.

Dans le premier cas, la résiliation ne peut prendre effet que dix jours après notification et l'assureur doit alors rembourser à l'assuré la portion de prime ou de cotisation afférente à la période pendant laquelle le risque n'a pas couru. Dans le second cas, si l'assuré ne donne pas suite à la proposition de l'assureur ou s'il refuse expressément le nouveau montant, dans le délai de trente jours à compter de la proposition, l'assureur peut résilier le contrat au terme de ce délai, à condition d'avoir informé l'assuré de cette faculté, en la faisant figurer en caractères apparents dans la lettre de proposition.

Toutefois, l'assureur ne peut plus se prévaloir de l'aggravation des risques quand, après en avoir été informé de quelque manière que ce soit, il a manifesté son consentement au maintien de l'assurance, spécialement en continuant à recevoir les primes ou en payant, après un sinistre, une indemnité. [...] »

Art. L. 113-4, C. assur.

– Ensuite, la **diminution des risques** :

Inversement, la situation du risque peut évoluer en raison de sa diminution. L'assuré peut alors déclarer la diminution de son risque et il a droit à la réduction correspondante du montant de sa prime. Si l'assureur n'y consent pas, l'assuré peut dénoncer le contrat. La résiliation prend alors effet 30 jours après la dénonciation. L'assureur doit alors rembourser à l'assuré la portion de prime ou cotisation afférente à la période pendant laquelle le risque n'a pas couru.

➔ **Les sanctions en cas de réticence ou de fausses déclarations**

En cas de **réticence** ou de **fausses déclarations intentionnelles**²⁷ de la part de l'assuré, le texte prévoit l'annulation rétroactive (art. L. 113-8, C. assur.). Il en résulte deux conséquences :

- d'une part, l'assuré n'est pas indemnisé de son sinistre ;
- d'autre part, il doit rembourser à l'assureur les indemnités qu'il a pu recevoir à l'occasion de précédents sinistres couverts par le même contrat.

Les primes payées demeurent alors acquises à l'assureur, qui a droit au paiement de toutes les primes échues à titre de dommages-intérêts.

b. Le paiement de la prime

Le souscripteur du contrat d'assurance doit payer la prime ou cotisation aux époques convenues. Celui-ci peut ne pas être l'assuré. Le paiement doit être effectué au domicile de l'assureur ou du mandataire désigné.

Lorsque le débiteur ne paie pas sa prime, l'assureur peut toujours le poursuivre en paiement. Mais, il doit respecter la procédure prévue (art. L. 113-3, C. assur.) :

- Une **mise en demeure préalable** par lettre recommandée (elle ne peut avoir lieu qu'après l'expiration d'un délai de 10 jours au moins depuis l'échéance). L'assureur doit prouver l'envoi de cette lettre et non sa réception par l'assuré.
- Il doit en outre prouver le contenu de la lettre. Pour ce faire, il procède par l'envoi de feuillets imprimés sans enveloppe.

27. Il faut que la fausse déclaration de l'assuré ait été faite de Mauvaise foimauvaise foi dans l'intention de tromper l'assureur sur la nature du risque (Cass. civ. 2^e, 10 déc. 2009, n° 09-10053).

- La **lettre recommandée fait courir un délai de 30 jours pendant lequel la garantie ne peut être suspendue**. Elle fait courir également des intérêts moratoires au taux légal.
- **À l'expiration du délai de 30 jours, la suspension prend automatiquement effet**.
- En cas de paiement, le contrat reprendra pour l'avenir ses effets à midi le lendemain du jour où ont été payés à l'assureur ou au mandataire désigné.
- L'assureur peut enfin demander la résiliation du contrat 10 jours après l'expiration du délai de 30 jours précédemment invoqué.

c. La déclaration du sinistre

La déclaration du sinistre est l'obligation légale la plus importante de l'assuré.

« De donner avis à l'assureur, dès qu'il a eu connaissance et au plus tard dans le délai fixé par le contrat, de tout sinistre de nature à entraîner la garantie de l'assureur. Ce délai ne peut être inférieur à 5 jours ouvrés. »

Art. L. 113-2, C. assur.

Le délai part le lendemain à 0 heure de la connaissance du sinistre et se termine à minuit au terme des 5 jours.

Ce délai minimal de 5 jours est ramené à 2 jours ouvrés en cas de vol. Les délais peuvent être prolongés d'un commun accord entre les parties contractantes.

En cas de retard de déclaration, l'assuré peut être déchu de ses droits. Cependant, la déchéance pour déclaration tardive ne peut être opposée à l'assuré que si l'assureur établit que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice. La déchéance ne peut être opposée dans tous les cas où le retard est dû au cas fortuit ou de force majeure.

2. L'obligation principale de l'assureur : le règlement du sinistre

Afin de déterminer les causes et les circonstances d'un sinistre et de chiffrer le montant des dommages, une expertise est diligentée. Elle est facultative.

a. L'expertise

Le texte impose de préciser, dans la police, la procédure et les principes relatifs à l'estimation des dommages.

Elle peut être soit amiable, c'est-à-dire négociée entre les parties, soit judiciaire. **L'expertise amiable** peut être faite à l'initiative de l'assureur qui désigne un expert. L'assuré est libre d'accepter ou de le refuser. Mais, habituellement le contrat d'assurance prévoit une expertise contradictoire qui s'impose alors aux parties. Celles-ci peuvent également la contester et recourir à une **expertise judiciaire**.

b. Le règlement du sinistre

De la conclusion du contrat jusqu'à la survenance du sinistre, l'obligation de l'assureur est conditionnelle.

Elle devient certaine par la réalisation du dommage. Le créancier du règlement est le plus souvent **l'assuré souscripteur** du contrat, mais peut être **un tiers** en cas de stipulation pour autrui.

Pour les assurances dommages, le montant de la prestation de l'assurance est soumis à une double limitation, indemnitaire et contractuelle :

- **indemnitaire** : elle suppose une estimation correcte du préjudice subi ;
- **contractuelles** : elles sont diverses, en fonction de la somme assurée, des plafonds garantis, des franchises, etc.

L'assuré peut obtenir le paiement d'une provision à faire valoir sur la prestation dès lors que l'existence de l'indemnisation n'est pas sérieusement contestable.

En outre, et en cas de retard de paiement, il peut obtenir des intérêts de retard au taux légal sans clause contractuelle autre.

Enfin, pour limiter certains abus et en ce qui concerne les assurances contre l'incendie :

« Si dans les trois mois à compter de la remise de l'état des pertes, l'expertise n'est pas terminée, l'assuré a le droit de faire courir les intérêts par sommation ; si elle n'est pas terminée dans les six mois, chacune peut procéder judiciairement. »

Art. L. 122-2, C. assur.

II. LA FISCALITÉ

A. LA DÉDUCTIBILITÉ DES PRIMES

Les primes d'assurance de dommage font partie des charges déductibles. Elles ont pour objet de garantir l'entreprise contre la perte des éléments d'actifs, les risques encourus du fait de sa responsabilité ou des pertes d'exploitation dus à certains événements (grève, insolvabilité des principaux clients, etc.).

L'exercice de déduction est en principe celui au cours duquel elles ont couru. Les entreprises individuelles qui tiennent une comptabilité super simplifiée sont autorisées à déduire les primes lors de leur paiement.

L'administration admet la déduction à leur date d'échéance des primes afférentes aux contrats pour perte de bénéfices après incendie et aux contrats pour risque de grève ou d'émeutes (D. adm. 4 C-4321, n° 13).

B. LA TAXATION DE L'INDEMNITÉ D'ASSURANCE

- En cas de **disparition de stocks** (sinistre, vol, etc.) : les indemnités d'assurance compensant cette disparition sont imposables dans les conditions de droit commun.
- Le cas où le **sinistre touche l'actif immobilisé** : on applique le régime des plus-values :
 - **plus-value à court terme**²⁸ : il est possible de répartir, en principe par parts égales, à partir de l'exercice suivant celui de leur réalisation, sur autant d'exercices que le nombre d'annuités d'amortissement pratiquées sur le bien détruit sans que l'étalement puisse excéder 15 ans ;
 - **plus-value à long terme** : la taxation des plus-values à long terme réalisées à la suite de l'indemnisation d'un sinistre est différée de 2 ans, sauf en cas de cessation d'activité (ce n'est qu'un **report de paiement de l'impôt**).

SECTION 2. LES ASSURANCES DE PERSONNES : **EXEMPLE DE L'ASSURANCE-VIE**

L'assurance-vie est un contrat en vertu duquel l'assureur s'engage à l'égard du souscripteur, moyennant le paiement d'une prime ou cotisation, à verser au bénéficiaire une somme d'argent sous certaines éventualités qui dépendent de la vie (risque de survie) ou de la mort de l'assuré ou d'un tiers (risque de décès).

À côté de l'assureur, trois personnes peuvent être concernées par les contrats d'assurance-vie :

- Le **souscripteur** : la personne physique ou morale, la partie qui s'engage envers l'assureur et qui paie les cotisations.
- L'**assuré** : la personne sur la tête de laquelle pèse le risque. C'est le décès ou la survie de l'assuré qui sert de référence.
- Le **bénéficiaire** : la personne physique ou morale qui est appelée à recueillir le bénéfice du contrat.

28. Dans les entreprises soumises à l'IS, le montant total de la plus-value réalisée à la suite d'un sinistre est traité comme une plus-value à court terme et ne peut bénéficier du dispositif d'étalement après imputation éventuelle des moins-values ordinaires de l'exercice.

I. L'ASPECT JURIDIQUE

A. LES RISQUES DANS LE CADRE DE L'ASSURANCE-VIE

1. Les risques garantis

L'assurance sur la vie dépend de la durée de la vie.

a. Les assurances en cas de vie

Dans ce type d'assurance, le bénéficiaire entend profiter d'une prestation liée à la retraite. Cette prestation peut prendre plusieurs formes :

- Le **paiement d'un capital déterminé** : si l'assuré est encore en vie à l'échéance du contrat qui peut être soit une date fixée, un âge ou une durée.
- Une **rente en cas de vie** : c'est généralement le versement d'une rente au cours de la retraite de l'assuré en contrepartie de primes payées aussi longtemps qu'il est en activité.
- La possibilité de **rembourser aux héritiers les primes versées** : si l'assuré décède avant l'échéance du contrat. Ce système permet d'éviter la perte des primes en cas de décès avant cette échéance. C'est ce qu'on appelle la **contre-assurance**.

b. Les assurances en cas de décès

Le risque garanti est le décès. On trouve dans ce type d'assurance les formules habituelles d'assurance-décès :

- L'**assurance en cas de décès « vie entière »** : elle garantit, lors du décès de l'assuré, le paiement au bénéficiaire d'un capital fixé au contrat.
- L'**assurance temporaire-décès** : c'est une assurance qui ne garantit le paiement du capital que si le décès survient avant une date déterminée.
- L'**assurance de survie** : l'assureur ne s'engage à verser le capital déterminé au bénéficiaire désigné que si celui-ci survit à l'assuré.

À noter qu'il existe des assurances vie mixtes qui juxtaposent différentes formules d'assurance avec la stipulation qu'une seule doit produire effet. Son intérêt est de permettre au bénéficiaire de toujours recevoir le paiement d'un capital ou d'une rente, que l'assuré décède avant l'échéance du contrat ou qu'il soit encore en vie à cette échéance.

2. La souscription du contrat

L'assurance sur la vie est composée de deux catégories appelées « *branches* » :

- les contrats individuels ;
- les assurances de groupe.

a. La souscription de contrats individuels

Pour les contrats d'assurance-vie, la loi impose un certain nombre de règles.

▀ L'information du souscripteur et la faculté de renonciation

Dès la phase précontractuelle, l'assureur doit remettre au souscripteur, contre récépissé, un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information. Ce document décrit précisément les dispositions essentielles du contrat (garanties assorties des exclusions, obligations de l'assuré) et les conditions d'exercice de la faculté de renonciation (art. L. 132-5-1, A ; 132-4, C. assur.).

▀ Le consentement de l'assuré à la conclusion du contrat

L'assuré doit donner son consentement par écrit avec indication du capital ou de la rente initialement garantie, et ceci à peine de nullité du contrat (art. L. 132-2, C. assur.).

➡ *L'appréciation des risques et la sélection par l'assureur*

Un questionnaire médical doit être remis par l'assureur à l'assuré et celui-ci doit y répondre. Les déclarations de mauvaise foi emportent la nullité du contrat.

b. La souscription des assurances de groupe

➡ *La définition du contrat d'assurance de groupe*

Le contrat d'assurance de groupe est un contrat souscrit par une personne morale ou un chef d'entreprise en vue de l'adhésion d'un ensemble de personnes répondant à des conditions définies au contrat pour la couverture des risques dépendant de la durée de vie humaine, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque de chômage. Les adhérents doivent avoir un lien de même nature avec le souscripteur (art. L. 141-1, C. assur.).

➡ *L'information des adhérents-assurés*

Le souscripteur est tenu de remettre à l'adhérent une notice établie par l'assureur qui définit les garanties et leurs modalités d'entrée en vigueur. La preuve de la remise de la notice à l'adhérent et de l'information relative aux modifications contractuelles incombe au souscripteur.

B. LES DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

1. Les droits et obligations de l'assuré

a. Le paiement de la prime

Dans la prime d'assurance, existent en réalité une prime d'assurance sur la vie et une prime d'épargne.

L'assureur n'a pas d'action pour exiger le paiement des primes (art. L. 132-20, C. assur.). Mais, lorsqu'une prime n'est pas payée dans les 10 jours de son échéance, l'assureur adresse au cocontractant une lettre recommandée par laquelle il l'informe qu'à l'expiration du délai de 40 jours à dater de l'envoi de cette lettre, le défaut de paiement entraîne soit la résiliation du contrat en cas d'inexistence ou d'insuffisance de la valeur de rachat, soit la réduction du contrat.

Concernant les assurances de groupe, le souscripteur peut exclure de son bénéfice tout adhérent ayant cessé de payer la prime. L'exclusion intervient également au terme d'un délai de 40 jours à compter de l'envoi par le souscripteur d'une lettre recommandée de mise en demeure.

b. Les droits de l'assuré sur la provision mathématique

La provision mathématique est constituée par les sommes que l'assureur doit mettre en réserve pour faire face à ses engagements à long terme envers l'assuré (art. R. 331-3, 1°, C. assur. : la provision mathématique est la différence entre les valeurs actuelles des engagements respectivement pris par l'assureur et par les assurés).

Comme indiqué ci-dessus, la prime d'assurance vie est composée de deux éléments : d'une part, une prime de risque qui correspond à l'opération d'assurance proprement dite et d'autre part une prime d'épargne. Cette prime d'épargne constitue la source principale des provisions mathématiques que doivent constituer les entreprises d'assurance.

Les provisions mathématiques sont alimentées soit par le nivellement des primes soit par une épargne accumulée et capitalisée. Elles font partie du patrimoine de l'assureur. Elles figurent au passif de son bilan et sont représentées par des placements réglementés. Les souscripteurs sont titulaires d'un droit de créance sur celles-ci.

L'assuré peut faire valoir son droit de créance sur la provision mathématique du contrat d'assurance vie par quatre modalités, la réduction du contrat, le rachat, l'avance sur police et la mise en gage.

■ La réduction du contrat

La réduction du contrat consiste à diminuer le capital (ou la rente) qu'aurait obtenu(e) le bénéficiaire s'il avait payé une prime unique du montant de son contrat.

Elle est la conséquence du défaut du paiement des primes. Aux termes de l'article L. 132-20 du Code des assurances :

« Lorsqu'une prime ou fraction de prime n'est pas payée dans les dix jours de son échéance, l'assureur adresse au contractant une lettre recommandée par laquelle il l'informe qu'à l'expiration d'un délai de quarante jours à dater de l'envoi de cette lettre le défaut de paiement, à l'assureur ou au mandataire désigné par lui, de la prime ou fraction de prime échue ainsi que des primes éventuellement venues à échéance au cours dudit délai, entraîne soit la résiliation du contrat en cas d'inexistence ou d'insuffisance de la valeur de rachat, soit la réduction du contrat. »

Les modalités de calcul de la valeur de la réduction sont déminées par un règlement général mentionné dans la police et établi par l'entreprise d'assurance.

■ Le rachat

Le rachat est l'opération par laquelle, à la demande de l'assuré-souscripteur, l'assureur rachète la dette conditionnelle ou à terme qu'il a contractée au titre d'un contrat d'assurance sur la vie, par un remboursement qui met fin au contrat. Le rachat ne peut s'exercer que si le contrat comporte une provision mathématique. L'entreprise d'assurance, à la demande du contractant, doit verser à celui-ci la valeur de transfert du contrat dans un délai qui ne peut excéder 2 mois. Au-delà de ce délai, les sommes non versées produisent de plein droit intérêt au taux légal majoré de moitié durant 2 mois, puis à l'expiration de ce dernier délai au double du taux légal (art. L. 132-21, C. assur.).

Le souscripteur a la faculté de rachat malgré l'acceptation du bénéficiaire (Cass. civ. 2^e, 24 nov. 2011, n° 10-23913).

■ L'avance sur police

C'est l'opération par laquelle l'assureur remet au souscripteur qui le demande une partie de la provision mathématique déjà constituée (art. L. 132-21 al. 2, C. assur.). Contrairement à l'opération de rachat, l'assureur n'est pas obligé d'accepter la demande. L'avance sur police présente l'avantage de ne pas arrêter l'opération d'épargne entreprise par le souscripteur.

■ Le nantissement de la police d'assurance

Le nantissement de la police d'assurance consiste, pour l'assuré-souscripteur, à donner son assurance-vie en garantie à un créancier. La police d'assurance peut être donnée en nantissement soit par avenant soit par acte soumis aux formalités des articles 2355 à 2366 du Code civil (relatifs au nantissement de meubles incorporels) (art. L. 132-10, C. assur.).

Quand l'acceptation du bénéficiaire est antérieure au nantissement, ce dernier est subordonné à l'accord du bénéficiaire. Quand l'acceptation du bénéficiaire est postérieure au nantissement, celle-ci est sans effet à l'égard des droits du créancier nanti. Sauf clause contraire, le créancier nanti peut provoquer le rachat nonobstant l'acceptation du bénéficiaire.

2. L'obligation d'information à la charge de l'assureur

Une obligation d'information est à la charge de l'assureur (art. L. 132-22, C. assur.).

« Pour les contrats dont la provision mathématique est égale ou supérieure à un montant fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie, l'entreprise d'assurance ou de capitalisation communique chaque année au contractant :

- le montant de la valeur de rachat ou, pour les contrats liés à la cessation d'activité professionnelle, de transfert ;

.../...

- .../...
- le cas échéant, le montant de la valeur de réduction de son contrat ;
 - le montant des capitaux garantis ;
 - la prime du contrat.

Pour ces mêmes contrats, elle communique également chaque année au contractant [...] :

- le rendement garanti et la participation aux bénéfices techniques et financiers de son contrat ;
- le taux moyen de rendement des actifs détenus en représentation des engagements au titre des contrats de même catégorie ;
- et, pour les contrats dont les garanties sont exprimées en unités de compte, les valeurs de ces unités de compte, leur évolution annuelle à compter de la souscription du contrat et les modifications significatives affectant chaque unité de compte.

Ces montants ne peuvent tenir compte de participations bénéficiaires qui ne seraient pas attribuées à titre définitif [...]

L'entreprise d'assurance ou de capitalisation indique en termes précis et clairs dans cette communication ce que signifient les opérations de rachat, de transfert et de réduction et quelles sont leurs conséquences légales et contractuelles [...]

Pour les contrats dont la provision mathématique est inférieure au montant défini au premier alinéa et pour les contrats ou bons de capitalisation au porteur, les informations définies au présent article sont communiquées pour une année donnée au contractant qui en fait la demande.

Le contrat fait référence à l'obligation d'information prévue aux alinéas précédents. »

II. LA FISCALITÉ

Les cotisations versées au titre de contrat d'assurance-vie ou de décès souscrits sur la tête des dirigeants sont prises en compte dans les charges déductibles.

A. LES CONTRATS D'ASSURANCE SOUSCRITS POUR GARANTIR UN EMPRUNT

Si un contrat d'assurance-décès est conclu pour garantir le remboursement d'un emprunt, deux situations doivent être distinguées :

- Lorsque la souscription du contrat est imposée par le prêteur en vertu d'une stipulation expresse du contrat de prêt, les primes sont déductibles du résultat au fur et à mesure des échéances.
- Si l'assurance est souscrite librement par l'entreprise, le montant total des primes ne peut être déduit, globalement, qu'au moment du décès de l'assuré, ou en cas de survie de ce dernier, lors de l'expiration du contrat. De plus, si l'entreprise décide d'étaler sur 5 ans la taxation du profit résultant du remboursement de l'emprunt par la compagnie d'assurance, elle doit échelonner sur la même durée, et par fractions égales, la déduction du montant global des primes (art. 38 quater, CGI).

B. LES CONTRATS D'ASSURANCE « HOMME-CLÉ »

Pour ce type de contrats, le Conseil d'État (CE, 29 juill. 1998, n° 108244) a admis la déduction immédiate des primes versées à ce titre sans distinguer selon les modalités d'indemnisation (capital forfaitaire ou indemnité calculée en fonction de la perte d'exploitation effective).

Ainsi, lorsqu'une entreprise a constitué auprès d'une compagnie d'assurance-vie, décès, invalidité ou incapacité sur la tête d'un dirigeant ou d'une personne (homme clé), l'indemnisation du préjudice économique qu'elle subit du fait de la réalisation du risque fait naître un profit imposable. Ce profit peut être réparti, par parts égales sur l'année de sa réalisation et sur les 4 années suivantes (art. 38 quater, CGI).

C. LES CONTRATS D'ASSURANCE N'AYANT PAS POUR OBJET LA COUVERTURE D'UN RISQUE

Ces contrats ont le caractère d'un placement financier lorsqu'ils prévoient le versement d'un capital à une date certaine. Les primes correspondantes ne sont déductibles que globalement lors du versement du capital par la compagnie d'assurance.

D. LES CONTRATS D'ASSURANCE POUR LE PERSONNEL

Dans le cadre des contrats d'assurance-vie ou décès et des contrats destinés à assurer une protection sociale supplémentaire, souscrits au profit du personnel et des dirigeants, les primes d'assurances versées à ces titres constituent des éléments de la rémunération des bénéficiaires et elles sont en principe déductibles.

➡ Pour vous entraîner, faites les exercices autocorrigés en fin de série.

Synthèse

Le droit des contrats constitue un des thèmes incontournables de l'épreuve de l'UE. D'une part, il est le pilier du droit privé et, d'autre part, il s'agit d'un thème qui est vraiment transversal au sein du programme de l'UE.

À titre préliminaire, au sein de la **responsabilité civile**, il faut distinguer la responsabilité contractuelle – résultant d'un contrat – de la responsabilité délictuelle – résultant d'un fait juridique. Les deux responsabilités ne sont pas cumulables et diffèrent dans leur régime juridique. Lorsqu'un contrat est annulé en raison de la violation d'une des conditions de validité du contrat, une partie peut toujours envisager de mettre en jeu la responsabilité délictuelle de l'autre partie.

Les **quasi-contrats** ne sont pas des contrats, mais résultent d'un fait juridique.

Les **pourparlers** et l'**offre** constituent des étapes précontractuelles. Si l'offre n'est pas suffisamment précise ni ferme, il ne s'agit que de pourparlers. La rupture abusive des pourparlers est sanctionnée sur le fondement de la responsabilité délictuelle. L'acceptation de l'offre précise et ferme fait naître le contrat.

Quant aux **avant-contrats**, ce sont des contrats, mais qui ne font que préparer d'autres contrats.

Parmi les quatre **conditions de formation du contrat** (consentement, capacité, objet et cause), l'examen porte souvent sur les vices du consentement (erreur spontanée, erreur provoquée : dol, violence).

Les **effets du contrat** sont étudiés sous trois aspects : force obligatoire entre les parties (irrévocabilité et intangibilité du contrat), effet relatif à l'égard des tiers (il existe cependant des mécanismes d'attraction des tiers à un contrat : représentation, stipulation pour autrui, promesse de porte-fort, etc. ; en outre, le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel, dès lors que ce manquement lui a causé un dommage), pouvoirs du juge de qualification et d'interprétation d'un contrat.

Le contrat peut être assorti de modalités particulières : **condition** et **terme**. La condition qui détermine l'existence du contrat peut être suspensive ou résolutoire. Le terme peut être suspensif ou extinctif. La distinction entre un contrat à durée déterminée et un contrat à durée indéterminée consiste en la faculté laissée aux parties de résilier le contrat.

Il faut distinguer la **sanction** du non-respect des conditions de formation du contrat - nullité (distinguer nullité absolue et nullité relative) - des sanctions de l'inexécution du contrat valablement formé – exécution en nature ou forcée (la solution la plus courante), résolution (en principe judiciaire), responsabilité contractuelle, exception d'inexécution.

●●●
 L'**action en responsabilité civile** est encadrée par des conditions de fond (faute contractuelle, dommage et lien de causalité) et de forme (mise en demeure préalable). La qualification d'obligation de résultat ou d'obligation de moyens joue un rôle important en vue d'apprécier le fait générateur de la responsabilité. Le dommage réparable doit être certain, prévisible, immédiat et découler directement de l'inexécution du contrat. Il est possible d'être exonéré de sa responsabilité contractuelle, ou de voir la réparation de celle-ci limitée. La loi prévoit trois cas d'exonération : force majeure, fait d'un tiers et fait du créancier. La responsabilité contractuelle peut être aménagée conventionnellement, soit par la technique des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité, soit par la clause pénale.

Le **contrat de vente** est très fréquent dans la vie de l'entreprise. La détermination ou la déterminabilité de la chose et du prix rend la vente parfaite, même si la chose n'a pas été livrée ni le prix payé. En principe, le transfert de propriété de la chose se produit au moment de l'échange des consentements des parties. Mais, conventionnellement, on peut retarder (le plus souvent) ou avancer le transfert de propriété. Le transfert de propriété est en général lié au transfert des risques, mais la dissociation des deux est possible. L'obligation du vendeur pose souvent des difficultés, notamment en matière de conformité (qui doit être distinguée de la garantie des vices cachés).

Le **contrat d'entreprise** n'est pas une vente même s'il porte sur une chose, car le prestataire est chargé de réaliser un travail spécifique. Une particularité de ce type de contrat réside dans le fait que l'accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel du contrat. Une autre particularité consiste dans la sous-traitance. L'agrément du maître de l'ouvrage du sous-traitant fait naître, au bénéfice de ce dernier, une action directe contre le premier.

Les **contrats de concession et de franchise** sont des contrats de distribution. Ils présentent des points communs, mais des différences subsistent. Les contrats de distribution peuvent poser des difficultés en matière de droit de la concurrence (entente, abus de dépendance économique).

Le **contrat de consommation** est régi non seulement par le droit commun des contrats mais aussi par un droit spécial : le Code de la consommation (d'ordre public). La protection du consommateur (et du non-professionnel) se fait en trois étapes : avant la conclusion du contrat (ex. : information précontractuelle), lors de la formation du contrat (ex. : clauses abusives) et pendant l'exécution du contrat (ex. : obligation de renseignement, de conseil, de sécurité du professionnel).

Les règles en matière de **crédit mobilier et de crédit immobilier** sont tantôt identiques tantôt différentes. Une loi sur l'endettement en 2010 a réformé le droit du crédit à la consommation (crédit mobilier : les opérations de crédit dont le montant total est inférieur à 75 000 €). Le régime applicable au crédit immobilier reste inchangé. La protection de l'emprunteur (consommateur ou non professionnel) est assurée à quatre niveaux : droit commun des contrats, obligations du banquier, droit commun du contrat de la consommation, droit spécial au crédit mobilier ou immobilier. Cette protection renforcée se fait en trois étapes : phrase précontractuelle, formation du contrat, exécution du contrat.

Le **contrat d'assurance** se distingue par son caractère aléatoire et d'adhésion. Les obligations de l'assuré tiennent à la déclaration du risque, au paiement de la prime et à la déclaration du sinistre. L'obligation principale de l'assureur est le règlement du sinistre. Les primes d'assurance de dommage sont déductibles. Les indemnités d'assurance sont imposables selon le droit commun (concernant les stocks) ou selon le régime des plus-values (en cas de sinistre affectant un actif immobilisé). L'assurance-vie est un exemple typique de stipulation pour autrui. Les cotisations versées au titre d'une assurance-vie souscrite sur la tête des dirigeants sont déductibles.

DROIT PÉNAL

Partie rédigée par Marie-Claude RIALLAND et Haiying WANG-FOUCHER

Le droit pénal est la branche du droit positif qui a pour objet la répression par l'État des comportements de nature à créer un trouble intolérable à l'ordre public. Le **droit pénal général** établit les principes généraux relatifs à la loi pénale, à la responsabilité pénale et à la peine (Titre 1). La **procédure pénale** regroupe l'ensemble des voies de droit qui permettent la recherche des faits et l'application de la règle de droit qui sanctionne la réalisation d'une infraction (Titre 2). Le **droit pénal spécial** traite plus particulièrement de la définition de chacune des infractions (Titre 3). Le droit pénal va en effet chercher à définir les différentes infractions possibles, déterminant ainsi précisément les pratiques illicites pour tel milieu particulier comme l'entreprise, ou la profession d'expert-comptable ou de commissaire aux comptes...

TITRE 1. LE DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

Au sein des grands principes régissant le droit pénal, nous distinguerons les trois questions fondamentales qui résument le droit pénal et qui se posent très concrètement :

- Quels faits sont punissables ? (Chapitre 1 : infractions)
- Quelles personnes peuvent être sanctionnées ? (Chapitre 2 : personnes responsables)
- Quelles sanctions sont applicables ? (Chapitre 3 : peines)

CHAPITRE 1. LES INFRACTIONS

Avant d'étudier les éléments constitutifs des infractions (section 2), il convient de voir d'abord leur classification (section 1).

SECTION 1. LA CLASSIFICATION DES INFRACTIONS

La loi répartit les infractions pénales en trois classes, suivant leur gravité : crimes, délits et contraventions (art. 111-1, C. pén.).

L'infraction est :

- une **contravention**, lorsque le fait est punissable d'une amende n'excédant pas 1 500 € (3 000 € en cas de récidive) – la contravention est du domaine du règlement ;
- un **délit**, lorsque la peine encourue est une amende supérieure ou égale à 3 750 € et/ou une peine d'emprisonnement (10 ans au plus) – le délit est du domaine de la loi ;
- un **crime**, lorsque la peine est la réclusion criminelle ou la détention criminelle (pour les crimes politiques) – les crimes sont du domaine de la loi.

Tableau du régime des infractions selon leur classification légale

Sources	Crimes définis par la loi	Délits définis par la loi	Contraventions définies par règlement
Compétence juridictionnelle	Cour d'assises	Tribunal correctionnel	Tribunal de police
Prescription de l'action publique	10 ans	3 ans	1 an
Prescription de la peine	20 ans	5 ans	3 ans
Casier judiciaire (pour personnes physiques et morales)	Inscription obligatoire	Inscription obligatoire	Inscription seulement des condamnations pour contraventions de 5 ^e classe, et autres contraventions si mesures d'interdiction, déchéance, incapacité
Tentative	Toujours punissable	Punissable dans les cas prévus par la loi	N'est pas prévue par la loi
Complicité	Toujours punissable	Toujours punissable	Punissable en cas de provocation ou d'instruction et dans les autres cas, si le règlement le prévoit
Instruction préparatoire	Toujours obligatoire	Facultative sur réquisition du procureur de la République	Facultative sur réquisition du procureur de la République
Charge de la preuve	Le ministère public doit apporter la preuve de l'élément matériel et moral	Le ministère public doit apporter la preuve de l'élément matériel et moral	La faute est présumée

REMARQUE**Autres classifications**

Les autres classifications des incriminations sont d'une bien moindre portée. Par exemple, on distingue parfois les **infractions de droit commun** (abus de confiance, escroquerie, faux...) et les **infractions spéciales** telles les infractions d'affaires.

SECTION 2. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

L'infraction comporte un élément légal (« *pas d'infraction sans texte* ») et un élément matériel déterminant les comportements répréhensibles. Le texte d'incrimination doit en outre préciser les personnes punissables. En principe, pour être punissables, ces personnes doivent être conscientes d'avoir commis une infraction, c'est l'élément moral ou intentionnel de l'infraction.

En conséquence, l'infraction est constituée par trois éléments : un élément légal (I), un élément matériel (II) et un élément moral (III). Ces trois éléments constitutifs de l'infraction sont cumulatifs, c'est-à-dire que l'infraction n'est constituée qu'à la condition qu'ils soient tous trois réunis.

EXEMPLES

L'abus de confiance (art. 314-1, C. pén.) est :

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

L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende. »

- L'**élément légal** de cette infraction est l'article 314-1 du Code pénal.
- L'**élément matériel** définit le comportement punissable : le fait pour toute personne de détourner, au préjudice d'autrui, un bien qui lui a été remis à titre précaire.
- L'**élément moral** est la conscience, et même l'intention de l'auteur, de commettre une fraude. L'abus de confiance est une infraction intentionnelle. Si la chose est remise avec retard, par négligence, l'infraction ne sera pas constituée par défaut de l'élément intentionnel.

I. L'ÉLÉMENT LÉGAL DE L'INFRACTION

A. LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ

L'élément légal de l'infraction exprime un principe politique fondamental : le principe de légalité. Ce principe a une signification simple : les règles de droit pénal sont exprimées par la loi. Ce principe, aujourd'hui formulé le plus souvent par l'expression selon laquelle « *il n'y a ni infraction, ni peine sans texte* », résulte d'une crainte de l'arbitraire du juge et de l'exécutif, mais aussi d'une faveur pour la loi, expression de la volonté générale. Concrètement, un juge ne peut créer une nouvelle incrimination ou prononcer une peine supérieure à celle qui est prévue par le texte. Cette garantie des droits individuels exclut l'arbitraire du pouvoir, quel qu'il soit.

Ce principe, absolu à son origine, subit aujourd'hui une limitation. La notion de légalité pénale a évolué. La Constitution distingue, depuis 1958, selon les incriminations, les crimes, les délits où une loi au sens strict, texte voté par le Parlement (art. 34 de la Constitution), est nécessaire, et les contraventions, qui sont du seul domaine réglementaire (art. 37 de la Constitution). Le principe de légalité subsiste cependant, un texte étant toujours nécessaire aux poursuites et condamnations pénales, ce texte devant définir en termes généraux et impersonnels l'agissement interdit et fixer le maximum de la sanction encourue. Subsistent aussi les deux corollaires de ce principe que sont la non-rétroactivité et l'interprétation stricte de la loi pénale.

B. LES SOURCES DU DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

Les infractions pénales commises dans le monde des affaires peuvent être des **infractions de droit commun définies par le Code pénal**, mais aussi des **infractions spécifiques ayant leur source dans des codes divers**.

Le **Code pénal** définit les principes généraux du droit pénal, les crimes et les délits. Ces infractions sont dites générales car elles peuvent être commises par toute personne. On distingue les atteintes aux personnes, les atteintes aux biens et les atteintes à la paix publique. Parmi les délits, on retient quatre grandes qualifications d'atteinte aux biens : vol, escroquerie, abus de confiance et recel des choses. Les qualifications d'atteintes à la paix publique sont le faux, la corruption, le trafic d'influence, la violation du secret professionnel. Ces infractions de droit commun sont souvent commises dans le cadre de la vie des affaires.

Le **Code de commerce** contient les textes définissant les infractions au droit des sociétés (l'abus de biens sociaux par exemple), au droit de la concurrence, au droit des professions réglementées (commissaire aux comptes par exemple) ou encore au droit de l'entreprise en difficulté (banqueroute par exemple).

D'autres infractions trouveront leur source dans le **Code monétaire et financier** (délit d'initié par exemple), le **Code de la consommation** (délit de publicité mensongère par exemple), le **Code général des impôts** (fraude fiscale par exemple) ou encore le **Code du travail** (délit d'entrave par exemple).

C. L'INTERPRÉTATION STRICTE DE LA LOI PÉNALE

Le principe de légalité emporte celui de l'interprétation stricte de la loi pénale, posé à l'article 111-4 du Code pénal : « *La loi pénale est d'interprétation stricte* », et à l'article 111-5 du Code pénal :

« Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels [...]. »

La combinaison de ces deux articles permet de mieux cerner l'interprétation du droit pénal par le juge :

- D'une part, le juge pénal bénéficie d'un réel **pouvoir d'interprétation**. Il exerce même le contrôle de légalité ou de conformité de la loi pénale. Une personne poursuivie devant une juridiction répressive peut en effet, au moyen d'une exception d'illégalité²⁹, invoquer l'illégalité du texte qui constitue le fondement de l'action publique. Le nom de cette exception résulte de l'histoire, et masque en fait sa double nature : soit contrôle de l'illégalité au sens strict si le texte objet de l'exception est réglementaire et qu'il ait invoqué sa contrariété à une loi ; soit contrôle de la non-conformité si le texte objet de l'exception est réglementaire ou légal, et qu'il ait invoqué sa contrariété à un traité international, telle la Convention européenne des droits de l'homme.
- D'autre part, le juge pénal chargé d'interpréter la loi **ne doit pas l'étendre à des situations autres que celles expressément visées par la loi pénale**. Cette interprétation restrictive prohibe l'interprétation par analogie, ou interprétation forcée du texte, qui étendrait l'infraction au-delà des cas prévus par le sens clair, logique et actuel de la loi.

D. L'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE DANS LE TEMPS ET DANS L'ESPACE

1. L'application dans le temps

L'application de la loi pénale dans le temps est soumise au principe de légalité.

« Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis.

Peuvent seules être appliquées les peines légalement applicables à la même date. [...] »

Art. 112-1, C. pén.

Si une loi venait punir un fait commis avant qu'elle ne fût en vigueur, cela reviendrait à punir un fait qui, lors de son accomplissement, n'était interdit par aucune loi. Il en serait de même si la loi nouvelle punissait un fait qui auparavant était punissable, mais en aggravant la sanction. Cette idée simple trouve sa traduction technique à travers deux principes : la non-rétroactivité des lois pénales de fond et l'application immédiate des lois pénales de forme ou de procédure.

a. Le principe de la non-rétroactivité des lois pénales de fond

Pour les « *lois pénales de fond* », c'est-à-dire les lois qui définissent l'infraction, lorsque la loi nouvelle est moins sévère, elle s'applique immédiatement au jour du jugement quelle que soit la date de commission des faits. Il s'agit du principe de rétroactivité in mitius, c'est-à-dire, la **rétroactivité de la loi pénale plus douce**.

EXEMPLES

CE, 16 févr. 2009, n° 274000 : les dispositions du Code général des impôts qui fixaient la sanction de l'infraction avaient été modifiées postérieurement à la date à laquelle l'infraction avait

29. L'exception d'illégalité est le moyen de défense invoqué par un prévenu, devant une juridiction répressive, tendant à démontrer que l'acte administratif sur lequel est fondée la poursuite n'est pas conforme à une norme qui lui est hiérarchiquement supérieure (Lexique des termes juridiques, Dalloz, 13^e édition, p. 249).

été commise. Les nouvelles dispositions prévoyaient des peines moins sévères que la loi ancienne et avaient fixé le montant de l'amende à 3 %, alors que le taux ancien était de 5 %. En outre, le montant de l'amende pouvait, sous l'empire de la loi nouvelle, être modulé en fonction des circonstances propres à chaque espèce sans qu'il atteigne nécessairement le plafond. Le Conseil d'État a décidé que le juge devait faire application d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date à laquelle l'infraction a été commise et celle à laquelle il statue.

Cependant, dans sa décision n° 2010-74 QPC du 3 décembre 2010, le conseil constitutionnel a décidé que le principe d'application immédiate de la loi pénale plus douce n'interdit pas au législateur de l'écarter (cas de la répression des reventes à perte).

Si la loi pénale nouvelle est plus sévère, elle ne sera applicable qu'aux faits commis postérieurement à sa publication. Il s'agit du principe de la **non-rétroactivité**.

EXEMPLES

« Le principe de la légalité des peines [...] fait obstacle à l'application immédiate d'une procédure qui a pour effet de faire encourir à une personne des peines [...] que son état mental ne lui faisait pas encourir sous l'empire de la loi ancienne applicable au moment où les faits ont été commis... »

Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-83492.

b. Le principe de l'application immédiate des lois de forme ou de procédure

Les lois pénales de forme réglementent soit la procédure pénale, soit l'exécution de la peine.

« Sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur :

- 1° Les lois de compétence et d'organisation judiciaire, tant qu'un jugement au fond n'a pas été rendu en première instance ;
- 2° Les lois fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure ;
- 3° Les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines ; toutefois, ces lois, lorsqu'elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur ;
- 4° Lorsque les prescriptions ne sont pas acquises, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines. »

Art. 112-2, C. pén.

L'application immédiate de la loi nouvelle est sans effet sur la validité des actes accomplis conformément à la loi ancienne.

L'application immédiate des lois de forme est classiquement justifiée par des considérations de bonne administration de la justice.

2. L'application dans l'espace

a. Les infractions commises sur le territoire français

Il est d'usage de poser en principe l'application territoriale de la loi pénale. De fait, la loi française est applicable pour une infraction commise sur le territoire de la République, quelle que soit la nationalité de ses auteurs. Le territoire de la République inclut les espaces maritime et aérien qui lui sont liés.

L'infraction doit seulement se localiser sur le territoire, ce qui est réalisé si l'« *un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* » (art. 113-2, al. 2, C. pén.).

EXEMPLE

Le fait d'escorter des jeunes femmes en provenance de Suisse de l'aéroport à l'hôtel de Nice, d'organiser leur séjour dans l'hôtel dans le seul but de les conduire quotidiennement à Monaco où elles se livraient à la prostitution est une infraction commise sur le territoire français (Cass. crim., 9 nov. 2011, n° 09-86381).

Par ailleurs, la loi française s'applique au **complice** sur le territoire français d'un crime ou délit commis à l'étranger, « *si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère* » (art. 113-5, C. pén.).

EXEMPLE

S'agissant de poursuites en France pour complicité de faits constitutifs d'une organisation frauduleuse de l'insolvabilité commis en Belgique et au Luxembourg, l'incompétence des juridictions françaises a été prononcée. En effet, d'une part, les faits de complicité réalisés en France d'un délit commis à l'étranger ne relèvent de la loi pénale française que si, notamment, l'infraction principale a été constatée par une décision définitive de la juridiction étrangère, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, et d'autre part, les juridictions françaises ne sont pas tenues de surseoir à statuer dans l'attente d'une telle décision (Cass. crim., 10 sept. 2008, n° 06-80687).

b. Les infractions commises hors du territoire de la République française

La loi française s'applique pour tout **crime** commis par un Français en dehors du territoire français. Il en est de même pour les **délits** à condition que les faits soient punis par le pays où les faits ont été commis (art. 113-6, C. pén.). Elle est applicable aussi pour tout crime ou tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou un étranger hors du territoire français, lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction (art. 113-7, C. pén.).

EXEMPLE

Une personne de nationalité française portait plainte et se constituait partie civile contre personne non dénommée, concernant les actes commis sur la personne de son mari au Cambodge, pour crimes contre l'humanité, assassinat, meurtre et actes de tortures et de barbarie. L'incompétence des juridictions françaises a été prononcée au motif que seule la qualité de français de la victime directe de l'infraction commise à l'étranger attribue compétence aux lois et juridictions françaises (Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 07-88330).

II. L'ÉLÉMENT MATÉRIEL DE L'INFRACTION

L'élément matériel de l'infraction est le **comportement prohibé**. Cet élément est donc différent selon chaque infraction.

A. L'INFRACTION CONSOMMÉE

L'infraction consommée est celle qui est réalisée.

On distingue l'infraction de commission de l'infraction d'omission :

- L'**infraction de commission** est une action, un acte positif. Par exemple, l'abus de confiance, l'abus de biens sociaux, l'escroquerie...
- L'**infraction d'omission** est une abstention, un acte négatif. L'auteur devient coupable d'une infraction lorsqu'il s'abstient d'une obligation légale. Par exemple, le fait de ne pas soumettre les comptes à l'AG annuelle, la non-révélation des faits délictueux au procureur de la République par le commissaire aux comptes, la non-assistance à personne en danger.

Par ailleurs, il faut différencier l'infraction instantanée de l'infraction continue. Cette distinction est importante pour déterminer le délai de prescription de l'action publique :

- **L'infraction instantanée** est l'acte immédiat dont la commission fait courir le délai de prescription. Par exemple, le délit de présentation de comptes infidèles est consommé dès lors que les comptes inexacts sont présentés aux associés.
- **L'infraction continue** se prolonge dans le temps. Par exemple, le recel de choses se prolonge tant que le bien provenant d'une infraction est entre les mains du receleur. L'infraction est consommée lorsque l'activité délictueuse prend fin. Le point de départ du délai de prescription de l'action publique est le jour où l'activité délictueuse a cessé.

B. L'INFRACTION TENTÉE

1. La définition de l'infraction tentée (de la tentative)

La tentative est définie comme la situation d'une personne qui n'a pas exécuté tous les éléments constitutifs de l'infraction parce qu'elle en a été empêchée par un événement extérieur.

2. Les éléments constitutifs de la tentative

Toutes les tentatives ne sont pas punissables, parce que le souci de protection des libertés individuelles justifie que l'on exige la présence de l'élément matériel pour punir, et non une simple intention criminelle, qui serait bien difficile à prouver.

Aussi, la tentative, **infraction inachevée**, est punissable, sous réserve que l'on puisse relever à l'encontre de son auteur un **commencement d'exécution** et une **interruption involontaire** (en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur) (art. 121-5, C. pén.).

3. Les sanctions de la tentative

Le droit français est très strict car la peine qu'il prévoit est identique pour l'infraction consommée et la tentative d'infraction (art. 121-4, C. pén.).

Cette sévérité n'est admise que pour les infractions les plus graves : la tentative n'est pas incriminée en matière de contravention, mais elle l'est toujours en matière de crime. Une tentative de délit n'est punissable que si le texte qui incrimine le délit le prévoit.

EXEMPLE

La tentative de vol est ainsi punissable (art. 311-13, C. pén.), mais pas la tentative d'abus de confiance (art. 314-1, C. pén.). Pour les infractions au droit des sociétés prévues par le Code de commerce, la tentative n'est pas punissable.

III. L'ÉLÉMENT MORAL DE L'INFRACTION

Un fait matériel commis par une personne ne suffit pas à constituer l'infraction. Il faut aussi relever chez son auteur un élément immatériel, subjectif, dit élément moral. Il faut que l'auteur de l'infraction ait eu la volonté d'enfreindre les prescriptions de la loi.

« Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure. »

Art. 121-3, C. pén.

En plaçant ce texte en tête des dispositions générales relatives à la responsabilité pénale, le législateur lui a conféré la valeur d'un principe fondamental : toute infraction est constituée d'un élément moral ou psychologique. Mais, ce texte prévoit cependant qu'il y a délit si la faute est non intentionnelle... La distinction doit être comprise en référence à la faute. Toute infraction suppose une faute. Exceptionnellement, une faute peut résulter d'une absence d'intention, si la loi le prévoit : on parle de faute d'imprudence, de négligence, de mise en danger délibérée.

La loi précise pour chaque infraction si l'intention est un élément constitutif.

- En matière de **crime**, le principe absolu est l'intention.
- En matière de **délit**, le principe est l'infraction intentionnelle, avec comme exception, si elle est prévue par les textes, l'infraction non intentionnelle caractérisée par l'imprudence, la négligence ou la mise en danger délibérée.
- En matière de **contravention**, le principe posé est l'absence d'intention. Ce qui ne veut pas dire que contravention est dépourvue d'élément moral...

A. LA FAUTE PÉNALE PUNISSABLE

La faute pénale est en principe intentionnelle (1), mais elle peut être non intentionnelle (2) dans certains cas.

1. La faute intentionnelle

Dans une infraction intentionnelle, l'élément moral est l'intention de commettre l'infraction. C'est faire de son plein gré ce que la loi pénale interdit. La faute intentionnelle peut être cependant un dol général ou un dol spécial.

a. Le dol général

Le dol général est la conscience de l'illicéité de l'acte projeté, et la volonté de l'accomplir. La personne passe volontairement outre l'interdit de la loi.

Le dol général suppose d'abord la conscience de l'élément légal. Le droit pénal présume la connaissance de la loi pénale : « Nemo censetur ignorare legem. » ou encore « *Nul n'est censé ignorer la loi* ». Cet adage exclut l'erreur de droit comme fait justifiant l'infraction. Cette solution traditionnelle a été partiellement abandonnée par le Nouveau Code pénal de 1994, l'article 122-3 du Code pénal admettant, en certains cas très limités, l'erreur de droit (voir page 136).

Le dol général suppose ensuite la conscience de l'élément matériel, c'est-à-dire la conscience d'accomplir les mêmes actes que ceux que la loi prohibe. Par exemple, une personne qui ne rend pas la chose car elle ne savait pas qu'elle la recevait à titre précaire n'a pas l'intention de commettre un abus de confiance, cette erreur de fait est une source d'irresponsabilité.

L'absence d'intention n'a d'effet que si l'infraction est intentionnelle, elle n'en aura aucun si l'infraction est non intentionnelle et seulement matérielle.

b. Le dol spécial

Parfois la loi exige, en plus de la conscience de commettre une infraction et de la volonté de passer outre, la volonté d'obtenir un résultat précis.

EXEMPLE

Le délit de présentation de comptes infidèles nécessite un dol général, la connaissance de l'inexactitude des comptes annuels, mais aussi un dol spécial consistant en la volonté de dissimuler la véritable situation de la société.

2. La faute non intentionnelle

Dans une infraction non intentionnelle, l'intention n'est évidemment pas requise. Mais il peut y avoir faute sans intention : cette faute non intentionnelle est en effet plus exactement une faute d'imprévoyance car la personne avait un comportement volontaire, mais les conséquences de ce comportement ont été involontaires.

Le texte ne vise que les **personnes physiques** qui :

« N'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter. »

Art. 121-3, C. pén.

Ainsi, la création à l'encontre d'autrui d'un risque corporel grave (art. 223-1, C. pén.). Lorsque l'imprévoyance a pour résultat la mort (art. 221-6, C. pén.) ou les blessures (art. 222-19, C. pén.), elle constitue en elle-même une infraction pénale (homicide involontaire ou blessures involontaires).

Cette réforme introduit deux dispositions :

a. La distinction entre la faute ayant un lien direct avec un dommage et la faute étant la cause indirecte du dommage

➡ **Premier cas : en cas de lien direct entre une faute et un dommage**

S'il existe un lien direct entre une faute et un dommage, la personne physique peut être poursuivie :

« En cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. »

Art. 121-3, al. 3, C. pén.

➡ **Second cas : lorsque la faute est la cause indirecte du dommage**

Si les personnes physiques n'ont pas causé directement le dommage mais ont « *créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage* » ou « *n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter* », les possibilités de poursuite seront plus restreintes. Désormais, les personnes concernées, et d'abord les chefs d'entreprise, ne pourront être responsables pénalement que s'il est établi qu'elles ont :

« Soit **violé de façon manifestement délibérée** une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis **une faute caractérisée** et qui exposerait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. »

Art. 121-3, al. 4, C. pén.

Le texte n'exige pas une faute unique. Plusieurs auteurs indirects peuvent être poursuivis s'ils ont chacun contribué à créer la situation (par exemple, un accident du travail peut être la résultante indirecte des fautes commises par plusieurs personnes : le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre, les entreprises sous-traitantes, etc.).

EXEMPLES

1. Faute délibérée (Cass. crim., 12 mai 2009, n° 08-82187) : Un salarié avait eu le bras gauche happé par la vis sans fin d'une extrudeuse alors qu'il intervenait sur cette machine pour effectuer une opération de maintenance.

L'arrêt retient que la victime n'avait reçu aucune formation spécifique et que le prévenu (le président de la société employeur) ne pouvait utilement invoquer les formations dispensées en matière de secours et d'incendie ni celles concernant la conduite de la machine dans ses éléments essentiels. Les juges relèvent en outre qu'il appartenait au prévenu de s'assurer de la conformité de la machine aux normes de la réglementation française et de l'absence de danger dans son utilisation, ces exigences constituant les diligences normales qui lui incombait compte tenu de son statut et des moyens dont il disposait.

Il en ressort que le prévenu, qui a contribué à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage et n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter en assurant une formation spécifique à la maintenance de l'extrudeuse, a violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement.

2. Faute caractérisée (Cass. crim., 14 déc. 2010, n° 10-81189) : À la fin d'une soirée bien arrosée, une personne avait remis volontairement les clés de son véhicule à une autre personne en sachant que celle-ci n'était pas titulaire du permis de conduire et se trouvait sous l'empire de l'alcool. Cette dernière s'était tuée au volant. La première a été déclarée coupable d'homicide involontaire. Le juge a retenu que le prévenu, qui ne pouvait ignorer le risque d'accident encouru par la victime en lui permettant de conduire dans de telles circonstances, a contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage et a commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer.

b. L'abandon de la théorie jurisprudentielle de l'identité des fautes civiles et pénales d'imprudence (art. 4-1, CPP)

L'absence de faute pénale non intentionnelle « *ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant* » les juridictions civiles afin d'obtenir réparation du dommage sur le fondement de l'article 1383 du Code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie, ou en application de l'article L. 452-1 du Code de la Sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie.

Cette faute pénale d'imprudence de second type (lien de causalité indirect) est donc autonome : un tribunal des affaires de Sécurité sociale pourra estimer qu'une faute inexcusable est caractérisée, et donc attribuer des indemnités complémentaires au salarié, alors que le juge répressif considère qu'aucune faute pénale n'a été commise.

Cette réforme limite la responsabilité pénale du chef d'entreprise, tout en permettant une indemnisation au civil du salarié.

REMARQUE

Pour la faute non intentionnelle, l'élément moral est seulement l'existence de la volonté prise en elle-même, indépendamment du but visé.

Bien que non intentionnelle, une infraction n'est donc pas constituée si l'auteur du fait illicite manquait de volonté, soit qu'il ne fut pas libre en raison d'une contrainte irrésistible ou d'une force majeure, soit qu'il ne fut pas conscient en raison de son délabrement mental.

Les infractions non intentionnelles sont présumées avoir été commises en toute conscience. Le ministère public qui poursuit l'auteur d'une infraction non intentionnelle peut donc s'en tenir à rapporter la preuve du fait matériellement commis. À l'auteur de l'infraction de faire la preuve de l'absence de l'élément intentionnel.

3. La mise en danger délibérée d'autrui

Cette faute est une faute intermédiaire entre la faute intentionnelle et la faute non intentionnelle. Cette faute intermédiaire est une prise de risque : une personne prend délibérément un risque qui a pour conséquence d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures. La mise en danger suppose la conscience du risque et des conséquences éventuellement dangereuses pour autrui. Cette incrimination a pour terrain naturel les accidents de la circulation et les accidents du travail.

- Lorsque la faute de mise en danger a provoqué un dommage, le risque est réalisé et la qualification retenue correspond au dommage créé (homicide, blessures involontaires). La faute de mise en danger est une circonstance aggravante en cas d'atteinte à la vie (art. 221-6, C. pén.) ou d'atteintes involontaires à l'intégrité de la personne (art. 222-19 et 222-20, C. pén.).
- Lorsque la faute de mise en danger n'a pas provoqué le dommage, elle est une incrimination autonome, le texte prévoyant une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende (art. 223-1, C. pén.).

B. L'IMPUTABILITÉ DE LA FAUTE PÉNALE

1. Le principe de la responsabilité pénale

L'infraction est imputable à son auteur lorsque l'infraction réunit ses trois éléments constitutifs. L'auteur d'une infraction doit disposer de son libre arbitre, il doit pouvoir manifester d'une volonté libre et éclairée. Cependant, dans certains cas, bien que les trois éléments de l'infraction soient réunis, l'auteur de l'infraction ne peut être responsable pénalement car le droit français exige qu'il ait compris et voulu son acte.

2. Les causes d'irresponsabilité pénale

a. L'abolition du discernement en raison d'un trouble psychique ou neuropsychique

« N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. »

Art. 122-1, al. 1^{er}, C. pén.

La liste est longue de ces troubles, qui sont le plus souvent déterminés par un expert, bien que l'expertise soit un élément de fait ne liant pas le juge qui pourrait décider de ne pas suivre son avis.

Le critère est en effet légal et non médical : il faut que le trouble ait aboli le « *discernement* » ou le « *contrôle des actes* », c'est-à-dire qu'il ait entraîné la perte du libre arbitre.

L'effet de l'application de ce dispositif qui vise le cas de « *l'abolition* » des facultés mentales, est de faire disparaître toute responsabilité pénale. En théorie, mise en détention provisoire, la personne doit être libérée. En pratique, le préfet peut décider d'ordonner une hospitalisation d'office (art. L. 3213-1, C. san. pub.).

L'irresponsabilité pénale n'empêche pas la responsabilité civile.

« Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation. »

Art. 414-3, C. civ.

b. La contrainte irrésistible

« N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister. »

Art. 122-2, C. pén.

En ce cas, l'absence de libre arbitre, de liberté de la personne, interdit qu'elle soit sanctionnée. Cette contrainte peut être une contrainte physique, soit violence d'une tierce personne, soit événement naturel. La contrainte peut être morale, telle la menace d'un tiers.

Deux conditions sont à respecter :

- D'une part, la contrainte ne peut résulter que d'un **événement imprévisible et insurmontable, concomitant à la commission de l'infraction**, qui place l'auteur de l'infraction dans l'impossibilité absolue de se conformer à la loi.
- D'autre part, **la contrainte ne doit pas résulter d'une faute antérieure**.

Cette notion est très proche de la notion de force majeure en droit civil.

EXEMPLE

Un automobiliste poursuivi pour conduite d'un véhicule sans port de ceinture de sécurité a fait valoir qu'il avait été blessé la veille et qu'un certificat médical attestait une plaie importante au niveau de l'épaule gauche, ce qui l'empêchait de mettre la ceinture. La juridiction suprême a refusé d'admettre l'irresponsabilité pénale au motif que l'état de santé invoqué par le prévenu était antérieur à la commission de l'infraction (Cass. crim., 24 nov. 2009, n° 09-85151).

c. L'erreur de droit

Normalement, l'erreur de droit ne constitue pas une cause de non-imputabilité en raison de la présomption de connaissance de la loi. Cependant, n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte (art. 122-3, C. pén.).

Lors des travaux préparatoires, un exemple avait été cité : une personne qui exporte des capitaux et viole la réglementation financière alors même que l'administration fiscale avait fait savoir que, selon son interprétation des textes en vigueur, elle estimait l'opération licite, l'erreur de droit justifie alors le comportement incriminé par la loi.

d. L'ordre de la loi et de l'autorité légitime

« N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires.

N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal. »

Art. 122-4, C. pén.

EXEMPLE

Les faits militaires en temps de guerre ne seront pas poursuivis s'ils sont exécutés par obéissance à l'autorité légitime et à condition que les actes ne soient pas manifestement illégaux. En revanche, le pouvoir du chef d'entreprise sur le salarié résultant du rapport de subordination juridique qui justifie les ordres et les directives en droit du travail ne crée aucune immunité ou cause d'irresponsabilité nouvelle en matière pénale. Qu'il ait agi ou non dans les limites de la mission impartie par son commettant, un préposé reste « *pénalement* » responsable des infractions qui lui sont imputables. C'est le cas du comptable qui passerait des écritures qu'il sait inexactes en obéissant à l'ordre de son supérieur.

e. La légitime défense

La légitime défense est un fait justifiant l'absence de responsabilité pénale dans des conditions radicalement différentes selon que cette légitime défense concerne la défense des personnes ou la défense des biens (art. 122-5, C. pén.).

➡ **La légitime défense des personnes**

« N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte. »

➡ **La légitime défense des biens**

« N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction. »

L'article 122-6 du Code pénal pose certaines présomptions de légitime défense :

« Est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui accomplit l'acte :

- 1° Pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité ;
- 2° Pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence. »

f. L'état de nécessité

« N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace. »

Art. 122-7, C. pén.

La loi et la jurisprudence imposent quatre conditions pour admettre l'état de nécessité :

- l'existence d'un danger actuel ou imminent ;
- la nécessité d'un acte à la sauvegarde de la personne ou du bien ;
- que le péril auquel le délinquant a voulu échapper en commettant l'infraction n'ait pas pour origine sa propre faute ;
- la proportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.

REMARQUE

Différence entre légitime défense et état de nécessité

Le texte utilise les mêmes formules pour définir la légitime défense et l'état de nécessité. Deux différences doivent être signalées :

- dans l'hypothèse de la légitime défense, l'agression vise la personne ou autrui alors que dans le cas de l'état de nécessité, l'agression menace la personne, autrui ou un bien ;
- à la différence de la légitime défense, l'état de nécessité ne supprime pas la responsabilité civile de l'auteur de l'acte.

g. L'enfance

« Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet. »

Art. 122-8, al. 1^{er}, C. pén.

En conséquence, les enfants incapables de discernement ne sont pas responsables pénalement.

3. Les causes d'atténuation de la responsabilité

Dans certains cas, la responsabilité pénale subsiste mais certaines circonstances incitent le juge à atténuer les peines qu'il prononce.

a. L'altération du discernement en raison d'un trouble psychique ou neuropsychique

« La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime. »

Art. 122-1, al. 2, C. pén.

L'effet de l'application de ce dispositif, qui vise « l'altération » des facultés mentales, est d'inviter les juges à tenir compte de cette circonstance lors de la détermination de la peine³⁰.

Cependant, la conduite sous l'emprise de l'alcool ou de stupéfiants est une circonstance aggravante de la peine alors même que les facultés psychiques sont altérées.

b. L'excuse de minorité

« Cette loi [la loi spéciale] détermine également les sanctions éducatives qui peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs de dix à dix-huit ans ainsi que les peines auxquelles peuvent être condamnés les mineurs de treize à dix-huit ans, en tenant compte de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge. »

Art. 122-8, al. 2, C. pén.

CHAPITRE 2. LA PERSONNE PÉNALEMENT RESPONSABLE

L'auteur de l'infraction, c'est celui qui commet les faits incriminés, ou tente de commettre un crime, ou, dans les cas prévus par la loi, un délit.

REMARQUE

Le principe est la **responsabilité personnelle**, en raison de faits commis personnellement. « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. » (art. 121-1, C. pén.) Par exemple, un père ne pourra être pénalement responsable des infractions commises par son fils mineur. C'est une des grandes différences avec la responsabilité civile.

Il convient de distinguer l'auteur de l'infraction (section 1) du complice (section 2).

SECTION 1. L'AUTEUR

REMARQUE

Coauteurs

Les **coauteurs** sont les personnes qui ont commis de concert une même infraction. Cette règle prétorienne correspond à une hypothèse simple : deux ou plusieurs personnes participent à une incrimination, sans que l'on ne sache qui est auteur et qui est complice.

30. Paradoxalement, le rapport du groupe de travail mené par la commission des lois et la commission des affaires sociales sur la prise en charge des personnes atteintes de troubles mentaux ayant commis des infractions constate que l'altération du discernement conduit souvent à une aggravation des sanctions, la maladie mentale jouant souvent comme un indice de dangerosité supplémentaire justifiant une détention prolongée. Sa proposition de loi suggère des modifications des textes en vue de rechercher un meilleur équilibre entre répression pénale et prise en charge sanitaire.

Soit en raison de question de faits : si par exemple, deux individus battent à mort une victime, lequel des deux a donné le coup entraînant la mort ? Soit parce que par solidarité, différentes personnes ayant participé à l'infraction ne veulent pas dire qui est complice de l'autre.

La coaction est donc un palliatif aux défauts de la notion de complicité. Cependant, la notion de coaction est dangereuse, car elle fait échec au principe qui fonde le droit pénal moderne : la personnalité de la responsabilité pénale.

L'auteur des infractions peut être une ou des personnes physiques (I) ou morales (II).

I. L'AUTEUR, PERSONNE PHYSIQUE

L'**auteur** de l'infraction est celui qui réalise l'infraction, c'est-à-dire celui qui réunit les éléments matériels et moraux de l'incrimination légale. Souvent, les incriminations ne précisent pas la personnalité de cet auteur, parfois les textes précisent « *toute personne* », par exemple en matière de délit d'entrave aux fonctions de représentation dans l'entreprise. Mais il arrive que l'auteur soit désigné plus précisément : en matière de droit pénal des affaires, les incriminations visent particulièrement le gérant de la SARL, ou le président et les administrateurs de la société anonyme (SA), de façon générale, les dirigeants d'une société par actions.

A. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE PERSONNELLE DU DIRIGEANT DE L'ENTREPRISE

REMARQUE

Dirigeants de droit et de fait

Les infractions prévues par le Code de commerce visent les dirigeants de droit ou de fait.

Le **dirigeant de droit** est celui qui détient, légalement, un mandat social pour gérer ou administrer la société. Le Code de commerce vise les gérants d'une SARL, le président, administrateurs, les directeurs généraux, les membres du directoire et les membres du conseil de surveillance d'une SA ou d'une société européenne, les gérants de société en commandite, le président et les dirigeants d'une société par actions simplifiée (SAS).

Le **dirigeant de fait** est celui qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion de la société sous le couvert ou en lieu et place des représentants légaux (art. L. 241-9, L. 246-2, C. com.). La jurisprudence exige, en outre, l'accomplissement des actes de gestion en toute indépendance (Cass. crim., 3 juin 2008, n° 07-85871).

1. La responsabilité pénale

En principe, le chef d'entreprise engage sa responsabilité pour les **infractions qu'il commet personnellement**.

Cependant, il peut être tenu responsable des **infractions commises dans l'entreprise** car il est tenu à un devoir de « *veiller au respect de la législation* » (Cass. crim., 7 déc. 1981, n° 78-91633). Cette responsabilité pénale du chef d'entreprise s'applique pour les infractions au Code du travail, pour les délits d'imprudence liés aux règles relatives à l'hygiène et la sécurité du travail, pour les fraudes fiscales, ou encore, en matière de respect des règles du Code de la consommation. Cette responsabilité n'est pourtant pas une responsabilité du fait d'autrui car une responsabilité personnelle pèse sur le chef d'entreprise qui a manqué à son devoir de surveillance, ou de sécurité.

2. L'exonération de la responsabilité pénale

Cependant, dans certaines circonstances, le chef d'entreprise est exonéré de sa responsabilité pénale. C'est d'abord le cas lorsque l'infraction est due exclusivement à la désobéissance soudaine d'un exécutant dont la faute a causé un dommage à autrui (Cass. crim., 14 mars 1979). Par ailleurs, une **délégation de pouvoirs** exonère le chef d'entreprise de sa responsabilité pénale, au profit du titulaire de cette délégation.

B. LE TITULAIRE D'UNE DÉLÉGATION DE POUVOIRS

Depuis l'arrêt de la Cour de cassation (crim., 28 juin 1902), une jurisprudence bien établie permet au chef d'entreprise d'être exonéré de sa responsabilité s'il a délégué ses pouvoirs.

Aucun texte ne détermine les conditions de validité d'une délégation de pouvoirs. La jurisprudence reprend une formule presque toujours identique :

« Le chef d'entreprise ne peut être exonéré de sa responsabilité que s'il démontre que l'infraction a été commise dans un service dont il a confié la direction ou la surveillance à un préposé désigné par lui et pourvu de la compétence et l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur. »

Cass. crim., 23 févr. 1988, n° 87-84160.

1. La forme de la délégation de pouvoirs

La délégation peut être écrite ou orale. La Cour de cassation a confirmé que :

« La délégation de pouvoirs, de même que la subdélégation, peuvent être établies par tous moyens. »

Cass. crim., 13 oct. 2009, n° 09-80857.

Si la délégation est orale, elle doit être prouvée par des témoignages ou des indices précis et concordants par celui qui s'en prévaut, c'est-à-dire le chef d'entreprise.

REMARQUE

Représentation légale de la société

Il convient de distinguer la délégation de pouvoirs d'origine prétorienne (qui exonère le dirigeant de sa responsabilité pénale) de la représentation légale de la société qui est soumise aux formalités de publicité au RCS (Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-10095 et 10-30215).

2. Le domaine de la délégation de pouvoirs

En principe, tous les pouvoirs du chef d'entreprise peuvent être délégués, sauf si la loi en dispose autrement (Cass. crim., 11 mars 1993, n° 90-84931). Cependant, les **pouvoirs propres** de celui-ci ne peuvent faire l'objet d'une délégation car ils ressortent des pouvoirs propres du chef d'entreprise qui dispose d'une compétence exclusive (ex. : institution représentative du personnel, Cass. crim., 15 mai 2007, n° 06-84318).

L'étendue de la délégation doit être prouvée. Un écrit est souvent nécessaire à cette fin.

REMARQUE

Subdélégation et codélégation

Le titulaire de la délégation peut aussi subdéléguer les pouvoirs qu'il a reçus par délégation. L'autorisation du chef d'entreprise n'est pas nécessaire à la validité de la **subdélégation** de pouvoirs.

En principe, plusieurs délégations ne peuvent être faites dans le même domaine. Dans le cas contraire, les délégations étaient annulées :

« Pour exonérer le chef d'entreprise de sa propre responsabilité en matière de sécurité, les délégations doivent être certaines et sans ambiguïté, **le cumul de plusieurs délégations pour un même travail étant, au surplus, de nature à restreindre l'autorité et à entraver les initiatives de chacun des prétendus délégataires.** »

Cass. crim., 21 juin 1983.

3. Les conditions de validité de la délégation de pouvoirs

Tout d'abord, l'entreprise ne doit pas être trop petite, ce ne doit pas être une très petite entreprise, de type artisanal. Elle doit avoir une dimension qui nécessite une organisation et une répartition des pouvoirs, le chef d'entreprise ne pouvant « *veiller à tout* ».

REMARQUE

Sort de la délégation de pouvoirs à la suite de l'opération de fusion

La délégation de pouvoirs prend fin par l'effet de la fusion-absorption, même si le salarié en cause conserve les mêmes fonctions dans la nouvelle entité juridique (Cass. crim., 20 juill. 2011, n° 10-87348).

a. Les conditions tenant à la délégation elle-même

➡ La nature des missions ou fonctions déléguées

La délégation de pouvoirs doit être précise. Cette condition n'est pas de forme, mais de fond, car elle doit permettre de vérifier la réalité de la délégation de pouvoirs.

➡ L'antériorité de la délégation

La délégation de pouvoirs doit être antérieure à la commission de l'infraction.

b. Les conditions tenant au délégataire

➡ L'acceptation du délégataire

Le délégataire doit avoir accepté la délégation et compris que, dans le secteur considéré, il est susceptible d'être poursuivi en cas de manquement.

➡ La qualité du délégataire

Le délégataire est souvent un salarié. Or, l'existence d'un contrat de travail n'est pas indispensable. La délégation peut aussi trouver son origine dans les rapports existant au sein d'un groupe de société.

En revanche, un individu totalement étranger à l'entreprise ne saurait être valablement investi d'une délégation de pouvoirs. Doit être considéré comme tiers à l'entreprise celui dont les relations avec le dirigeant ne sont pas comparables à celles d'un préposé avec son employeur. Dans un arrêt en date du 30 janvier 1996 (n° 94-83505), il a été jugé que les relations existant entre l'administrateur judiciaire désigné par le tribunal de commerce dans une procédure collective et le chef de l'entreprise en difficulté, qui ne sont pas des relations d'employeur à proposé, excluent toute possibilité de délégation de pouvoirs du premier au profit du second.

➡ La compétence, l'autorité et les moyens du délégataire

La compétence du délégataire

La compétence, c'est-à-dire l'état des connaissances techniques et juridiques du délégataire, doit être en rapport avec l'objet de la délégation : il faut que le délégataire ait intellectuellement pris sur la situation. Le délégataire est compétent et possède les moyens suffisants lorsqu'il a les connaissances indispensables à l'accomplissement de sa mission ou a bénéficié d'une formation professionnelle en vue de les acquérir.

Le pouvoir (l'autorité) du délégataire

Le délégataire doit disposer d'un pouvoir de commandement suffisant pour obtenir des salariés placés sous sa surveillance l'obéissance nécessaire au respect de la loi. Une des conséquences est que l'autorité déléguée revêt un caractère exclusif, et ne peut être concentrée que sur une

seule tête, pour un même secteur de l'entreprise. L'autorité est sans conteste la condition la plus importante. Le titulaire d'une délégation doit disposer d'un pouvoir sur les autres salariés qui doit se concrétiser en un pouvoir de prononcer ou de proposer une sanction à l'encontre d'un employé, et en un pouvoir d'organisation ou de direction.

Les moyens nécessaires du délégataire

La délégation de pouvoirs ne saurait exonérer le chef d'entreprise de sa responsabilité de principe que s'il a mis à la disposition de son délégataire les moyens d'assumer réellement ses obligations de sécurité. Cette condition est appréciée avec de plus en plus de rigueur par les juges. Ces moyens peuvent être des moyens financiers (budget) ou le pouvoir d'embaucher du personnel. Ces moyens doivent être en rapport avec la mission qui a été confiée au délégataire. Les moyens doivent être réels et proportionnés à l'ampleur de la tâche déléguée.

EXEMPLES

- CA Paris, 10 déc. 2007 : la délégation de pouvoirs consentie le jour même de l'embauche du préposé n'est pas valable. Le prévenu ne pouvait pas apprécier la **compétence** de celui-ci pour assumer la délégation, ce dernier étant un ouvrier embauché en CDD.
- CA Grenoble, 18 mars 2004, n° RG : 02/01238 : la délégation de pouvoirs n'est pas valable car le préposé ne disposait d'aucun **pouvoir disciplinaire**, et devait, pour obtenir l'engagement de poursuites disciplinaires, s'adresser à la DRH.
- CA Grenoble, 26 nov. 2003, n° RG : 03/00030 : la délégation de pouvoirs donnée au responsable artistique est valable. Ce dernier engagé pour l'organisation et la conception du spectacle, qui, à ce titre mettait au point les cascades, étant lui-même cascadeur de profession, sélectionnait les professionnels, les dirigeait et disposait des **moyens** permettant d'assurer leur sécurité, puisque le budget alloué comprenait le matériel de sécurité nécessaire à la réalisation du spectacle.

■ La réalité de la délégation

Si la délégation est purement formelle, elle ne peut exonérer la responsabilité du dirigeant. Tel est le cas lorsque le directeur adjoint délégataire, au vu et au su du chef d'entreprise, n'utilise pas effectivement ses pouvoirs en matière de sécurité et laisse perdurer au sein de l'entreprise un ensemble de dysfonctionnements. Dans ce cas, le chef d'entreprise continue en réalité à gérer directement les compétences déléguées.

c. Les conditions tenant au comportement du délégant

L'immixtion du chef d'entreprise dans les pouvoirs délégués ôte l'efficacité à la délégation.

II. L'AUTEUR, PERSONNE MORALE

« Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement [...] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. »

Art. 121-2, C. pén.

La responsabilité des personnes morales a été construite à l'imitation des personnes physiques, et peut donc s'appliquer à une personne morale en qualité d'auteur, ou de complice, en cas de tentative ou d'infraction consommée...

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits (art. 121-2, al. 3, C. pén.). Il peut donc y avoir cumul de responsabilité : la personne physique est condamnée, et la personne morale est condamnée !

En cas de causalité indirecte entre la faute et le dommage, le texte (qui ne vise que les personnes physiques) soumet la responsabilité pénale des personnes physiques à la preuve d'une faute

délibérée ou caractérisée. En l'absence de cette preuve, la responsabilité pénale des personnes physiques ne peut être engagée. Les personnes morales sont alors responsables pénalement de toute faute **non intentionnelle** de leurs **organes ou représentants** ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique, même en l'absence de faute délibérée ou caractérisée de la personne physique (représentante de la personne morale responsable) (Cass. crim., 28 avr. 2009, n° 08-83843).

A. L'IMPUTATION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE À LA PERSONNE MORALE

1. Les cas d'exonération de responsabilité pénale des personnes morales

a. L'État et les collectivités territoriales

L'État est totalement exempt de responsabilité pénale.

Les collectivités territoriales sont responsables pénalement seulement dans les missions de service public qu'elles exercent en régie, ou par délégation en dehors des missions d'ordre public. Les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables que des infractions commises « *dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public* »³¹.

b. Les groupements sans personnalité juridique

La personnalité morale s'acquiert à partir d'une formalité administrative : l'immatriculation au RCS ou la publication de la déclaration d'existence au Journal officiel. Seuls les groupements immatriculés ou régulièrement publiés peuvent engager leur responsabilité pénale. Il s'agit donc des sociétés et les groupements d'intérêt économique (GIE) ainsi que des associations déclarées, des syndicats professionnels et des fondations.

Les groupements sans personnalité juridique ne peuvent être poursuivis pénalement : il s'agit des **sociétés de fait ou créées de fait**, des **sociétés en formation**, des **sociétés en participation**.

En cas de dissolution d'une personne morale, la personnalité juridique subsiste pour les besoins de la liquidation, la personne morale sera donc responsable pénalement jusqu'à la clôture de la liquidation.

En cas de **fusion**, le principe est le même. La fusion faisant perdre son existence juridique à la société absorbée, l'action publique est éteinte à son égard (Cass. crim., 9 sept. 2009, n° 08-87312).

EXEMPLES

- **Groupeement dépourvu de la personnalité morale** : À l'occasion de l'attribution d'un marché, un groupement de trois entreprises a été constitué. Les représentants de ces trois entreprises ont consenti une délégation de pouvoirs à un salarié de l'une d'entre elles. Un accident de travail s'est produit. La responsabilité pénale du groupement dépourvu de la personnalité morale étant écartée, il restait à déterminer quelle entreprise en était responsable. Pour la Cour de cassation, est engagée la responsabilité pénale de la seule entreprise qui était l'employeur de la victime (Cass. crim., 13 oct. 2009, n° 09-80857).
- **Disparition de la personne morale** : Nul n'étant responsable pénalement que de son propre fait, il s'ensuit, dans le cas où une société, poursuivie pour homicide involontaire, fait l'objet d'une fusion-absorption, que la société absorbante ne peut être déclarée coupable, l'absorption ayant fait perdre son existence juridique à la société absorbée (Cass. crim., 14 oct. 2003, n° 02-86376).

31. L'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales dispose que : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. »

2. Le principe de généralité

Les personnes morales sont responsables à l'imitation des personnes physiques, sans qu'il soit nécessaire que le législateur ait prévu spécialement que l'incrimination s'applique à la personne morale³².

B. LES CONDITIONS D'IMPUTABILITÉ DE L'INFRACTION À LA PERSONNE MORALE

1. Le principe

- Première condition : l'infraction doit être commise « *pour le compte* » de la personne morale, la personne morale doit donc en tirer profit directement. Si le dirigeant est seul à en tirer profit, la responsabilité de la personne morale ne sera pas engagée.
- Deuxième condition : l'infraction doit être commise par un organe ou un représentant de la personne morale.

2. La notion d'« organe » et de « représentant » de la personne morale

La notion d'organe et de représentant de la personne morale n'étant pas définie par la loi, il appartient au juge de l'apprécier.

a. Les organes de la personne morale

Un organe de la société est constitué par une ou plusieurs personnes investies légalement du pouvoir de gérer ou d'administrer la personne morale en vue d'en assurer le fonctionnement. L'organe peut être collégial ou non, il est doté d'un pouvoir de décision et parfois du pouvoir de représentation légale de la société, c'est-à-dire du pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers (ex. : assemblée générale, conseil d'administration, directoire, conseil de surveillance, conseil municipal...).

b. Les représentants de la personne morale

Le terme de « représentant » est plus large. La Cour de cassation enferme sous cette notion toute personne ayant un réel pouvoir de décision ou de direction au sein de la personne morale.

▀▀▀ Les mandataires sociaux

D'une façon générale, la responsabilité pénale de la personne morale sera engagée si l'infraction est commise, pour son compte, par ses mandataires sociaux.

▀▀▀ Le dirigeant de fait

Le dirigeant de fait ne dispose pas d'un mandat légal, on ne peut pas le considérer comme un organe de la société. Cependant, il peut être pris pour un de ses représentants.

▀▀▀ Le délégataire

La personne ayant reçu délégation de pouvoirs d'un organe d'une personne morale peut être considérée comme un représentant de celle-ci, et donc engager sa responsabilité pénale (Cass. 9 nov. 1999, n° 98-81746 et 14 déc. 1999, n° 99-80104).

Il en est de même pour le **subdélégataire** qui reçoit ses pouvoirs du délégataire.

▀▀▀ L'agent non titulaire d'une délégation de pouvoirs

Même si l'agent d'une personne morale n'a pas reçu une délégation de pouvoirs effective, par ses statuts ou attributions, il peut être représentant de la société (Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87212).

32. Exception pour les infractions de presse (Loi, 29 juill. 1881, art. 43-1) ou celles commises par voie de communication audiovisuelle (Loi, 29 juill. 1982, art. 93-4).

➡ **Le mandataire ad litem**

Le mandataire d'une société, lors d'un procès, a le caractère d'un représentant.

Dans l'arrêt du 21 mars 2000 (n° 98-84714), une société a été poursuivie pour avoir produit devant une instance prud'homale un avertissement amnistié. La Cour de cassation a considéré que :

« Attendu qu'en déclarant les faits constitués à l'égard de la société Z..., la cour d'appel n'a pas méconnu l'article 121-2 du Code pénal, dès lors que la lettre d'avertissement avait nécessairement été produite par le représentant de cette société devant le conseil de prud'hommes et qu'une telle production, effectuée en connaissance de cause, caractérisait l'infraction en tous ses éléments en la personne de ce représentant ; »

REMARQUE

Absence de présomption de responsabilité de la personne morale

Il n'y a pas de présomption de responsabilité de la personne morale. Il faut que le juge recherche si les manquements relevés résultaient de l'abstention d'un des organes ou représentants de la personne morale et s'ils ont été commis pour le compte de celle-ci (Cass. crim., 11 avr. 2012, n° 10-86974 ; 2 oct. 2012, n° 11-84415 et 11-85032).

SECTION 2. LE COMPLICE DE L'INFRACTION

I. LA CLASSIFICATION DE LA COMPLICITÉ

On distingue ainsi traditionnellement la complicité par collaboration de la complicité par instigation.

• la **complicité par collaboration** :

« Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. »

Art. 121-7, al. 1, C. pén.

Par exemple : le prêt d'une arme à un meurtrier pour qu'il accomplisse un meurtre.

• la **complicité par instigation** :

« Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre. »

Art. 121-7, al. 2, C. pén.

Par exemple : l'employeur donne l'ordre à un salarié de commettre une infraction ; l'employeur obtient un faux témoignage d'un salarié sous la menace d'un licenciement ; l'employeur donne de l'argent à un comptable pour qu'il modifie des documents comptables...

II. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA COMPLICITÉ

La complicité exige la réunion des trois éléments constitutifs de l'infraction :

- un **élément légal** : le fait principal est une infraction punissable pénalement ;
- un **élément matériel** : l'aide, l'assistance ou la provocation ;
- un **élément moral** : le complice a conscience de participer à une infraction qu'un autre va commettre.

La complicité est antérieure ou concomitante à la commission de l'infraction.

III. LES SANCTIONS

Le complice est réputé juridiquement avoir accompli lui-même l'infraction commise matériellement par un autre. Voici pourquoi le complice est puni comme auteur de l'infraction.

La responsabilité du complice est indépendante de celle de l'auteur de l'infraction. En effet, le complice d'un auteur jugé irresponsable pénalement ou décédé sera poursuivi et encourt la peine prévue pour l'infraction principale.

CHAPITRE 3. LA PEINE

La sanction est la réaction de l'autorité publique à la violation d'une règle légale, la répression par l'État. Le **principe de légalité** ne concerne pas seulement la définition des faits punissables, mais aussi les peines applicables. C'est donc à l'intérieur d'un cadre législatif strict que le juge peut déterminer la peine applicable.

Par application du **principe d'individualisation de la peine**, le juge fixe le quantum dans la limite du maximum de la peine prévue par la loi ou le règlement.

La loi fixe des **peines principales** pour chaque type d'infractions, des **peines complémentaires** qui peuvent s'ajouter aux peines principales et des **peines de substitution**. Les peines accessoires qui s'appliquaient automatiquement lors de la commission de certaines infractions ont été supprimées.

SECTION 1. LA CLASSIFICATION DES PEINES

La loi pénale répartit les infractions pénales en crimes (III), délits (II) et contraventions (I) suivant la gravité de leur sanction.

I. LES PEINES CONTRAVENTIONNELLES (ART. 131-12 ET S., C. PÉN.)

Les contraventions sont divisées en cinq classes, la cinquième classe concernant les contraventions les plus graves.

A. LES PEINES ENCOURUES PAR LES PERSONNES PHYSIQUES

Les peines contraventionnelles encourues par les personnes physiques sont :

- l'**amende** : de 38 € pour la première classe, jusqu'à 1 500 € pour la cinquième (3 000 € en cas de récidive si le règlement le prévoit ou si la récidive de la contravention constitue un délit) ;
- les **peines privatives ou restrictives de droit** pour les contraventions de 5^e classe : suspension du permis de conduire pour un an au plus, immobilisation pour 6 mois au plus d'un véhicule appartenant au condamné, confiscation des armes appartenant au condamné, retrait du permis de chasser, interdiction d'émettre des chèques, confiscation de la chose qui a servi à commettre l'infraction ;
- les **peines de sanction-réparation** pour les contraventions de 5^e classe : cette peine consiste, pour le condamné, à procéder à l'indemnisation du préjudice de la victime. La réparation peut être exécutée en nature. Si le condamné ne procède pas à la réparation, il exécutera la peine qui ne peut excéder 1 500 €.

Ces peines peuvent s'accompagner de **peines complémentaires** (suspension du permis de conduire pour 3 ans au plus, obligation d'accomplir un stage de sensibilisation à la sécurité routière, stage de citoyenneté, stage de responsabilité parentale, travail d'intérêt général...).

La peine d'amende ne peut être prononcée cumulativement avec une des peines privatives ou restrictives de droit. En revanche, le juge peut prononcer une ou plusieurs peines privatives ou

restrictives de droit. La juridiction peut prononcer, à la place ou en complément de la peine d'amende, une peine de sanction-réparation. Lorsqu'une contravention est passible d'une ou de plusieurs peines complémentaires, la juridiction peut ne prononcer que la peine complémentaire ou l'une ou plusieurs des peines complémentaires encourues.

B. LES PEINES ENCOURUES PAR LES PERSONNES MORALES

Les personnes morales encourent les mêmes peines. Le montant de l'amende applicable est égal au quintuple de l'amende prévue pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction (art. 131-40 et s., C. pén.).

II. LES PEINES CORRECTIONNELLES (ART. 131-3 ET S., C. PÉN.)

A. LES PEINES ENCOURUES PAR LES PERSONNES PHYSIQUES

1. Les peines principales

Les peines encourues par les personnes physiques sont :

a. L'emprisonnement

Selon une échelle de huit degrés qui va de 2 mois d'emprisonnement au plus à 10 ans au plus.

L'emprisonnement ne peut être prononcé cumulativement avec une des peines privatives ou restrictives de droits ni avec la peine de travail d'intérêt général.

b. L'amende

Le montant de l'amende est supérieur à 3 750 €.

2. Les peines de substitution

Le juge peut prononcer certaines peines à la place de l'emprisonnement. Ces peines ne peuvent pas se cumuler avec l'emprisonnement.

a. Le jour-amende (le condamné verse au Trésor une contribution)

Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, le juge peut fixer une contribution quotidienne pendant un certain nombre de jours, en tenant compte des ressources et des charges du prévenu. Le montant ne peut excéder 1 000 € par jour et le nombre de jours ne peut être supérieur à 360. La peine de jours-amende ne peut être prononcée cumulativement avec la peine d'amende.

b. Le stage de citoyenneté

Le juge peut condamner le prévenu à suivre un stage lui rappelant les valeurs républicaines de tolérance et du respect de la dignité humaine sur lesquelles est fondée la société. Le prévenu doit être présent à l'audience et accepter le stage.

c. Le travail d'intérêt général

Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prescrire, à la place de l'emprisonnement, un travail d'intérêt général. Pour une durée de 20 à 210 heures, le travail d'intérêt général non rémunéré est accompli au profit soit d'une personne morale de droit public, soit d'une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitée à mettre en œuvre des travaux d'intérêt général. Cette peine ne peut pas être prononcée contre le prévenu qui la refuse ou qui est absent à l'audience.

d. Les peines privatives ou restrictives de droit

Elles peuvent être prononcées à la place de l'emprisonnement ou de l'amende. Il s'agit de la suspension du permis de conduire pour 5 ans au plus, l'interdiction de conduire certains véhicules pendant 5 ans au plus, l'annulation du permis de conduire, confiscation de véhicules, d'armes ou de la chose qui a permis le délit, l'interdiction de détenir ou porter une arme, le retrait du permis de chasser, l'interdiction d'émettre des chèques pour une durée de 5 ans au plus, les interdictions de séjour ou de fréquentation de certaines personnes.

Parmi ces peines, certaines concernent particulièrement la vie des affaires : l'interdiction pour une durée de 5 ans au plus d'exercer une activité professionnelle ou sociale dès lors que les facilités que procure cette activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction ; l'interdiction, pour une durée de 5 ans au plus, d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale.

Ces peines peuvent être prononcées cumulativement.

REMARQUE**La sanction-réparation**

Le juge peut prononcer, à la place ou en même temps que l'emprisonnement ou que l'amende, la sanction-réparation qui consiste pour le condamné à procéder à l'indemnisation du préjudice de la victime dans le délai et les modalités fixées par la juridiction. La durée de l'emprisonnement ne peut excéder 6 mois et l'amende 15 000 €. Le condamné effectuera la peine si le condamné ne respecte pas l'obligation de réparation.

3. Les peines complémentaires

Les peines complémentaires s'ajoutent à la peine principale si la loi le prévoit et si le juge les prononce.

« Lorsque la loi le prévoit, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs peines complémentaires qui, frappant les personnes physiques, emportent interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit, injonction de soins ou obligation de faire, immobilisation ou confiscation d'un objet, confiscation d'un animal, fermeture d'un établissement ou affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique. »

Art. 131-10, C. pén.

Le juge peut prononcer la ou les peines complémentaires à titre de peine principale.

B. LES PEINES ENCOURUES PAR LES PERSONNES MORALES

Les peines encourues par les personnes morales sont l'**amende** et, dans les cas prévus par la loi, **les peines prévues à l'article 131-39 du Code pénal**.

Le montant de l'amende est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques.

« Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes :

1° La dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;

2° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;

3° Le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;

4° La fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;

5° L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;

6° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ;

7° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;

8° La peine de confiscation ;

9° L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ;

10° La confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise ;

11° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal [...]

Les peines définies aux 1° et 3° ci-dessus ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée. Elles ne sont pas non plus applicables aux partis ou groupements politiques ni aux syndicats professionnels. La peine définie au 1° n'est pas applicable aux institutions représentatives du personnel. »

Art. 131-39, C. pén.

La juridiction peut prononcer, à la place ou en même temps que l'amende encourue par la personne morale, la peine de **sanction-réparation**.

III. LES PEINES CRIMINELLES (ART. 131-1, C. PÉN.)

A. LES PEINES ENCOURUES PAR LES PERSONNES PHYSIQUES

« Les peines criminelles encourues par les personnes physiques sont :

- la réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité ;
- la **réclusion criminelle** ou la **détention criminelle** de trente ans au plus ;
- la réclusion criminelle ou la détention criminelle de vingt ans au plus ;
- la réclusion criminelle ou la détention criminelle de quinze ans au plus.

La durée de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à temps est de dix ans au moins. »

Art. 131-1, C. pén.

Le juge peut aussi prononcer une peine d'**amende** ou des **peines complémentaires** (ex. : interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit, injonction de soins ou obligation de faire, immobilisation ou confiscation d'un objet...).

La réclusion criminelle n'est plus jamais encourue par les délinquants d'affaires, le Code pénal ayant « *correctionnalisé* » de nombreux crimes, ce qui a pour conséquence que l'emprisonnement de 10 ans maximum est désormais la peine maximale de l'emprisonnement correctionnel en matière d'affaires.

B. LES PEINES ENCOURUES PAR LES PERSONNES MORALES

Les peines criminelles encourues par les personnes morales sont l'**amende** et dans les cas prévus par la loi, les **peines énumérées à l'article 131-39 du Code pénal**.

Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques. Lorsqu'il s'agit d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques, l'amende encourue par les personnes morales est d'un million d'euros.

SECTION 2. L'AGGRAVATION DE LA PEINE

I. LES CIRCONSTANCES AGGRAVANTES SPÉCIALES

La loi prévoit, dans certains cas, des circonstances aggravantes qui entraînent des peines plus élevées.

- Les **circonstances aggravantes réelles** résultant des modalités selon lesquelles l'infraction a été commise : en bande organisée, avec préméditation, par effraction, par escalade, avec arme.
- Les **circonstances aggravantes personnelles** liées à la personne du délinquant ou de sa victime : par exemple, le délinquant est une personne dépositaire de l'autorité publique, la victime est une personne particulièrement vulnérable.

II. LA RÉCIDIVE LÉGALE

La **récidive** est une circonstance aggravante générale.

La loi définit les conditions de la récidive légale.

Il y a **récidive légale, générale et perpétuelle** lorsqu'une personne physique, déjà condamnée pour un crime ou pour un délit puni de 10 ans d'emprisonnement par la loi, commet un crime. Le maximum de la peine est la réclusion ou la détention criminelle à perpétuité si le deuxième crime est puni de 20 ou 30 ans de réclusion ou de détention criminelle, le maximum est 30 ans de réclusion ou de détention criminelle si le deuxième crime est puni de 15 ans de réclusion ou de détention criminelle (art. 132-8, C. pén.). La loi du 10 août 2007 fixe des minima que la juridiction doit respecter sauf à tenir compte des circonstances de l'infraction, de la personnalité de l'auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci (art. 132-18-1, C. pén.).

La **récidive est générale et temporaire** lorsqu'une personne physique déjà condamnée pour un crime ou pour un délit puni de 10 ans d'emprisonnement par la loi, commet, dans le délai de 10 ans à compter de l'extinction ou de la prescription de la peine, un délit puni de la même peine, ou, dans le délai de 5 ans, un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure à 1 an et inférieure à 10 ans. Les peines d'emprisonnement et d'amende encourues sont doublées.

La **récidive est spéciale et temporaire** lorsqu'une personne physique déjà condamnée définitivement pour un délit, commet le même délit ou un délit assimilé dans le délai de 5 ans à compter de l'extinction ou de la prescription de la peine. Les peines d'emprisonnement et d'amende sont doublées.

La loi fixe des minima.

« Pour les délits commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure aux seuils suivants :

- un an, si le délit est puni de trois ans d'emprisonnement ;
- deux ans, si le délit est puni de cinq ans d'emprisonnement ;
- trois ans, si le délit est puni de sept ans d'emprisonnement ;
- quatre ans, si le délit est puni de dix ans d'emprisonnement.

Toutefois, la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci. [...] »

Art. 132-19-1, C. pén.

Les **personnes morales, en cas de récidive légale**, encourent une amende égale à **dix fois le montant de l'amende prévu pour les personnes physiques**.

« Dans les cas où le règlement le prévoit, lorsqu'une personne morale, déjà condamnée définitivement pour une contravention de la cinquième classe, engage sa responsabilité pénale, dans le délai d'un an à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, par la même contravention, le taux maximum de l'amende applicable est égal à dix fois celui qui est prévu par le règlement qui réprime cette contravention en ce qui concerne les personnes physiques. »

Art. 132-15, C. pén.

III. LA RÉITÉRATION D'INFRACTIONS

Il y a réitération d'infractions lorsqu'une personne condamnée définitivement pour un crime ou un délit commet une nouvelle infraction qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale. Dans ce cas, les peines prononcées pour l'infraction commise en réitération se cumulent, sans limitation de quantum et sans possibilité de confusion avec celles prononcées lors de la condamnation précédente (art. 132-16-7, C. pén.).

SECTION 3. LA PERSONNALISATION DES PEINES

La juridiction prononce les peines dans les limites fixées par la loi, en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. L'amende sera fixée en tenant des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction.

« La nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions. »

Art. 132-24, al. 2, C. pén.

Le juge peut prononcer une peine avec sursis. Le **sursis à l'exécution de la peine** peut être décidé de façon totale ou partielle, il peut être simple ou assorti de mise à l'épreuve ou d'obligations particulières (travail d'intérêt général par exemple). Si le condamné ne fait pas preuve de bonne conduite, le sursis sera révoqué et la peine devra être exécutée.

L'exécution de la peine, après son prononcé, peut subir des modalités allant dans le sens de son **allègement** (semi-liberté, réductions, fractionnement, dispense ou ajournement de la peine) ou dans le sens de son **aggravation** (période de sûreté pendant laquelle le condamné ne pourra pas voir sa peine aménagée dans le sens de l'allègement).

SECTION 4. LA PERSONNALITÉ DES PEINES

Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. Il en résulte que seule la personne déclarée coupable doit subir les peines correspondantes. Il s'agit du principe de la personnalité des peines. Ce principe s'applique sans difficulté aux personnes physiques alors que son application aux personnes morales pose des difficultés, notamment en cas de fusion-absorption des entreprises coupables.

En matière pénale au sens strict, la Cour de cassation refuse la transmission de la responsabilité pénale en cas de transmission universelle du patrimoine d'une personne morale coupable. En revanche, elle a admis la transmission de la responsabilité imputable au titre de droit de la concurrence. Quant au Conseil d'État, il refuse d'admettre un complet effacement de la sanction en cas de transmission de l'entreprise.

EXEMPLES

- **En matière de sanction disciplinaire** : si le principe de la personnalité des peines fait obstacle à ce que le Conseil des marchés financiers inflige un blâme à raison des manquements commis par l'absorbée avant son absorption par l'absorbante, en revanche, eu égard tant à la mission de régulation des marchés dont est investi le Conseil qu'au fait qu'à la suite de la fusion, l'absorbée a été absorbée intégralement sans être liquidée ni scindée, en tout état de cause, ni l'article 121-1 du Code pénal, ni le principe de la personnalité des peines ne fait obstacle à ce que le Conseil prononçât une sanction pécuniaire à l'encontre de la société absorbante (CE, 22 nov. 2000, n° 207697).
- **En matière de sanction administrative** : eu égard aux objectifs de prévention et de répression de la fraude et de l'évasion fiscale auxquels répondent les pénalités fiscales, le principe de la personnalité des peines ne fait pas obstacle à ce que, à l'occasion d'une opération de fusion ou de scission, ces sanctions pécuniaires soient mises, compte tenu de la transmission universelle du patrimoine, à la charge de la société absorbante, d'une nouvelle société créée pour réaliser la fusion ou de sociétés issues de la scission, à raison des manquements commis, avant cette opération, par la société absorbée ou fusionnée ou par la société scindée (CE, avis, 4 déc. 2009, n° 329173).

SECTION 5. L'EXTINCTION DE LA PEINE

- La **disparition de l'auteur responsable pénalement** : le décès du condamné ou la dissolution de la personne morale empêchent l'exécution de la peine.
- La **prescription** : au-delà de ce délai, la peine ne pourra plus être exécutée.
 - La prescription des **crimes** est de 20 ans à compter de la date à laquelle la décision de condamnation est devenue définitive (art. 133-2, C. pén.) ;
 - pour les **délits**, elle est de 5 ans (art. 133-3, C. pén.) ;
 - pour les **contraventions**, elle est de 3 ans (art. 133-4, C. pén.).
- La **grâce** : il s'agit d'une décision du président de la République qui emporte seulement dispense d'exécuter la peine. Elle n'efface pas la peine et n'empêche pas la réparation du préjudice de la victime causé par l'infraction.
- L'**amnistie** : celle-ci relève du Parlement, elle efface la condamnation prononcée et entraîne, sans donner lieu à restitutions, la remise de toutes les peines. L'amnistie ne préjudicie pas aux tiers.

« Il est interdit à toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, a connaissance de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou d'interdictions, déchéances et incapacités effacées par l'amnistie, d'en rappeler l'existence sous quelque forme que ce soit ou d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque. Toutefois, les minutes des jugements, arrêts et décisions échappent à cette interdiction. En outre, l'amnistie ne met pas obstacle à l'exécution de la publication ordonnée à titre de réparation. »

Art. 133-11, C. pén.

- La **réhabilitation** (art. 133-12 et s., C. pén.) :
Toute personne frappée d'une peine criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle peut bénéficier, soit d'une réhabilitation de plein droit, soit d'une réhabilitation judiciaire accordée dans les conditions prévues par le Code de procédure pénale.
Passé un certain délai après l'exécution de la peine, la condamnation est effacée légalement (par exemple, la réhabilitation est acquise de plein droit à la personne physique condamnée qui n'a subi aucune condamnation nouvelle à une peine criminelle ou correctionnelle, pour la condamnation à l'amende ou à la peine de jours-amende après un délai de 3 ans à compter du jour du paiement de l'amende ou du montant global des jours-amende, de l'expiration de la contrainte judiciaire ou du délai de l'incarcération ou de la prescription accomplie).

TITRE 2. LA PROCÉDURE PÉNALE

Les juridictions pénales exercent trois fonctions :

- la fonction de **poursuite**, qui incombe aux magistrats du parquet exerçant l'action publique (chapitre 1) ;
- la fonction d'**instruction**, qui incombe au juge d'instruction, magistrat du siège, qui recherche les preuves et établit les charges pesant sur une personne (chapitre 2) ;
- la fonction de **jugement**, qui incombe au juge de jugement, magistrat du siège, qui constate la culpabilité de l'auteur de l'infraction et lui inflige la peine appropriée (chapitre 3).

Le principe est la **séparation des fonctions** : des magistrats différents assurent des fonctions différentes. La séparation des fonctions garantit l'**impartialité du juge**.

CHAPITRE 1. LES POURSUITES (OU ACTIONS)

L'acte de poursuite fait naître le procès pénal. L'action publique est exercée par le ministère public pour sanctionner d'une peine, un trouble qui est fait à la société (section 1). L'action civile, exercée par la victime, a pour objectif la réparation du préjudice subi, cependant, elle peut permettre de déclencher l'action publique (section 2).

SECTION 1. L'ACTION PUBLIQUE

Nous étudierons d'une part la mise en œuvre (I) et d'autre part l'extinction (II) de l'action publique.

I. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACTION PUBLIQUE

L'action publique est mise en mouvement et exercée par les magistrats (A) ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi (B). Cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée (C) (art. 1, CPP). En outre, certaines associations peuvent déclencher indirectement l'action publique (D).

A. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACTION PUBLIQUE PAR LE PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE

1. Les pouvoirs du procureur de la République

Le procureur de la République « *représente en personne ou par ses substituts le ministère public près le tribunal de grande instance*³³... » (art. 39, al. 1^{er}, CPP).

Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner (art. 40, al. 1, CPP).

Il procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale. Il dirige l'activité des officiers et agents de la police judiciaire dans le ressort de son tribunal (art. 41, CPP).

Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi.

Le ministère public n'a que l'exercice de l'action publique, il n'en a pas la disposition. Une fois qu'il l'a engagé, il ne saurait dessaisir le juge répressif (Cass. crim., 24 sept. 2008, n° 08-80872).

33. Le ministère public est sous l'autorité du **garde des Sceaux**. En première instance, le parquet est dirigé par le **procureur de la République**. Au sein des cours d'appel, la direction du ministère public est assurée par le **procureur général**. Au sommet, se trouve le **procureur général près la Cour de cassation**.

2. Les poursuites décidées par le parquet

Selon le principe de l'**opportunité des poursuites**, c'est le procureur de la République qui décide si l'action publique doit être déclenchée. Mais, ce principe n'est pas absolu. Il existe des cas, dans lesquels le parquet ne pourra pas poursuivre (notamment en cas d'immunités parlementaire, diplomatique, etc.).

Lorsque le parquet estime que les faits portés à sa connaissance constituent une infraction, le procureur de la République décide s'il est opportun (art. 40-1, CPP) :

- soit d'**engager des poursuites** ;
- soit de mettre en œuvre une **procédure alternative aux poursuites** ;
- soit de **classer sans suite** la procédure.

a. L'engagement des poursuites

Afin de poursuivre l'auteur de l'infraction, le procureur peut choisir entre la voie de l'instruction et la voie du jugement direct.

▀ Les poursuites nécessitant une instruction préparatoire

Le **réquisitoire introductif d'instance ou réquisitoire à fin d'informer** est un écrit par lequel le procureur de la République saisit le juge d'instruction pour l'ouverture d'une information judiciaire. Il comporte le nom des personnes poursuivies ou X si l'auteur n'est pas connu et la qualification des faits pour lesquels une instruction est demandée.

Le réquisitoire introductif d'instance est obligatoire pour les **crimes**, il est possible pour les **délits** complexes. Il peut également avoir lieu en matière de **contravention** si le procureur de la République le requiert (art. 79, CPP).

▀ Les poursuites sans instruction préalable

Lorsque l'infraction est un délit, que l'auteur est connu et que les charges sont suffisamment précises, l'instruction de l'affaire n'est pas obligatoire. Le procureur dispose de plusieurs moyens de poursuite :

- L'**avertissement** (appelée également « **comparution volontaire** ») : il s'agit d'une convocation à comparaître devant le tribunal. Il dispense de citation, s'il est suivi de la comparution volontaire de la personne à laquelle il est adressé.
- La **citation directe** : la personne poursuivie est assignée à comparaître devant un tribunal correctionnel ou de police, **par acte d'huissier**.
- La **convocation en justice** ou par procès-verbal (appelée également « **rendez-vous judiciaire** ») : elle est faite par une personne déléguée par le procureur, par exemple, greffier ou officier de police judiciaire. Par cet acte, le procureur de la République invite la personne déférée à comparaître devant le tribunal dans un délai qui ne peut être inférieur à 10 jours, ni supérieur à 2 mois (art. 394, CPP).
- La **comparution immédiate en cas de délit flagrant** : le délit flagrant est celui qui est en train de se commettre ou qui vient de se commettre. Lorsque l'infraction est un délit passible d'un emprisonnement au moins égal à 6 mois, le procureur peut traduire le prévenu sur le champ devant le tribunal ou dans un délai qui ne peut être inférieur à 10 jours et supérieur à 2 mois.
- La **comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité** (appelée communément le « **plaider-coupable** ») : la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité permet d'éviter un procès pénal en cas de délit punissable d'une peine d'amende ou d'un emprisonnement maximal de 5 ans (art. 495-7, CPP).

Cette procédure n'est applicable ni aux mineurs âgés de moins de 18 ans ni en matière de délits de presse, de délits d'homicides involontaires, de délits politiques ou de délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale (art. 495-16, CPP).

Le procureur propose au prévenu, qui reconnaît sa culpabilité, une peine limitée au montant maximal de l'amende ou à 1 an d'emprisonnement (au maximum : la moitié de la peine encourue), avec possibilité de sursis.

Cette procédure est mise en œuvre à l'initiative du procureur de la République ou à la demande du prévenu ou de son avocat (le procureur n'est pas obligé d'accepter).

Le procureur de la République propose une peine en présence du prévenu et de son avocat qui ont 10 jours pour l'accepter.

Si le prévenu accepte, le procureur de la République saisit le président du TGI ou le juge délégué d'une requête en homologation. Ce dernier entend la personne et son avocat. La présence du procureur de la République n'est pas obligatoire. **L'audience d'homologation est publique.** L'ordonnance motivée du président du TGI ou du juge délégué a les effets d'un jugement de condamnation, elle est immédiatement exécutoire et elle peut faire l'objet d'un appel.

Si le prévenu refuse la peine proposée, ou si le président du TGI/le juge délégué refuse d'homologuer la peine, un procès public aura lieu devant le tribunal correctionnel.

Lorsque la personne n'a pas accepté la proposition ou lorsque la proposition du procureur de la République n'a pas été homologuée, le procès-verbal ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement, et ni le ministère public ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure (art. 495-14, CPP).

b. L'alternative aux poursuites

➡ **La médiation pénale (art. 41-1, CPP)**

Le procureur de la République peut choisir de suspendre les poursuites jusqu'à ce que l'auteur de l'infraction ait réparé le dommage occasionné ou ait régularisé sa situation.

Le procureur de la République, préalablement à sa décision sur l'action publique, peut décider d'imposer certaines mesures à l'auteur des faits, si ces mesures lui paraissent susceptibles d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur. Ainsi, le procureur de la République peut faire procéder, avec l'accord des parties, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime. Cette médiation peut intervenir pour toutes les infractions. Elle **suspend** la prescription de l'action publique. En cas de réussite de la médiation, le procureur de la République ou le médiateur en dresse procès-verbal, signé par lui-même et par les parties. En cas de non-exécution d'une de ces mesures de médiation, le procureur, sauf élément nouveau, « *met en œuvre une composition pénale ou engage les poursuites* ».

➡ **La composition pénale (art. 41-2, CPP)**

La composition pénale est une forme de **transaction** qui repose sur l'aveu.

Le procureur de la République peut, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, proposer une composition pénale à **toute personne physique** qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une amende ou d'un emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à 5 ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes (art. 41-2, al. 1^{er}, CPP). La procédure de composition pénale est également applicable aux contraventions (art. 41-3, CPP). Seuls demeurent hors de cette procédure : les mineurs âgés de moins de 13 ans, les délits de presse, d'homicides involontaires ou politiques.

La composition pénale consiste en une ou plusieurs des mesures suivantes :

- payer une amende de composition au Trésor public, dont le montant ne peut excéder le maximum de l'amende encourue ;
- se dessaisir au profit de l'État de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou qui en est le produit ;
- remettre au greffe du TGI son permis de conduire pour 6 mois au maximum ;
- effectuer un travail non rémunéré pour une durée maximale de 60 heures dans un délai qui ne peut être supérieur à 6 mois ;
- etc.

Lorsque la victime est identifiée, le procureur de la République doit proposer à l'auteur de l'infraction de réparer les dommages causés dans un délai qui ne peut être supérieur à 6 mois. Il informe la victime de cette proposition.

La proposition de la composition pénale émane du procureur de la République. La personne à qui est proposée une composition pénale est informée de son droit de se faire assister par un avocat avant d'y donner son accord.

- Si l'auteur des faits accepte les mesures proposées, le Président du tribunal, à la demande du procureur, **peut** rendre une **ordonnance de validation** (la décision du Président du tribunal n'est pas susceptible de recours). Les mesures décidées sont mises à exécution. L'action publique est éteinte, mais la composition pénale donne lieu à inscription au casier judiciaire : bulletin n° 1.
- Si l'auteur refuse la composition ou après avoir donné son accord, ne l'exécute pas intégralement, le procureur doit mettre en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau.

Les actes tendant à la mise en œuvre ou à l'exécution de la composition pénale sont **interruptifs** de la prescription de l'action publique.

La composition pénale est proposée à une personne physique alors que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité peut être proposée tant à une personne physique qu'à une personne morale.

c. Le classement sans suite

Le procureur de la République peut décider de classer l'affaire sans suite, « *dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient* » (art. 40-1, CPP). Il se détermine en fonction de l'attitude de la victime (qui retire sa plainte ou qui a contribué à l'infraction), ou de l'attitude du délinquant (l'intéressé est très jeune ou très âgé, par exemple), ou au caractère minime du trouble de l'ordre public apporté par l'infraction. Dans ce cas, il n'y a pas de poursuite pénale.

Le procureur de la République doit aviser les plaignants et les victimes de la décision de classement de la procédure « *en indiquant les raisons juridiques ou d'opportunité qui la justifient* » (art. 40-2, CPP).

Il existe une possibilité de **recours hiérarchique**. Toute personne ayant dénoncé des faits au procureur peut former un recours auprès du procureur général contre la décision de classement sans suite. Le procureur général saisi du recours peut enjoindre au procureur de la République d'engager des poursuites ou s'il estime le recours infondé, il en informe l'intéressé (art. 40-3, CPP).

B. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACTION PUBLIQUE PAR LES FONCTIONNAIRES

La loi a confié l'action publique à certaines administrations pour assurer la répression des infractions aux lois et règlements qui, régissant leur domaine d'activité, portent atteinte aux intérêts dont elles ont la charge. Cette action publique est dite spéciale car elle laisse intact le droit d'action de droit commun que peut toujours exercer le procureur. Cette action est spéciale car, contrairement au procureur, l'administration peut passer avec le prévenu une **transaction** qui éteint l'action publique, tout au moins pour le délit spécial.

Ainsi en est-il, en matière de contributions indirectes où l'administration des impôts, agissant à titre principal pour l'application des sanctions fiscales, exerce non une action civile mais une action publique d'une nature particulière (Cass. crim., 7 déc. 1992, n° 92-81892). C'est elle qui instruit et défend devant le tribunal correctionnel compétent, le pouvoir de transaction lui étant accordé sous réserve, lorsque l'action publique a été mise en mouvement, de l'accord du procureur avant qu'un jugement définitif ne soit rendu (art. L. 248 et L. 249, LPF).

C. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACTION PUBLIQUE PAR LA PARTIE CIVILE

1. Le dépôt d'une plainte simple

La victime dépose plainte auprès du commissariat de police, de la gendarmerie ou du parquet du TGI compétent. Le procureur de la République conserve alors son pouvoir discrétionnaire de classer l'affaire sans suite.

2. La citation directe

La victime peut utiliser la citation directe en cas de contravention ou de délit pour laquelle une instruction n'est pas nécessaire.

3. Le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile auprès du juge d'instruction

La victime peut adresser une plainte avec constitution de partie civile au juge d'instruction du Tribunal de grande instance (TGI) compétent.

a. Les conditions de la saisine du juge d'instruction (art. 85, CPP)

Pour éviter l'encombrement des cabinets d'instruction par des affaires mineures, le texte impose une réponse préalable du procureur de la République ou une absence de réponse.

« Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut en portant plainte se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent [...]. »

Toutefois, la plainte avec constitution de partie civile n'est recevable qu'à condition que la personne justifie soit que le procureur de la République lui a fait connaître, à la suite d'une plainte déposée devant lui ou un service de police judiciaire, qu'il n'engagera pas lui-même des poursuites, soit qu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis qu'elle a déposé plainte devant ce magistrat, contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou depuis qu'elle a adressé, selon les mêmes modalités, copie à ce magistrat de sa plainte déposée devant un service de police judiciaire. Cette condition de recevabilité n'est pas requise s'il s'agit d'un crime ou s'il s'agit d'un délit [...] sur la liberté de la presse [...]. La prescription de l'action publique est suspendue, au profit de la victime, du dépôt de la plainte jusqu'à la réponse du procureur de la République ou, au plus tard, une fois écoulé le délai de trois mois. »

Art. 85, CPP.

b. Les effets de la saisine du juge d'instruction avec constitution de partie civile (art. 86, CPP)

► Les effets à l'égard du juge d'instruction

Lorsque le juge d'instruction est saisi d'une plainte avec constitution de partie civile recevable, il doit instruire sur les faits dénoncés et uniquement sur ces faits. Le juge d'instruction ordonne communication de la plainte au procureur de la République pour que ce magistrat prenne ses réquisitions. Il s'agit du principe posé par l'arrêt Laurent-Attalin du 8 décembre 1906. Selon cet arrêt, la plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction met en mouvement l'action publique et oblige le juge à instruire, sauf en cas d'impossibilité absolue.

Lorsque le juge d'instruction rend une ordonnance de refus d'informer, pour sanctionner une constitution de partie civile abusive ou dilatoire, il peut prononcer contre cette partie civile une amende (art. 177-2 et 177-3, CPP).

► Les effets à l'égard du procureur de la République

L'action publique est ainsi mise en mouvement par la partie lésée, mais l'exercice de l'action publique appartient seulement au ministère public.

Lorsque la plainte n'est pas suffisamment motivée ou justifiée, le procureur de la République peut, avant de prendre ses réquisitions et s'il n'y a pas été procédé d'office par le juge d'instruction, demander à ce magistrat d'entendre la partie civile et, le cas échéant, d'inviter cette dernière à produire toute pièce utile à l'appui de sa plainte.

L'action publique une fois mise en mouvement par la victime, le procureur ne peut plus classer l'affaire sans suite. Le procureur de la République ne peut saisir le juge d'instruction de réquisitions de non-informer que si, pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite ou si, à supposer ces faits démontrés, ils ne peuvent recevoir

aucune qualification pénale. Il s'agit du principe posé par l'arrêt Laurent-Atthalin du 8 décembre 1906.

Le procureur de la République peut également prendre des réquisitions de non-lieu dans le cas où il est établi de façon manifeste que les faits dénoncés par la partie civile n'ont pas été commis. Dans le cas où le juge d'instruction passe outre, il doit statuer par une ordonnance motivée. Il s'agit de lutter contre les plaintes infondées.

D. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACTION PUBLIQUE PAR LES ASSOCIATIONS

La loi a confié à certaines associations le droit de défendre non seulement les intérêts collectifs dont elles ont la charge, mais aussi la défense d'une parcelle de l'intérêt général. Il s'agit d'une dérogation au principe selon lequel nul ne peut agir pour l'intérêt général. La loi a accordé à certaines associations le droit d'action afin de leur permettre de déclencher indirectement l'action publique pour certaines infractions limitativement énumérées. Voici pourquoi la loi n'impose nullement dans ces cas la démonstration d'un préjudice direct ou indirect causé par l'infraction poursuivie à l'intérêt dont l'association a la charge, comme l'exigerait logiquement l'action civile des associations. Il suffit à ces associations d'être régulièrement déclarées et publiées depuis au moins 5 ans, et d'avoir pour objet de lutter contre les comportements constitutifs de l'une des incriminations que la loi énumère (art. 2-1 à 2-21, CPP).

Dans le cadre des relations de travail, cela est, par exemple, le cas des associations de lutte contre le racisme et la discrimination, pour les infractions de discrimination commises par un particulier ou par une personne dépositaire de l'autorité publique, d'atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité des personnes ainsi que les destructions et les dégradations et détériorations commises à l'encontre d'une personne à raison de son origine nationale, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une race ou une religion (art. 2-1, CPP) ; des associations de lutte contre les discriminations commises, à raison du sexe, de la situation de famille ou des mœurs de la victime, par un particulier ou une personne dépositaire de l'autorité publique (art. 2-6, al. 1, CPP).

L'association peut aussi se constituer partie civile, sous réserve d'avoir obtenu l'accord de la victime, pour les infractions d'atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne, y compris les menaces, commises à raison du sexe, de la situation de famille ou des mœurs de la victime (art. 2-6, al. 3, CPP).

EXEMPLE

Une agence immobilière avait exclu certains candidats à la location de logements en se fondant sur des critères discriminatoires (leur appartenance à une race, par exemple). L'association SOS racisme a déclaré intervenir en qualité de partie civile. Cette constitution de partie civile a été déclarée irrecevable. La Cour de cassation a estimé que lorsque l'infraction a été commise envers une personne considérée individuellement, l'accord de celle-ci est nécessaire pour rendre recevable la constitution de partie civile de l'association (Cass. crim., 25 nov. 2008, n° 07-88006).

II. L'EXTINCTION DE L'ACTION PUBLIQUE

L'action publique ne s'éteint que dans les conditions prévues par la loi (art. 6, CPP).

A. LES CAUSES AUTRES QUE LA PRESCRIPTION

L'action publique s'éteint par la mort du prévenu, l'amnistie, l'**abrogation de la loi pénale** et la **chose jugée**. Elle s'éteint aussi par la **transaction** ou l'**exécution d'une composition pénale**. Il en est de même en cas de **retrait de plainte**, lorsque celle-ci est une condition nécessaire de la poursuite.

B. LA PRESCRIPTION

1. Le délai et le point de départ de prescription

- En matière de **crime**, l'action publique se prescrit par 10 ans à compter du jour où l'infraction a été commise si, dans cet intervalle, il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite.
- En matière de **délit**, le délai de prescription est de 3 ans, en principe à compter de la date de commission du délit.
- En matière de **contravention**, le délai de prescription est d'un an à compter de la date de commission.

Il existe des délais plus courts (ex. : 3 mois pour les délits ou contraventions commis par voie de presse) ou plus longs (ex. : 30 ans pour les crimes de terrorisme). Le délai peut être allongé dans certains cas. Par exemple, il est prolongé de 20 ans pour les infractions de nature sexuelle commises sur des mineurs et ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ces derniers. Les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles.

En principe, le **point de départ du délai de prescription** est fixé au jour où l'infraction a été commise ou à la fin de l'état délictueux concernant les infractions continues. Concernant les **infractions clandestines**, la jurisprudence fixe le point de départ au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique.

La loi retarde quelques fois expressément le point de départ. Par exemple, pour les infractions de nature sexuelle commises sur des mineurs, le délai de prescription ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ces derniers.

2. La suspension et l'interruption du délai de prescription

Lorsque la prescription est suspendue, la prescription ne s'écoule plus, mais la durée déjà écoulée reste acquise. La prescription de l'action publique est suspendue lorsque la partie poursuivante se heurte à un obstacle de droit la mettant dans l'impossibilité d'agir. Ainsi en est-il en cas de sursis à statuer dans l'attente de la décision d'une juridiction administrative saisie d'une question préjudicielle. La chambre criminelle de la Cour de cassation juge que la partie civile ne peut se prévaloir de l'inaction du juge d'instruction pour invoquer la **suspension de la prescription** (Cass. crim., 26 mai 2009, n° 08-87855).

La durée précédemment écoulée est effacée par un acte de poursuite ou d'instruction. Il s'agit de l'**interruption de la prescription**. Par acte de poursuite pouvant interrompre la prescription de l'action publique, il faut entendre les actes mettant en mouvement l'action publique. Par acte d'instruction pouvant interrompre la prescription de l'action publique, il faut entendre tous les actes ayant pour objet de constater les infractions, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs.

SECTION 2. L'ACTION CIVILE

« L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous **ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction.** »

Art. 2, al. 1^{er}, CPP.

« Toute personne qui, ..., prétend avoir été lésée par un délit, peut, si elle ne l'a déjà fait, se constituer partie civile à l'audience même.

Le ministère d'un avocat n'est pas obligatoire.

La partie civile peut, à l'appui de sa constitution, demander des dommages-intérêts correspondant au préjudice qui lui a été causé. »

Art. 418, CPP.

L'action civile est diligentée par la victime. Le principal but de l'action civile est de permettre à la victime d'obtenir une réparation pécuniaire du préjudice qu'elle a subi du fait d'une infraction. Par ailleurs, la victime met en mouvement l'action publique au moyen d'une plainte avec constitution de partie civile, contre personne dénommée ou contre X, acte écrit adressé au juge d'instruction, qui la transmet au procureur de la République.

I. LES CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ACTION CIVILE

Il convient de distinguer la victime pénale au préjudice personnel (A) de la victime pénale au préjudice collectif (B).

A. LA VICTIME PÉNALE SUBISSANT UN PRÉJUDICE PERSONNEL

Toute personne, physique ou morale, peut faire valoir devant le juge répressif un **préjudice personnel et direct** (dommage personnellement souffert et causé directement par l'infraction).

1. Pour les personnes physiques

Le titulaire de l'action est la personne « *victime directe* » de l'infraction. Mais, cette définition souffre d'exceptions.

D'abord, **certaines actions civiles peuvent être faites sans demande de dommages-intérêts**. La Cour de cassation reconnaît ainsi l'action civile d'une victime d'un préjudice causé par une infraction constitutive d'un accident du travail alors même que la loi leur accordant une indemnisation forfaitaire interdisant toute indemnisation par le juge, sauf en cas de faute inexcusable de l'employeur. Cette action est alors accordée « *dans le seul intérêt de la manifestation de la vérité* » (Cass. crim., 20 oct. 1966).

Ensuite, la jurisprudence a accordé la qualité de victime pénale à tous les **proches de la victime** immédiate (conjoint, parents, descendants, collatéraux ou alliés) que celle-ci soit décédée ou non, en exigeant toutefois que le préjudice allégué, qu'ils ont « *personnellement souffert* », découle « *directement des faits, objet de la poursuite* » (Cass. crim., 3 nov. 2009, n° 08-88438).

2. Pour les personnes morales

La personne morale peut subir un préjudice personnel directement causé par une infraction, tel qu'un vol, une escroquerie ou un abus de biens sociaux, mais, ce seront les organes sociaux qui exerceront l'action civile au nom de la personne morale (Cass. crim., 27 nov. 1991, n° 89-86983).

Comme l'infraction peut être réalisée par ces mêmes organes sociaux, ce qui en pratique ferait obstacle à la répression, la jurisprudence a admis l'**action ut singuli de l'associé** par voie de constitution de partie civile devant les juridictions répressives. Par cette action, un actionnaire peut agir en réparation du préjudice subi par la société du fait par exemple d'un détournement commis par les dirigeants sociaux. Il peut, même en cas d'intervention du représentant légal à l'instance, formuler des demandes et relever appel au nom de la société (Cass. crim., 12 déc. 2000, n° 97-83470). Mais, l'action ut singuli au pénal a les mêmes effets qu'au civil : l'indemnisation profitera à la personne morale et non à l'actionnaire titulaire de l'action.

3. Les institutions représentatives du personnel

Ces institutions peuvent se porter partie civile pour des faits délictueux qui leur causent un préjudice direct et personnel. Par exemple, toute entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise, comme, tel que le refus de communiquer les comptes de la société à l'expert-comptable désigné à fin d'assistance au comité d'entreprise dans l'examen des comptes annuels, cause nécessairement à celui-ci un préjudice direct dont il est fondé à demander réparation (Cass. crim., 26 mars 1991, n° 89-85909).

4. Les tiers subrogés dans les droits de la victime pénale au préjudice personnel

Bien que victimes indirectes, certains tiers ayant versé à la victime pénale directe une indemnité couvrant totalement ou partiellement le dommage causé par une infraction bénéficient d'un droit d'action particulier, souvent limité à un **droit d'intervention** au procès pénal.

EXEMPLES

- **Les assureurs** : Légalement subrogés dans les droits et actions des assurés contre les tiers auteurs de leurs dommages (art. L. 121-12, C. assur.), les assureurs ont reçu un droit d'action civile limité qui leur permet d'intervenir dans le procès pénal engagé afin de récupérer la créance qu'ils tiennent de leur assuré, victime pénale, à l'encontre de l'auteur du dommage causé par une infraction sans avoir à attendre la fin de ce procès pour saisir la juridiction civile normalement compétente (art. 388-1, CPP). Ils ne peuvent cependant qu'intervenir au procès pénal.
- **Les caisses de Sécurité sociale** : Ces caisses sont elles aussi subrogées dans les droits de victimes, quelle que soit la nature de l'événement ayant occasionné le dommage, contre la personne tenue à réparation, et peuvent donc exercer un recours contre le responsable de l'infraction dommageable (ex. : art. L. 376-1 et L. 454-1, Code de la Sécurité sociale pour les accidents du travail causés par la faute d'un tiers).

5. L'action syndicale de substitution

L'action de substitution est en droit français une exception. Le principe reste exprimé par la règle « *Nul ne plaide par procureur* ». Il faut donc un texte particulier pour qu'un syndicat se substitue à un salarié pour saisir une juridiction. Alors, seulement, l'action de substitution permet au syndicat de défendre les intérêts individuels d'un salarié bien que ce salarié n'ait pris l'initiative d'aucune procédure. L'organisation syndicale n'a pas à justifier d'un mandat de l'intéressé, elle doit seulement lui notifier cette action par écrit et elle pourra agir si celui-ci ne s'y oppose pas. Le Code du travail prévoit de nombreuses hypothèses où l'action des organisations syndicales est possible :

- l'article L. 1134-2 relatif aux discriminations ;
- l'article L. 1144-2 relatif au respect de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes ;
- l'article L. 1154-2 relatif à la protection des victimes de harcèlement ou d'abus d'autorité en matière sexuelle ;
- l'article L. 1235-8 relatif à la sauvegarde des droits des travailleurs en cas de licenciement économique ou en cas d'adhésion à une convention de conversion ;
- l'article L. 1253-16 relatif aux intérêts des salariés des groupements d'employeurs...

Ces actions syndicales de substitution peuvent être civiles ou pénales.

B. LA VICTIME PÉNALE SUBISSANT UN PRÉJUDICE COLLECTIF

Une personne morale peut bien sûr agir pour se faire indemniser un préjudice direct et personnel, mais dans certains cas, elle peut être titulaire d'un droit d'action civile pour un préjudice aux intérêts collectifs dont elle a la charge.

« [Les **syndicats professionnels peuvent**], devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. »

Art. L. 2132-3, C. trav.

La jurisprudence a donc simplement appliqué les conditions de la qualité de victime pénale, en l'adaptant à la particularité du préjudice collectif.

- D'abord, la notion de **préjudice collectif** a été précisée comme étant le préjudice que la loi a voulu éviter en prévoyant l'infraction, c'est-à-dire l'intérêt protégé par la loi. Et cet intérêt est

forcément l'intérêt collectif de la profession et non l'intérêt individuel de ses membres, qui relève des membres du syndicat, ni l'intérêt général de la société, qui relève du seul ministère public.

- Ensuite, la notion de **préjudice direct ou indirect** a été précisée. Le caractère « *direct* » ou « *indirect* » veut simplement dire que la profession peut être atteinte directement ou à travers certains de ses membres.

Les **associations** peuvent se constituer partie civile pour défendre l'intérêt collectif de leurs membres, tel qu'il est déterminé par l'objet social.

EXEMPLE

Le texte permet aux associations de consommateurs agréées de se constituer partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs (art. L. 421-1, C. consomm.). À la suite de l'absorption de médicaments préparés à base d'un acide toxique, deux personnes étaient décédées. Le fabricant et le distributeur ont été poursuivis du chef d'homicide involontaire. L'association « UFC Que choisir » était recevable dans sa constitution de partie civile, car le médicament ayant provoqué le décès des deux victimes ne présentait pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et avait par conséquent porté atteinte à la santé des personnes (Cass. crim., 1^{er} avr. 2008, n° 06-88948). L'association s'est constituée partie civile pour défendre l'intérêt collectif des consommateurs tel qu'il est déterminé par son objet social.

REMARQUE

Une association peut défendre son intérêt individuel, l'intérêt collectif de ses membres ou l'intérêt général dans les conditions prévues par la loi.

II. L'OPTION DE LA VOIE CIVILE OU DE LA VOIE PÉNALE

L'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction (art. 3, CPP). L'action civile peut également être exercée devant une juridiction civile, séparément de l'action publique. Cependant, la juridiction civile doit surseoir à statuer tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement (art. 4, CPP).

REMARQUE

Autres actions

La mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement **des autres actions** exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil.

Un salarié conteste son licenciement devant le conseil de prud'hommes. L'employeur porte plainte et saisit le juge pénal pour un vol commis par le salarié. Dans la mesure où l'action du salarié ne vise pas à obtenir réparation d'une infraction commise par l'employeur, le juge civil n'aura pas à attendre la décision du juge pénal pour se prononcer sur la régularité du licenciement.

Cependant, la Cour de cassation a jugé (Cass. 17 sept. 2008, n° 07-43211) que si le texte n'imposait pas la suspension du jugement des autres actions civiles que celle de la partie civile, il n'interdisait pas au juge saisi de telles actions de prononcer le sursis à statuer jusqu'au prononcé définitif d'une action publique s'il l'estimait opportun.

Lorsque l'action civile est menée devant une juridiction répressive, elle se prescrit selon les règles de l'action publique. Si elle est menée devant une juridiction civile, elle se prescrit selon les règles du Code civil (art. 10, CPP).

L'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action civile menée devant la juridiction civile pour obtenir réparation du dommage (art. 4-1, CPP).

La partie civile qui a exercé son action devant la juridiction civile ne peut la porter ultérieurement devant la juridiction répressive. Il s'agit de la **règle *electa una via*, qui interdit de passer du civil au pénal. Ce principe n'est pas absolu**. La partie civile peut toujours réorienter son action vers le juge pénal si la juridiction répressive a été saisie par le ministère public avant qu'un jugement sur le fond n'ait été rendu par la juridiction civile. En outre, **ce principe n'interdit pas de passer du pénal au civil**. Toutefois, l'abandon de la voie pénale pour la voie civile est soumis à une condition, que la partie civile se soit désistée préalablement (Cass. crim., 20 déc. 1966).

CHAPITRE 2. L'INSTRUCTION PRÉPARATOIRE

L'instruction est obligatoire en matière de crime, elle est facultative en matière de délit, elle est exceptionnelle en matière de contravention (art. 79, CPP).

L'instruction relève de la compétence de deux juges : le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention (section 1). La chambre de l'instruction traite au second degré des appels interjetés contre les actes et ordonnances du juge d'instruction et les ordonnances du juge des libertés et de la détention (section 2).

SECTION 1. LES JURIDICTIONS D'INSTRUCTION DU PREMIER DEGRÉ

I. LE JUGE D'INSTRUCTION

REMARQUE

Collégialité de l'instruction

Depuis l'affaire d'Outreau, l'instruction est au centre des interrogations sur la procédure pénale et des réformes plus importantes sont en réflexion. Déjà, on a voulu instaurer la collégialité de l'instruction. Dans certains TGI, les juges d'instruction sont regroupés au sein d'un pôle de l'instruction. Ont été créées quatre-vingt-douze pôles de l'instruction dans certains TGI, dans lesquels l'instruction des affaires pénales les plus graves ou les plus complexes est confiée à plusieurs juges (art. D. 15-4-4, CPP). La mise en œuvre de la collégialité de l'instruction a été reportée au 1^{er} janvier 2014.

Le juge d'instruction « *ne peut informer qu'en vertu d'un réquisitoire du procureur de la République.* » (art. 80, al. 1, CPP).

A. LES ACTES DU JUGE D'INSTRUCTION

« Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge. »

Art. 81, CPP.

Pour ce faire, il a recours personnellement à des actes les plus divers, mais a le plus souvent recours à des délégations, telles des **commissions rogatoires aux officiers de police judiciaire** ou des **actes d'expertise judiciaire**.

On distingue généralement au sein des actes du juge d'instruction, les mandats (1) et les ordonnances (2).

1. Les mandats

Les **mandats** du juge d'instruction sont des ordres écrits (art. 122, CPP) :

- Le **mandat de recherche** est décerné à l'égard d'une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Il est l'ordre donné à la force publique de rechercher la personne à l'encontre de laquelle il est décerné et de la placer en garde à vue³⁴.
- Le **mandat de comparution, d'amener ou d'arrêt** peut être décerné à l'égard d'une personne à l'égard de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer à la commission d'une infraction.
 - Le **mandat de comparution** est l'acte par lequel le juge d'instruction met en demeure la personne à laquelle il est adressé, de se présenter devant lui à la date, heure et jour indiqués.
 - Le **mandat d'amener** est l'ordre donné par le juge d'instruction à la force publique de conduire, immédiatement, devant lui, la personne à l'encontre de laquelle il est décerné. Le juge l'interroge aussitôt. À défaut, elle est conduite à la maison d'arrêt où elle ne peut être détenue plus de 24 heures (art. 126, CPP).
 - Le **mandat d'arrêt** est l'ordre donné à la force publique de rechercher la personne désignée dans l'acte et de la conduire devant le juge après l'avoir, le cas échéant, conduite à la maison d'arrêt indiquée où elle y sera reçue et détenue.

Le **mandat de dépôt** est de la compétence du juge des libertés et de la détention.

2. Les ordonnances

Les **ordonnances** du juge d'instruction sont plus nombreuses :

- L'**ordonnance de refus d'informer** intervient lorsque l'action publique est éteinte ou l'infraction n'est pas constituée.
- L'**ordonnance d'incompétence** constate une incompétence d'attribution ou incompétence territoriale.
- L'**ordonnance d'irrecevabilité** : la plainte est irrecevable sur la forme ou sur le fond (faits prescrits par exemple).
- L'**ordonnance de mise en examen** : le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants rendant vraisemblables qu'elles aient pu participer, comme auteurs ou complices, à la commission des infractions dont il est saisi.
- L'**ordonnance de soit-communiqué** : elle est adressée au procureur de la République. Le juge d'instruction lui fait savoir que l'instruction est close.
- L'**ordonnance de transmission** au procureur de la République : lorsque l'instruction est terminée, le juge d'instruction transmet le dossier au procureur de la République. Celui-ci adresse en retour ses réquisitions motivées au juge d'instruction. À l'issue des délais prévus par la loi, le juge d'instruction peut prendre son ordonnance de règlement (art. 175, CPP).
- L'**ordonnance de règlement ou de clôture** : elle marque la fin de l'information et dessaisit le juge d'instruction. Il s'agit, selon le cas, de l'une des ordonnances suivantes :
 - L'**ordonnance de non-lieu** : elle est rendue lorsque le juge d'instruction estime que les charges sont insuffisantes, que l'infraction n'est pas constituée ou si l'auteur est resté inconnu. La décision du juge d'instruction a pour effet d'éteindre l'action publique et de mettre fin au contrôle judiciaire et à la détention provisoire (art. 177, CPP).
 - L'**ordonnance de renvoi** : elle est utilisée en matière de contravention et de délit lorsque le juge d'instruction considère que les charges sont suffisantes. Selon la qualification des faits, il renvoie devant le tribunal de police/juge de proximité ou le tribunal correctionnel la personne visée afin qu'elle soit jugée (art. 178 et 179, CPP).

34. Il ne faut pas confondre la garde à vue avec la détention provisoire. La garde à vue est employée, soit pour l'enquête sur infraction flagrante, soit pour l'enquête préliminaire (ce sont des enquêtes de police judiciaire). Elle peut concerner toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction.

- L'**ordonnance de mise en accusation** : si l'infraction est un crime, le juge d'instruction ordonne la mise en accusation des personnes mises en examen devant la cour d'assises (art. 181, CPP).

B. LA MISE EN EXAMEN DE SUSPECTS

Lors de l'instruction, on distingue deux catégories de **suspects** :

- le **mis en examen**, véritable personne poursuivie ;
- le **témoin assisté**, sorte de témoin bénéficiant de droits de la défense.

« Le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblables qu'elles aient pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont il est saisi. »

Art. 80-1, CPP.

En conséquence :

- d'une part, tant que le juge d'instruction n'est pas convaincu de l'existence des indices graves et concordants à l'encontre d'une personne, celle-ci ne peut être mise en examen (Cass. crim., 30 sept. 2008, n° 08-83064) ;
- et d'autre part, si le juge d'instruction est convaincu de l'existence d'indices graves et concordants de culpabilité à l'encontre d'une personne, celle-ci ne peut plus être auditionnée en qualité de témoin par le juge d'instruction, sa mise en examen est obligatoire. Tout retard dans la mise en examen peut constituer une atteinte fondamentale aux droits de la défense de la personne entendue.

II. LE JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION

Le juge des libertés et de la détention dispose du pouvoir d'ordonner le placement en détention provisoire d'une personne ou la mise sous contrôle judiciaire. Les demandes de mise en liberté lui sont soumises. Il dispose des prérogatives dans certains domaines, notamment en matière de comparution immédiate, terrorisme, trafic de stupéfiants. Le juge des libertés et de la détention est désigné par le président du TGI et bénéficie d'un statut analogue à celui du juge d'instruction.

En principe :

« Toute personne mise en examen, présumée innocente, reste libre.

Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou, si celles-ci se révèlent insuffisantes, être assignée à résidence avec surveillance électronique.

À titre exceptionnel, si les obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ne permettant pas d'atteindre ces objectifs, elle peut être placée en détention provisoire. »

Art. 137, CPP.

A. LA MISE SOUS CONTRÔLE JUDICIAIRE (ART. 138 ET S., CPP)

Cette mesure permet de ne pas incarcérer la personne visée et de la laisser en liberté en lui imposant des obligations choisies sur liste légale : limiter sa liberté de déplacement, répondre aux convocations du juge, s'abstenir de voir certaines personnes, se soumettre à des soins et traitements telle la désintoxication, fournir un cautionnement...

Cette mesure s'applique aux personnes qui encourent une peine correctionnelle d'emprisonnement ou une peine criminelle.

Cette mesure est souvent ordonnée par le juge d'instruction, qui statue après avoir recueilli les réquisitions du procureur de la République. Le juge des libertés et de la détention saisi d'une demande de placement en détention provisoire, peut préférer opter pour le contrôle judiciaire.

La **mainlevée** du contrôle judiciaire peut être ordonnée à tout moment par le juge d'instruction, soit d'office, soit sur les réquisitions du procureur de la République, soit sur la demande de la personne après avis du procureur de la République. Le juge d'instruction statue sur la demande de la personne dans un délai de 5 jours, par ordonnance motivée.

Si la personne mise en examen se soustrait volontairement aux obligations du contrôle judiciaire, le juge d'instruction peut décerner à son encontre mandat d'arrêt ou d'amener. Il peut également saisir le juge des libertés et de la détention aux fins de placement en détention provisoire.

Les services de police et les unités de gendarmerie peuvent, d'office ou sur instruction du juge d'instruction, appréhender toute personne placée sous contrôle judiciaire à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a manqué aux obligations qui lui incombent. La personne peut alors, sur décision d'un officier de police judiciaire, être retenue 24 heures au plus dans un local de police ou de gendarmerie afin que soit vérifiée sa situation et qu'elle soit entendue sur la violation de ses obligations.

B. LE PLACEMENT EN DÉTENTION PROVISOIRE (ART. 143-1 ET S., CPP)

Le placement en détention provisoire doit rester une exception compte tenu du principe de la présomption d'innocence. Il s'agit d'une mesure entraînant l'incarcération de la personne qu'elle vise, alors qu'elle n'a pas encore été jugée.

Elle ne peut être ordonnée qu'en cas de crime, ou en cas de délit si la personne mise en examen encourt une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à 3 ans d'emprisonnement (ou lorsque la personne mise en examen se soustrait volontairement aux obligations du contrôle judiciaire ou d'une assignation à résidence avec surveillance électronique).

Le juge des libertés et de la détention, saisi par une ordonnance du juge d'instruction tendant au placement en détention de la personne mise en examen, fait comparaître celle-ci devant lui, assistée de son avocat et il statue après un **débat contradictoire**. En cas de prescription de l'incarcération de la personne, il décerne un **mandat de dépôt** à son encontre. Il s'agit de l'ordre donné au chef de l'établissement pénitentiaire de recevoir et de détenir la personne à l'encontre de laquelle il est décerné.

La détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité (art. 144-1, CPP). Elle est en principe de 4 mois au plus en matière correctionnelle mais, elle peut être renouvelée selon les cas jusqu'à une durée maximale de 6 mois, 1 an ou 2 ans. Pour les crimes, elle est de 2 ans lorsque la peine encourue est inférieure à 20 ans de réclusion criminelle ; 3 ans dans les autres cas. Les délais sont portés respectivement à 3 et 4 ans lorsque l'un des faits constitutifs de l'infraction a été commis hors du territoire national. Le délai est de 4 ans lorsque la personne est poursuivie pour plusieurs crimes contre la personne, la nation, l'État et la paix publique ou pour trafic de stupéfiants, terrorisme, proxénétisme, extorsion de fonds ou pour un crime commis en bande organisée.

Le juge des libertés et de la détention est le seul juge pouvant placer une personne en détention provisoire. En revanche, il n'est pas le seul compétent pour remettre un individu en liberté. D'une part, la mise en liberté peut être ordonnée d'office par le juge d'instruction après avis du procureur de la République et ce dernier peut également la requérir à tout moment. D'autre part, la personne placée en détention ou son avocat peut, à tout moment, en s'adressant au juge d'instruction, demander sa mise en liberté. Le juge d'instruction communique immédiatement le dossier au procureur de la République aux fins de réquisitions. Sauf s'il y donne une suite favorable, le juge d'instruction doit, dans les 5 jours suivant la communication du procureur de la République, la transmettre avec son avis motivé au juge des libertés et de la détention. Ce dernier statue dans un délai de 3 jours ouvrables.

SECTION 2. LES JURIDICTIONS D'INSTRUCTION DU SECOND DEGRÉ

Chaque cour d'appel comprend une chambre de l'instruction.

La chambre de l'instruction est une juridiction d'appel :

- des actes et ordonnances du juge d'instruction ;
- des ordonnances du juge des libertés et de la détention.

Les débats se déroulent en chambre du conseil (art. 199, al. 1^{er}, CPP).

Lorsqu'elle est saisie en appel d'une ordonnance du juge d'instruction, la chambre de l'instruction possède toutes les fonctions de l'instruction. La chambre de l'instruction a le pouvoir d'ordonner tout acte d'information complémentaire. Elle a le pouvoir de contrôler toute l'instruction et de prononcer l'annulation de certains actes du juge d'instruction.

CHAPITRE 3. LE JUGEMENT ET LES VOIES DE RECOURS

SECTION 1. LES JURIDICTIONS DE DROIT COMMUN³⁵

- En matière de **crime** : la **cour d'assises** a plénitude de juridiction pour juger, en premier ressort ou en appel, les personnes renvoyées devant elle par une décision de mise en accusation (art. 231, CPP).
- En matière de **délit** : le **tribunal correctionnel** connaît des délits.
- En matière de **contravention** : le **tribunal de police** connaît des contraventions de 5^e classe alors que le **juge de proximité** connaît des contraventions des quatre premières classes.

SECTION 2. LES VOIES DE RECOURS

Les voies de recours, en matière pénale, obéissent à des conditions spécifiques et doivent être formées dans des délais différents de ceux prévus en matière civile. Il convient de distinguer les voies de recours ordinaires (I) et extraordinaires (II).

I. LES VOIES DE RECOURS ORDINAIRES

A. L'OPPOSITION

L'opposition est une **voie de rétraction**, cela signifie que l'affaire jugée revient devant la juridiction qui l'avait préalablement rendue. La raison en est : les décisions ont été rendues par défaut. Cela signifie notamment que le prévenu régulièrement cité à personne n'a pas comparu mais, il a fourni une excuse reconnue comme valable par la juridiction devant laquelle il est appelé, que le prévenu n'a pas eu connaissance de la citation, celle-ci n'ayant pas été délivrée à personne.

L'opposition peut être formée contre :

- les jugements et ordonnances du tribunal de police ;
- les jugements du tribunal correctionnel ;
- les arrêts d'appel.

Le prévenu ou la partie civile peuvent faire opposition. Ce droit n'est pas accordé au ministère public.

35. Il existe des juridictions pénales spécialisées (ex. : juridictions pour mineurs, politiques ou militaires).

Le **jugement rendu par défaut** est non avenu dans toutes ses dispositions si le prévenu forme opposition à son exécution. Il peut toutefois limiter cette opposition aux dispositions civiles du jugement.

L'opposition produit un **effet suspensif**.

Le délai d'opposition est de 10 jours si le prévenu réside dans la France métropolitaine, un mois s'il réside hors de ce territoire.

B. LE DÉFAUT EN MATIÈRE CRIMINELLE

L'accusé, absent sans excuse valable à l'ouverture de l'audience, est jugé par défaut. La cour examine l'affaire sans l'assistance des jurés (art. 379-2, CPP).

Si l'accusé condamné se constitue prisonnier ou s'il est arrêté avant que la peine soit éteinte par prescription (20 ans), l'arrêt de la cour d'assises est considéré comme non avenu dans toutes ses dispositions et l'affaire est réexaminée.

L'appel n'est pas ouvert à l'accusé jugé par défaut.

C. L'APPEL

L'appel est une **voie de réformation** portée devant une juridiction du second degré. Il produit un **effet suspensif** et un **effet dévolutif**, comme en matière civile. Cependant, la chambre des appels correctionnels ou la cour d'assises ne peut aggraver le sort de l'appelant s'il est seul à faire appel.

L'appel peut être formé :

- par le condamné ;
- par la personne civilement responsable ;
- par la partie civile pour les intérêts civils ;
- par le procureur de la République (contravention ou délit) ou le procureur général (crime) ;
- par les administrations publiques qui exercent l'action publique.

Le délai pour faire appel est de 10 jours à compter du prononcé du jugement ou de l'arrêt de la cour d'assises (ou de sa signification selon les cas), et de 2 mois pour le procureur général à compter du prononcé du jugement.

L'appel d'un jugement du tribunal de police ou du tribunal correctionnel est porté devant la chambre des appels correctionnels qui est une formation de cour d'appel qui ne siège pas en permanence.

En matière de crime, l'appel des arrêts d'assises est porté devant une autre cour d'assises statuant en appel désignée par la chambre criminelle de la Cour de cassation (**appel circulant ou tournant**) (art. 380-1, CPP).

II. LES VOIES DE RECOURS EXTRAORDINAIRES

A. LE POURVOI EN CASSATION

Le pourvoi en cassation en matière pénale a un **effet suspensif** contrairement au pourvoi en matière civile. Le pourvoi est porté devant la chambre criminelle de la Cour de cassation. La Cour de cassation ne rejuge pas l'affaire au fond. Elle ne juge qu'en droit.

- Lorsque le pourvoi n'est pas fondé, elle rend un arrêt de rejet qui termine définitivement le procès.
- Lorsque le pourvoi est fondé, elle rend un arrêt de cassation avec renvoi devant une juridiction de même degré et de même nature que celle qui a rendu la décision attaquée.

Peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation, pour violation de la loi :

- les arrêts de la chambre de l'instruction ;
- les arrêts de cour d'assises statuant en appel ;
- les arrêts de la chambre des appels correctionnels ;
- les jugements rendus en dernier ressort en matière de police.

B. LE RECOURS (OU POURVOI) EN RÉVISION

Le pourvoi en révision est destiné à réparer les erreurs judiciaires dont sont entachées les décisions définitives en matière de crime ou de délit, du fait, par exemple, de la découverte d'une pièce capitale. Le pourvoi en révision est porté devant la chambre criminelle de la Cour de cassation. Il n'est soumis à aucune condition de délai.

La révision peut être demandée par :

- le ministre de la Justice ;
- le condamné ou, en cas d'incapacité, son représentant légal ou, en cas de décès, son conjoint, ses enfants, parents, légataire universel ou à titre universel ou ceux qui en ont reçu de lui la mission expresse.

À noter enfin qu'il existe d'autres moyens de recours : le **recours en réparation de la détention** (la personne innocentée peut demander une réparation de son préjudice moral et matériel du fait de la détention provisoire), la **demande d'indemnisation des frais de justice exposés par la personne reconnue innocente** ou encore le **recours en réexamen après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme**.

TITRE 3. LE DROIT PÉNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS ET DES AFFAIRES

CHAPITRE 1. L'ABUS DE BIENS SOCIAUX

L'abus de biens sociaux recouvre en réalité deux infractions distinctes : d'une part, l'abus des biens ou du crédit de la société et d'autre part, l'abus de pouvoirs et de voix. En cas de cumul idéal, les juges ne retiendront que la qualification d'abus des biens de la société.

SECTION 1. LES PERSONNES PUNISSABLES

La loi vise toute personne qui, directement ou par personne interposée, a, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion des SARL, sociétés par actions (SA, SCA, SAS, Société européenne, sociétés anonymes à participation ouvrière) et sociétés civiles de placement immobilier (SCPI).

Il s'agit :

- des **dirigeants de droit** : gérants, administrateurs, directeurs généraux, membres du directoire ou du conseil de surveillance, président, liquidateur ;
- des **dirigeants de fait** : toute personne, qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion de la société sous le couvert et aux lieux et place de ses représentants légaux. Les juges du fond doivent appliquer la méthode du faisceau d'indices de pouvoirs caractérisant la gestion de fait de la société (participation significative dans le capital de la société appauvrie, pouvoir sur le compte bancaire de la société, décider de l'organisation du travail, signer des contrats, recruter des salariés, etc.) (Cass. crim., 21 sept. 2011, n° 10-88716).

Les **complices** sont poursuivis lorsqu'ils permettent par leur aide ou assistance la commission du délit.

SECTION 2. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

I. L'ÉLÉMENT LÉGAL

Lorsque l'abus de biens sociaux est commis dans une société commerciale, il est sanctionné par le Code de commerce. Lorsqu'il est commis dans une SCPI, il est sanctionné par le Code monétaire et financier.

SARL	Art. L. 241-3, 4° et 5°, C. com.
SA	Art. L. 242-6, 3° et 4°, C. com. pour les SA à conseil d'administration Art. L. 242-30, C. com. pour les SA à directoire et conseil de surveillance, sur renvoi à l'art. L. 242-6
Autres sociétés par actions	Art. L. 243-1, C. com. pour les SCA, art. L. 244-1, C. com. pour les SAS, art. L. 244-5 pour la société européenne, sur renvoi à l'article L. 242-6.
SCPI	Art. L. 231-11, 3 et 4, C. mon. fin.

REMARQUES

1. Dans les sociétés autres que SARL, société par actions et SCPI

Dans les **autres sociétés**, des faits semblables à ceux de l'abus de biens sociaux seront qualifiés d'abus de confiance (SNC par exemple).

2. Dans une société étrangère

Depuis un arrêt du 3 juin 2004 (n° 03-80593), il est impossible d'imputer l'infraction aux dirigeants d'une société étrangère, car le droit français n'a pas vocation à protéger l'intérêt social des sociétés étrangères. Cependant, dans des arrêts du 31 janvier 2007 (n° 02-85089 et 05-82671), la Cour de cassation s'est fondée principalement sur le critère du contrôle capitalistique existant entre la société mère française et sa filiale étrangère. Elle a considéré que la restriction d'application du délit d'abus de biens sociaux n'opère pas à l'égard des filiales étrangères des sociétés françaises.

II. L'ÉLÉMENT MATÉRIEL

« [L'infraction consiste, pour les dirigeants sociaux, à] faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ; ...

[...] faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement. »

Art. L. 241-3, C. com.

Il en résulte que l'élément matériel consiste en un acte d'usage de biens (A) contraire à l'intérêt social de la société (B).

A. UN ACTE D'USAGE DE BIENS, DE CRÉDIT, DE POUVOIRS OU DE VOIX

1. Un usage des biens

Il s'agit de toute action portant atteinte au patrimoine social. Le dirigeant utilise les biens mobiliers ou immobiliers de la société, présents ou à venir, par des actes de disposition ou d'administration. Il peut s'agir d'**appropriation**, de **dissipation**, d'**utilisation du personnel de la société à des travaux dans l'intérêt personnel du dirigeant**.

EXEMPLES

- Le dirigeant met des véhicules à la disposition d'une société dont son frère est dirigeant, gratuitement (Cass. crim., 14 janv. 2009, n° 08-83980).
- Un gérant de SARL met à la charge de la société des dépenses antérieures à la constitution de la société sans lien avec l'activité de celle-ci (Cass. crim., 5 nov. 2008, n° 08-80587).
- Le fait que les dirigeants associés possèdent un compte courant d'associés débiteur (c'est-à-dire que les prélèvements excèdent le montant des sommes inscrites au crédit du compte courant d'associé-dirigeant) matérialise l'abus de biens sociaux (Cass. crim., 8 sept. 2010, n° 09-87672).

2. Un usage du crédit

Le dirigeant utilise la bonne renommée de l'entreprise en engageant la signature de la société.

EXEMPLE

Un membre du directoire d'une caisse d'épargne octroie des concours bancaires à des sociétés créées par d'anciens salariés de la société, sans véritable garantie (Cass. crim., 5 sept. 2007, n° 07-80391).

3. Un usage des pouvoirs

Le dirigeant use des droits qui lui sont conférés par la loi ou par les statuts à titre de mandataire social.

EXEMPLE

Le fait pour un dirigeant d'omettre de réclamer à son ami le paiement de services fournis par la société.

Un dirigeant avait usé de son statut et de l'influence qui en découle pour évincer les membres du comité des rémunérations, hostiles au déplaçonnement de sa rémunération et pour mettre en place un nouveau comité qu'il savait acquis à ses vœux et dont l'intervention aurait des conséquences très favorables pour lui (sur ses rémunérations, sa retraite complémentaire et son indemnité de départ à la retraite) (Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85150).

4. Un usage des voix

Le dirigeant abuse des voix dont il dispose personnellement ou par procuration, lors des assemblées générales. Ce délit vise à empêcher que par la méthode des procurations en blanc remises par les actionnaires aux mandataires sociaux, ceux-ci ne transforment en définitive une démocratie en oligarchie ou en dictature.

EXEMPLE

L'assemblée générale annuelle d'une société anonyme, convoquée dans les 6 mois de la clôture de l'exercice, décide d'affecter le résultat au poste « *Autres réserves facultatives* ». Quelques mois après, le dirigeant actionnaire convoque une nouvelle assemblée qui vote l'attribution à ce dirigeant d'un dividende, plus de 9 mois après la clôture des comptes. La Cour de cassation (crim., 3 oct. 2007, n° 07-81617) a confirmé que le dirigeant avait abusé de ses pouvoirs et de ses voix.

B. UN USAGE CONTRAIRE À L'INTÉRÊT SOCIAL DE LA SOCIÉTÉ

En l'absence de définition légale de la notion d'« *intérêt social* » de la société, c'est la jurisprudence qui l'interprète. En principe, l'interprétation du droit pénal est stricte. Or, la jurisprudence opère une interprétation assez large de cette notion.

1. L'atteinte au patrimoine social

L'usage abusif doit causer un préjudice à la société. Ce préjudice peut être aussi bien matériel, la société est appauvrie, que moral, le crédit de la société est entamé du fait des agissements de son dirigeant.

2. L'exposition à un risque anormal

La jurisprudence considère que la société subit un préjudice dès lors que l'infraction l'expose à un **risque anormal d'appauvrissement**. C'est le cas où le dirigeant engage la société dans un contrat de cautionnement, sans lien avec son activité sociale, qui lui fait courir le risque de devoir rembourser une dette.

REMARQUES

1. Risque de sanctions pénales ou fiscales

Certains actes, qui dans un premier temps, pourraient être avantageux pour la société, lui font courir le risque de sanctions pénales ou fiscales. C'est le cas lorsque le dirigeant verse des pots-de-vin pour obtenir une autorisation administrative ou un marché public.

La jurisprudence de la Cour de cassation est constante depuis son arrêt du 27 octobre 1997 (n° 96-83698) où elle énonça le principe suivant :

« Quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation. »

Le dirigeant de l'OM a commis l'abus de biens sociaux en faisant verser des rémunérations occultes à des joueurs puisque cela exposait la société « *à des risques non seulement de poursuites pénales et fiscales, mais encore de cessation des paiements* » (Cass. crim., 22 oct. 2008, n° 07-88111).

2. À des fins personnelles

Le plus souvent, l'atteinte au patrimoine social de la société est faite dans un simple but d'enrichissement personnel. L'atteinte « **à des fins personnelles** » est exigée. Ainsi, le texte punit le fait pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une SA de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement.

En principe, l'exigence de l'intérêt personnel implique qu'un acte qui se révèle défavorable à la société sans que son auteur ait cherché à en tirer profit ne serait pas incriminé. Mais, cette exigence est quasiment méconnue par la jurisprudence, qui estime qu'il y a délit lorsqu'il n'est pas justifié que les fonds ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, par exemple, les fonds prélevés de manière occulte par un dirigeant.

L'arrêt Carpaye du 22 avril 1992 (n° 90-85125) a incriminé les actes qui visaient un but illicite sans rechercher si les prévenus avaient accompli ces actes dans l'intérêt personnel. Dans un autre arrêt (Cass. crim., 24 sept. 2008, n° 08-80872) :

« Attendu que, pour déclarer la prévenue, gérante de la société La maison du paréo, coupable d'abus de biens sociaux pour avoir détourné un stock de marchandises appartenant à cette société, l'arrêt relève notamment qu'il est établi que ce stock, [...], avait disparu le 18 mars 2002, sans qu'aucune vente ne soit intervenue entre ces dates ; [...] la

prévenue n'a pu fournir aucune comptabilité entre sa prise de fonction et la déclaration de cessation des paiements ;

Attendu que [...], s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les biens sociaux, cédés de manière occulte par un dirigeant social, l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel [...]. »

3. Intérêts dans une autre société

L'auteur sera poursuivi si ses agissements avaient pour but d'avantager une société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement, car il en est associé ou dirigeant, ou indirectement, par un membre de sa famille par exemple.

En conséquence, l'importance n'est pas que le dirigeant se soit personnellement enrichi, mais que la société ait été exposée à des risques anormaux d'appauvrissement.

3. Le concours financier accordé dans le cadre d'un groupe

Un problème se pose lorsqu'un dirigeant est amené à apporter le concours financier de sa société à une société faisant partie du même groupe au risque de causer un préjudice à sa propre société. L'abus de biens sociaux ne sera pas constitué si deux conditions sont réunies :

- **Le groupe doit être un groupe structuré par un intérêt économique, social ou financier commun défini par une politique commune.** Le concours financier peut présenter un sacrifice pour l'une des sociétés au profit de l'intérêt supérieur du groupe.
- **Le concours financier « ne doit être ni démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge »** (Cass. crim., 4 févr. 1985, n° 84-91581).

En pratique, les faits justificatifs sont rarement admis.

REMARQUE

Le recel d'abus de biens sociaux

« Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit.

Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.

Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende. »

Art. 321-1, C. pén.

Le recel d'abus de biens sociaux est le délit commis par celui qui profite de l'abus commis par un dirigeant.

Par exemple :

- Un dirigeant favorise son épouse en lui octroyant un contrat de travail fictif dans la société. Le dirigeant commet un abus de biens sociaux, l'épouse un recel d'abus de biens sociaux.
- Le bénéficiaire d'une commission occulte provenant d'un abus de biens sociaux commet un recel d'abus de biens sociaux (Cass. crim., 24 sept. 2008, n° 08-80113).

III. L'ÉLÉMENT MORAL

En principe, l'abus de biens sociaux est un délit intentionnel. Les articles d'incrimination insistent sur « *la mauvaise foi* » des dirigeants et sur la connaissance de l'illicéité de leurs agissements. Les dirigeants « *savent* » que l'usage des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix est « *contraire à l'intérêt* » de la société.

Cependant, souvent la constatation de la matérialité des faits suffit à poursuivre le dirigeant. En effet, les tribunaux considèrent que la mauvaise foi est présumée dès lors que l'infraction est dissimulée ou que le dirigeant a conscience de l'avantage retiré de l'infraction. Le délit d'abus de biens sociaux est devenu une infraction matérielle. Le prévenu doit alors combattre une présomption de mauvaise foi difficilement renversable.

REMARQUE

1. Dol spécial

Les juridictions vont rechercher l'existence d'un dol spécial : l'auteur avait-il l'intention de nuire à la société ? Il a été jugé que les erreurs ponctuelles dénuées de toute volonté de nuire à la société justifient la relaxe de la personne poursuivie (Cass. crim., 22 oct. 2008, n° 08-81226).

2. Consentement de tous les associés de la société victime

Le consentement de tous les associés de la société victime ne peut être invoqué à titre de fait justificatif (Cass. crim., 30 sept. 1991, n° 90-83965).

SECTION 3. LES CONSÉQUENCES PÉNALES ET CIVILES

I. LES PEINES

L'abus de biens sociaux est sanctionné par un emprisonnement de 5 ans et une amende de 375 000 €, pour les auteurs et leurs complices.

La tentative n'est pas punissable.

II. L'ACTION CIVILE

A. LA SOCIÉTÉ QUI SUBIT LE PRÉJUDICE

Du fait même de sa définition, l'abus de biens sociaux commis par un dirigeant porte un **préjudice direct et personnel** à sa société, l'action civile appartient donc à la société elle-même.

L'action sociale peut être menée par les nouveaux dirigeants contre celui qui a commis l'infraction (action ut universi), par un directeur spécialement habilité, par un ou plusieurs associés (action ut singuli) ou par une association d'actionnaires représentant au moins de 5 % du capital social. En cas de procédure collective ouverte contre la société, l'action civile peut être exercée par le liquidateur (tant qu'il n'a pas procédé à la clôture des opérations de liquidation) et par le commissaire à l'exécution du plan.

REMARQUE

Action sociale

L'action sociale ut singuli est recevable à l'encontre des **complices** et des **receleurs d'abus de biens sociaux**, en dépit de l'extinction de l'action publique à l'égard de l'auteur principal (Cass. crim., 14 janv. 2009, n° 08-80584).

Dans un arrêt en date du 16 décembre 2009 (Cass. crim., n° 08-88305), la société victime d'abus de biens sociaux s'était constituée partie civile par le biais du représentant légal de la société. Ce dernier ne demandait cependant la réparation d'aucun préjudice à l'auteur des faits. Les actionnaires ont exercé l'action sociale au nom de la société, ils ont été déclarés recevables à se constituer partie civile et à solliciter des **dommages-intérêts** à l'encontre de l'auteur de ce délit, peu important que le représentant légal de cette société, partie civile, n'invoque l'existence d'aucun préjudice.

B. LES ASSOCIÉS INDIVIDUELLEMENT, LES SALARIÉS, LES CRÉANCIERS

L'action civile est refusée aux associés agissant individuellement, aux salariés et aux créanciers car l'abus de biens sociaux porte un **préjudice direct et personnel** seulement à la société.

- En ce qui concerne les **associés**, la dévalorisation du capital social découlant de délits d'abus de biens sociaux commis par un dirigeant constitue, non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même (Cass. crim., 20 juin 2007, n° 07-80065).
- En ce qui concerne les **salariés**, les délits d'abus de biens sociaux ne sont pas la cause directe du préjudice invoqué par les salariés (Cass. crim., 23 mars 2005, n° 04-84756).
- En ce qui concerne les **créanciers**, ne peut qu'être indirect le préjudice causé à l'État ayant versé des aides à une société dont les dirigeants sont poursuivis pour avoir abusé des biens de ladite société. En conséquence, l'action civile du Trésor public est déclarée irrecevable (Cass. crim., 28 févr. 2006, n° 05-83461).

III. LA PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE

A. LE PRINCIPE

L'abus de biens sociaux est une infraction instantanée qui est consommée à chaque usage abusif.

En cas d'**agissements répétés**, le délit se renouvelle à chaque usage, ce qui fait repartir la prescription. La prescription de l'action publique, de 3 ans, court à compter de la commission de la dernière infraction.

Selon la jurisprudence, le délai court, **sauf dissimulation**, à partir de « *la présentation des comptes annuels (aux associés) par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société* » (Cass. crim., 5 mai 1997, n° 96-81482). Il convient donc d'opérer une distinction entre les cas de dissimulation et l'absence de dissimulation.

B. LES AGISSEMENTS DISSIMULÉS

Lorsque les agissements sont dissimulés, le point de départ de la prescription est le **jour de la révélation du délit**, plus précisément à compter de la **date à laquelle ces faits ont pu être constatés dans des conditions permettant l'action publique** (Cass. crim., 27 juill. 1993, n° 92-85146).

La notion de « **dissimulation** » devient déterminante. Les faits sont dissimulés lorsque les dépenses litigieuses ne sont pas enregistrées en comptabilité ou lorsque les écritures donnent l'apparence d'opérations normales. Souvent, l'abus de biens sociaux est découvert lors de contrôles fiscaux ou par un mandataire de justice (administrateur judiciaire ou liquidateur) lors d'une procédure relative aux difficultés de l'entreprise.

EXEMPLE

« Attendu que, pour écarter le moyen tiré de la prescription des abus de biens sociaux commis par Argentine Z..., présidente de la société Arsol, au cours des années 1992 et 1993, résultant du versement à sa mère, Argentine Y..., de salaires rémunérant un emploi fictif et de l'attribution à celle-ci d'avantages en nature non causés, l'arrêt, après avoir constaté qu'à partir du 31 décembre 1991, le capital de la société était détenu par les membres de la famille Y..., énonce qu'aucun des actionnaires connaissant l'usage abusif des biens sociaux n'avaient intérêt à en faire la révélation à l'autorité judiciaire ou policière ;

Que [...] seul le contrôleur des impôts qui a procédé à la vérification de la comptabilité de la société, au titre des exercices 1992 et 1993, a été en mesure de connaître les faits d'abus de biens sociaux et de les dénoncer au ministère public, au plus tôt le 11 juillet 1995, soit moins de trois ans avant le premier acte interruptif de la prescription du 28 avril 1998 ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs, exempts d'insuffisance, relevant de son appréciation souveraine, la cour d'appel a justifié sa décision ;

Du fait de la jurisprudence, l'abus de biens sociaux apparaît « imprescriptible ».

CHAPITRE 2. LA DISTRIBUTION DE DIVIDENDES FICTIFS

La distribution de dividendes fictifs est souvent accompagnée du délit de présentation de comptes infidèles.

SECTION 1. LES PERSONNES PUNISSABLES

Le texte vise les gérants de SARL, le président, les administrateurs, les directeurs généraux d'une SA, et de façon générale, les dirigeants de sociétés par actions ou d'une SCPI.

Est coupable de **complicité** toute personne ayant participé à l'établissement de l'inventaire frauduleux conduisant à la distribution de dividendes fictifs.

SECTION 2. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

I. L'ÉLÉMENT LÉGAL

SARL	Art. L. 241-3, 2°, C. com.
SA	Art. L. 242-6, 1°, C. com. pour les SA à conseil d'administration Art. L. 242-30, C. com. pour les SA à directoire et conseil de surveillance, sur renvoi à l'art. L. 242-6
Autres sociétés par actions	Art. L. 243-1, C. com. pour les SCA, art. L. 244-1, C. com. pour les SAS, art. L. 244-5 pour la société européenne, sur renvoi à l'article L. 242-6.
SCPI	Art. L. 231-11-1, C. mon. fin.

II. L'ÉLÉMENT MATÉRIEL

Il est interdit aux dirigeants de SARL ou de sociétés par actions d'opérer entre les associés, la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire, ou au moyen d'inventaires frauduleux.

Trois conditions sont à réunir pour constituer l'infraction : l'existence de dividendes fictifs (A), la répartition de ces dividendes (B) et le défaut d'inventaire (C).

A. L'EXISTENCE DE DIVIDENDES FICTIFS

Les sommes pouvant être mises à la disposition des associés comportent :

- le bénéfice distribuable : bénéfice de l'exercice en cours, diminué des pertes antérieures et des sommes à porter en réserve en application de la loi et des statuts, et augmenté du report bénéficiaire ;
- des sommes prélevées sur les réserves dont l'assemblée générale a la disposition, avec précision des postes sur lesquels les prélèvements sont effectués.

Il y a distribution de dividendes fictifs lorsque ceux-ci sont distribués à partir de sommes qui ne sont pas distribuables.

B. LA RÉPARTITION DES DIVIDENDES FICTIFS

La répartition des dividendes doit s'entendre comme la **mise à la disposition** des dividendes aux associés. La jurisprudence ne prend pas en compte l'effectivité de l'encaissement par les associés ou le mode de paiement des dividendes. La répartition est réalisée dès que les actionnaires ont acquis un droit privatif ferme qui leur confère un droit de créance sur la société. Ce droit est acquis par la décision de l'assemblée générale dans la mesure où elle vote les modalités de mise en paiement des dividendes ou par la décision du conseil d'administration de mettre en distribution le dividende.

C. LE DÉFAUT D'INVENTAIRE OU EN CAS D'INVENTAIRES FRAUDULEUX

Le délit de répartition de dividendes fictifs nécessite une absence d'inventaire (cas rare) ou un inventaire frauduleux (cas plus fréquent).

L'inventaire est l'état détaillé qui permet aux associés d'apprécier la consistance de l'actif et du passif de la société. Pour la jurisprudence et la doctrine, les comptes annuels présentent la teneur de l'inventaire.

Il s'agit souvent d'une falsification des comptes, qui consiste à ne pas enregistrer des dépréciations dans le but d'augmenter le bénéfice distribuable.

III. L'ÉLÉMENT MORAL

La répartition de dividendes fictifs est une **infraction intentionnelle**. L'élément moral consiste dans la connaissance de l'inexactitude de l'inventaire et de la fictivité des bénéfices.

SECTION 3. LES CONSÉQUENCES PÉNALES ET CIVILES

La **peine** encourue est un emprisonnement de 5 ans et une amende de 375 000 €.

La **tentative** n'est pas punissable.

L'**action civile** appartient à la société, aux associés individuellement et aussi aux créanciers, car le prélèvement sur les réserves non disponibles porte atteinte à leur droit de gage sur le capital social.

La **prescription** est de 3 ans, à compter du jour où les dividendes sont mis à la disposition des associés.

CHAPITRE 3. LA PRÉSENTATION OU LA PUBLICATION DE COMPTES ANNUELS INFIDÈLES

SECTION 1. LES PERSONNES PUNISSABLES

Les auteurs sont les dirigeants d'une SARL, d'une société par actions ou d'une SCPI.

Sont punissables ceux qui ont aidé à commettre l'infraction (complices), il s'agit le plus souvent des experts-comptables et des commissaires aux comptes.

SECTION 2. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

I. L'ÉLÉMENT LÉGAL

SARL	Art. L. 241-3, 3°, C. com.
SA	Art. L. 242-6, 2°, C. com. pour les SA à conseil d'administration Art. L. 242-30, C. com. pour les SA à directoire et conseil de surveillance, sur renvoi à l'art. L. 242-6
Autres sociétés par actions	Art. L. 243-1, C. com. pour les SCA, art. L. 244-1, C. com. pour les SAS, art. L. 244-5 pour la société européenne, sur renvoi à l'article L. 242-6.
SCPI	Art. L. 231-11, 2., C. mon. fin.

II. L'ÉLÉMENT MATÉRIEL

L'infraction consiste à, même en l'absence de toute distribution de dividendes, présenter aux associés ou publier (B) des comptes annuels ne donnant pas (A), pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière ou du patrimoine, à l'expiration de cette période, en vue de dissimuler la véritable situation de la société.

A. LES INEXACTITUDES

Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de la société. La fidélité porte aussi bien sur l'exactitude des comptes présentés que sur l'information qu'ils communiquent. En conséquence, les inexactitudes peuvent être aussi bien matérielles que formelles.

B. LA PRÉSENTATION OU LA PUBLICATION DES COMPTES

- **Dans les SARL, seule est sanctionnée la présentation des comptes annuels infidèles aux associés**, dès que les comptes sont mis à la disposition des associés, soit 15 jours avant l'assemblée générale qui doit les approuver. L'infraction se poursuit jusqu'à l'approbation des comptes.
- **Dans les sociétés par actions et les SCPI, sont sanctionnées la présentation des comptes infidèles**, comme dans la SARL, **mais aussi la publication des comptes infidèles**, quelle que soit la forme de l'information destinée au public.
Les deux faits sont indépendants. Ainsi, si après avoir été présentés, les comptes inexacts ont fait l'objet d'une publication, un nouveau délit est alors commis.

III. L'ÉLÉMENT MORAL

La présentation ou la publication de comptes infidèles est un délit intentionnel. L'inexactitude des comptes doit avoir pour objectif de dissimuler la véritable situation de la société, ce qui constitue un **dol spécial**. Refuser de se conformer aux préconisations d'un rapport d'audit établi par un commissaire aux comptes suffit à établir l'intention frauduleuse de l'auteur du délit.

Le rejet du bilan par l'assemblée générale ou la connaissance par les actionnaires de la situation véritable de la société n'empêche pas la constitution du délit.

SECTION 3. LES CONSÉQUENCES PÉNALES ET CIVILES

Le délit de présentation ou de publication de comptes annuels infidèles est punissable d'un **emprisonnement de 5 ans** et d'une **amende de 375 000 €**.

La **tentative** n'est pas punissable.

En matière d'abus de biens sociaux, la jurisprudence a une position stricte concernant la possibilité de se constituer **partie civile**. En revanche, sa position est souple concernant la recevabilité de la constitution de partie civile du chef de présentation ou de publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle de la situation réelle de l'entreprise. L'action civile appartient à la société, aux associés individuellement et à toute personne qui subirait un préjudice direct du fait de la publication des comptes inexacts.

EXEMPLE

Est recevable la constitution de partie civile du **cessionnaire qui avait acquis**, postérieurement à la présentation de comptes inexacts, **des parts de la société** (Cass. crim., 16 avr. 2008, n° 07-84713), du cessionnaire d'actions qui fait état de ce que la présentation de comptes annuels infidèles avait servi à l'évaluation d'actions qu'il était sur le point d'acheter,

du banquier de l'entreprise, ou du créancier (à condition que sa créance ne soit pas antérieure à la présentation des comptes infidèles).

En revanche, n'est recevable la constitution de partie civile de l'actionnaire que si la présentation ou la publication des comptes a été déterminante de sa décision de prendre une participation dans la société, ou de l'évaluation des titres cédés (Cass. crim., 5 mai 2004, n° 03-82801).

Un fournisseur n'est recevable à se constituer partie civile que si les comptes inexacts de son cocontractant l'ont conduit à continuer ses relations contractuelle avec lui (Cass. crim., 16 juin 2011, n° 10-81744).

Est irrecevable l'action civile d'une fédération de syndicats ou d'un comité d'entreprise.

La **prescription** est de 3 ans, à compter du jour où les comptes annuels sont présentés aux associés ou mis à la disposition du public.

CHAPITRE 4. LES AUTRES INFRACTIONS AU DROIT DES SOCIÉTÉS

SECTION 1. LES INFRACTIONS RELATIVES À LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ

I. LA MAJORATION FRAUDULEUSE DES APPORTS EN NATURE

A. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'INFRACTION

Sont visées la SARL, les sociétés par actions et la SCPI.

Est punissable toute personne qui fait attribuer à un apport une évaluation supérieure à sa valeur réelle, il peut s'agir de l'apporteur lui-même, du commissaire aux apports, d'un complice (dirigeant par exemple).

Les dispositions s'appliquent non seulement en cas d'apport initial mais également en cas d'augmentation du capital.

B. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

1. L'élément légal

SARL	Art. L. 241-3, 1°, C. com.
SA	Art. L. 242-2, 4°, C. com.
Autres sociétés par actions	Art. L. 243-1, C. com. pour les SCA, art. L. 244-1, C. com. pour les SAS, art. L. 244-5 pour la société européenne, sur renvoi à l'article L. 242-6.
SCPI	Art. L. 231-10, 4, C. mon. fin.

2. L'élément matériel

L'infraction consiste à faire attribuer frauduleusement, à un apport en nature, une évaluation supérieure à sa valeur réelle.

3. L'élément moral

Il s'agit d'une infraction intentionnelle. La mauvaise foi est essentielle compte tenu de la difficulté d'évaluer les apports en nature. Le juge apprécie le caractère frauduleux de l'évaluation.

C. LES CONSÉQUENCES PÉNALES

Les **peines** diffèrent selon que le délit est commis dans une SARL ou une société par actions.

- **Dans la SARL**, l'infraction est punissable d'un emprisonnement de 5 ans et d'une amende de 375 000 €.
- **Dans les sociétés par actions**, l'infraction est punissable d'un emprisonnement de 5 ans, mais l'amende n'est que de 9 000 €.

En pratique, la surévaluation de l'apport en nature est difficile à établir.

II. LE DÉLIT D'ÉMISSION OU DE NÉGOCIATION D' ACTIONS DE SOCIÉTÉ IRRÉGULIÈREMENT CONSTITUÉE

A. LE CHAMP D'APPLICATION

Le texte ne vise que les **sociétés par actions** : SA, SCA, SAS, société européenne (art. L. 242-1, L. 244-1, L. 243-1, L. 244-5, C. com.).

Les personnes susceptibles d'être responsables sont les fondateurs, le président, les administrateurs ou les directeurs généraux.

B. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

1. L'élément légal

Il s'agit de l'article L. 242-1 du Code de commerce concernant les SA.

2. L'élément matériel

Le fait sanctionné est l'émission ou la négociation des actions :

- sans que les actions de numéraires aient été libérées à la souscription de la moitié au moins ;
- ou sans que les actions d'apport aient été intégralement libérées avant l'immatriculation de la société au RCS.

3. L'élément moral

L'émission d'actions de société irrégulièrement constituée est une **infraction non intentionnelle**, la matérialité des faits suffit à la constituer.

B. LES CONSÉQUENCES PÉNALES

Les fondateurs et les dirigeants de la société encourrent une amende de 150 000 €. Les peines sont doublées lorsqu'il s'agit de sociétés qui font offre au public de leurs titres.

SECTION 2. LES INFRACTIONS RELATIVES À LA LIQUIDATION DE LA SOCIÉTÉ (EN DEHORS DES PROCÉDURES COLLECTIVES)

I. LES INFRACTIONS RELATIVES À LA DÉSIGNATION DU LIQUIDATEUR

L'article L. 247-5 du Code de commerce sanctionne, d'un emprisonnement de 2 ans et d'une amende de 9 000 €, l'exercice des fonctions de liquidateur malgré une interdiction.

Une personne condamnée pour exercice illicite des fonctions de liquidateur, ne peut pas être employée, à quelque titre que ce soit, dans la société dans laquelle elle a exercé les fonctions prohibées. La peine d'emprisonnement de 2 ans et d'amende de 9 000 € vise la personne condamnée et son employeur.

II. LES INFRACTIONS RELATIVES AUX OPÉRATIONS DE LIQUIDATION

Dans le cadre de la liquidation, le liquidateur doit, sous peine de sanctions pénales, accomplir certaines formalités, faire statuer sur sa gestion (A) et s'abstenir de commettre des abus (B).

A. LE MANQUEMENT À L'ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITÉS LÉGALES

REMARQUE

Depuis la loi du 22 mars 2012, en l'absence de publicité de l'acte de nomination du liquidateur, le ministère public ou toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre au liquidateur, sous astreinte, d'y procéder.

En outre, lorsque le liquidateur ne convoque pas l'assemblée des associés dans les 6 mois de sa nomination, l'organe de contrôle ou un mandataire désigné, par décision de justice, à la demande de tout intéressé, peut y procéder.

Lorsque le liquidateur ne convoque pas les associés en fin de liquidation pour statuer sur les comptes sociaux définitifs et constater la clôture de la liquidation, tout associé peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de procéder à la convocation.

L'article L. 247-7 du Code de commerce punit de 150 000 € d'amende le fait de :

- « 1° Ne pas déposer sur un compte ouvert dans un établissement de crédit au nom de la société en liquidation, dans le délai de quinze jours à compter de la décision de répartition, les sommes réparties entre les associés et les créanciers ;
- 2° Ne pas déposer à la caisse des dépôts et consignations, dans le délai d'un an à compter de la clôture de la liquidation, les sommes attribuées à des créanciers ou à des associés qui n'ont pas été réclamées. »

Ces infractions sont intentionnelles.

B. LES ABUS RELATIFS À LA LIQUIDATION

L'article L. 247-8 du Code de commerce réprime deux sortes de comportements illicites punis d'une peine de 5 ans d'emprisonnement et 9 000 € d'amende. Est sanctionné :

« Le fait, pour un liquidateur, de **mauvaise foi** :

- de faire des biens ou du crédit de la société en liquidation, un usage qu'il sait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement ;
- de céder tout ou partie de l'actif de la société en liquidation [à un associé en nom, à un associé commandité, à un dirigeant, au liquidateur lui-même ou à un de ses employés. L'interdiction vise les conjoints, ascendants et descendants de ces personnes. Toute cession est interdite à ces personnes, sauf consentement unanime des associés ou autorisation judiciaire] [...]. »

Ces infractions sont intentionnelles.

SECTION 3. LES INFRACTIONS RELATIVES AUX ASSEMBLÉES

I. LE FAIT DE NE PAS SOUMETTRE LES COMPTES À L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ANNUELLE

L'article L. 241-5 (dans les SARL) et l'article L. 242-10 du Code de commerce (dans les sociétés par actions) punissent le fait, pour le gérant ou les dirigeants, de ne pas soumettre à l'approbation de l'assemblée générale annuelle les comptes annuels et le rapport de gestion (l'inventaire en cas des SARL).

La seule abstention suffit à établir l'infraction, **l'intention n'est pas recherchée**.

Les peines diffèrent selon que le délit est commis dans une SARL ou une société par actions :

- dans la SARL, l'infraction est punissable de 9 000 € d'amende ;
- dans la société par actions, l'infraction est punie d'un emprisonnement de 6 mois et d'une amende de 9 000 €.

REMARQUE

La non-convocation de l'AG n'est plus sanctionnée pénalement depuis la loi du 22 mars 2012. Désormais, le ministère public ou toute personne intéressée peut saisir le président du tribunal statuant en référé afin d'enjoindre, sous astreinte, aux dirigeants de convoquer l'AG ou de désigner un mandataire pour y procéder (art. L. 223-26, L. 225-100, C. com.).

II. L'ENTRAVE À L'EXERCICE DU DROIT DE PARTICIPATION À UNE ASSEMBLÉE

Ne sont concernées par ce délit que les sociétés par actions.

L'article L. 242-9, 1° du Code de commerce sanctionne, d'un emprisonnement de 2 ans et d'une amende de 9 000 €, toute personne qui crée un empêchement à la participation d'un actionnaire à une assemblée, que ce soit en lui interdisant l'accès à l'assemblée ou en lui interdisant de prendre part au vote ou de participer aux débats.

EXEMPLE

Est puni le fait pour le président de faire commencer l'assemblée avant l'heure prévue et de profiter de l'absence d'un actionnaire opposant pour faire voter des résolutions (Cass. crim., 17 nov. 1992, n° 92-81132).

Le délit est intentionnel. Sont punis ceux qui agissent sciemment et qui accomplissent un acte positif d'entrave. Il a été jugé que ce n'était pas le cas d'une convocation publiée dans un journal d'annonces légales au mois d'août en période de vacances.

Les coupables ne sont pas nécessairement les dirigeants sociaux.

III. LE VOTE FRAUDULEUX

L'article L. 242-9, 3° du Code de commerce interdit, **dans les sociétés par actions**, le fait de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que le fait d'accorder, garantir ou promettre ces avantages.

Le délit est intentionnel.

La peine est de 2 ans d'emprisonnement et de 9 000 € d'amende.

REMARQUE

Formalités relatives à la feuille de présence et au procès-verbal

À chaque assemblée, est tenue une feuille de présence ; les décisions de l'assemblée doivent être constatées par un procès-verbal. Le non-respect de ces obligations n'est plus sanctionné pénalement : la sanction est une nullité facultative des délibérations de l'assemblée (art. L. 225-114, C. com.).

SECTION 4. LES INFRACTIONS RELATIVES AU CONTRÔLE DE LA SOCIÉTÉ

REMARQUE

L'associé ou l'actionnaire qui n'a pas obtenu communication des documents sociaux demande au président du tribunal de commerce d'**enjoindre** aux administrateurs, **sous astreinte, de les communiquer ou de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication** (art. L. 238-1, C. com.). Il s'agit d'une mesure de dépénalisation.

I. LES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL

Le **délit d'entrave** est constitué par le fait de porter atteinte :

- à la libre désignation des délégués du personnel ou à l'exercice de leurs fonctions (art. L. 2316-1, C. trav.). La tentative est punissable ;
- à la constitution d'un comité d'entreprise, à la libre désignation de ses membres ou à l'exercice de leur fonctionnement régulier (art. L. 2328-1, C. trav.) ;
- à l'exercice du droit syndical (art. L. 2146-1, C. trav.).

Est punissable le fait, dans les entreprises d'au moins 300 salariés, de ne pas établir et soumettre annuellement au comité d'entreprise le bilan social (art. L. 2328-2, C. trav.).

Ces infractions sont punies d'un an d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende.

En principe, le délit est intentionnel. Or, l'examen de la jurisprudence montre que l'élément intentionnel n'est pas exigé.

II. LE CONTRÔLE EXTERNE

A. LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR LE COMMISSAIRE AUX COMPTES

1. Les délits relatifs à la désignation du commissaire aux comptes

a. La protection du titre de commissaire aux comptes

L'article L. 820-5 du Code de commerce punit, d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende, le fait, pour toute personne :

- de faire usage du titre de commissaire aux comptes sans être régulièrement inscrite sur la liste de la commission régionale d'inscription ou sans avoir prêté serment ;
- d'exercer illégalement la profession de commissaire aux comptes malgré une mesure d'interdiction ou de suspension.

b. Les incompatibilités

L'indépendance des commissaires aux comptes est importante pour limiter les conflits d'intérêts. Cette indépendance est assurée par l'établissement d'une liste de prestations interdites et d'incompatibilités.

L'article L. 822-10 du Code de commerce dispose que :

« Les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles :

1° Avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance ;

2° Avec tout emploi salarié ; toutefois, un commissaire aux comptes peut dispenser un enseignement se rattachant à l'exercice de sa profession ou occuper un emploi rémunéré chez un commissaire aux comptes ou chez un expert-comptable ;

3° Avec toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée. »

L'article L. 820-6 du Code de commerce punit toute personne qui, soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes, aura accepté, exercé ou conservé les fonctions de commissaire aux comptes, **nonobstant les incompatibilités légales**, d'un emprisonnement de 6 mois et d'une amende de 7 500 €. Le délit est intentionnel.

Le Code de déontologie des commissaires aux comptes (ann. 8-1, livre VIII, C. com.) définit un certain nombre d'incompatibilités :

- Le commissaire aux comptes ne peut pas prendre, recevoir ou conserver un intérêt auprès de la société dont il est chargé de certifier les comptes ou auprès d'une société contrôlant celle-ci ou contrôlée par elle.
- Le commissaire aux comptes ne peut pas fournir de conseil ou toute autre prestation de services, qui n'entrent pas dans les diligences directement liées à sa mission de commissaire aux comptes, à la société qui l'a chargé de certifier ses comptes, ou aux sociétés contrôlant celle-ci ou contrôlées par elle.
- Lorsque le commissaire aux comptes est affilié à un réseau dont les membres ont un intérêt économique commun et qui n'a pas pour activité exclusive le contrôle légal des comptes, il ne peut pas certifier les comptes d'une société qui, en vertu d'un contrat conclu avec ce réseau ou un membre de ce réseau, bénéficie d'une prestation de services non directement liée à sa mission.
- Les commissaires aux comptes ne peuvent pas devenir dirigeants des sociétés qu'ils ont contrôlées dans les 5 ans qui suivent la cessation de leurs fonctions ; ils ne peuvent pas non plus en devenir salariés.
- Les anciens dirigeants et les anciens salariés d'une société doivent respecter un délai d'au moins 5 ans après la cessation de leurs fonctions, avant d'être nommés commissaires aux comptes dans cette société, ou des sociétés possédant au moins 10 % du capital de celle-ci ou dont celle-ci disposerait au moins de 10 % du capital lors de la cessation de leurs fonctions.

c. Le défaut de désignation du commissaire aux comptes

L'article L. 820-4, 1° du Code de commerce punit le fait, pour le dirigeant d'une entité tenue d'avoir un commissaire aux comptes³⁶, de ne pas en provoquer la désignation. La peine encourue est un emprisonnement de 2 ans et une amende de 30 000 €.

2. Les délits relatifs à l'exercice de la profession de commissaire aux comptes

a. Les droits des commissaires aux comptes

L'article L. 820-4, 1° et 2° du Code de commerce punit :

- pour tout dirigeant de personne morale tenue d'avoir un CAC, de ne pas convoquer le commissaire aux comptes à toute assemblée générale. La peine est un emprisonnement de 2 ans et une amende de 30 000 € ;
- pour les dirigeants d'une personne morale ayant un CAC, de mettre obstacle aux vérifications ou contrôles des commissaires aux comptes, ou de leur refuser communication sur place de toutes les pièces utiles à l'exercice de leur mission. L'infraction est grave puisqu'elle est punie de 5 ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende.

36. Toute SA doit désigner au moins un commissaire aux comptes et au moins deux lorsqu'elle est astreinte à publier des comptes consolidés. La désignation d'un commissaire aux comptes est obligatoire dans les SNC et SARL lorsque deux des éléments suivants dépassant les seuils : 1 550 000 € de total de bilan, 3 100 000 € de chiffre d'affaires et 50 salariés. La désignation d'un commissaire aux comptes est obligatoire dans les SAS lorsque deux des éléments suivants dépassant les seuils : 1 000 000 € de total de bilan, 2 000 000 € de chiffre d'affaires hors taxe et 20 salariés.

b. Les obligations du commissaire aux comptes

Le rôle du commissaire aux comptes est de certifier que les comptes sont sincères et donnent une image fidèle de la situation de la société. Il est donc dans l'obligation de veiller à donner des informations fiables.

L'article L. 820-7 du Code de commerce punit, de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende, des infractions spécifiques aux commissaires aux comptes :

- le fait, pour toute personne exerçant les fonctions de CAC, de donner ou de confirmer des informations mensongères sur la situation de la personne morale contrôlée (**informations mensongères**) ;
- le fait, pour toute personne exerçant les fonctions de CAC, de ne pas révéler, au procureur de la République, les faits délictueux dont il a eu connaissance (**non-révéléation des faits délictueux**).

L'infraction de non-révéléation de faits délictueux par un commissaire aux comptes étant un **délit intentionnel**, une simple imprudence n'est pas punissable. Les juges du fond doivent apprécier au cas par cas les mots « *dont il a eu connaissance* » pour déterminer dans quelle hypothèse il ne pouvait ignorer les faits délictueux. En pratique, le CAC est un professionnel qui ne peut ignorer certains faits et qui ne peut argumenter qu'il n'a pas rempli sa mission.

L'**action civile** du chef de non-révéléation de faits délictueux est exercée par **toute personne qui justifie un préjudice direct et personnel**. Par exemple, la Cour de cassation a admis l'action civile exercée par une société financière qui avait acheté les actions de la société contrôlée par le commissaire aux comptes (Cass. crim., 25 févr. 2009, n° 08-80314). Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a admis l'action civile exercée par un créancier de la société contrôlée par le commissaire aux comptes (Cass. crim., 8 mars 2006, n° 05-81153).

REMARQUE

Par ailleurs, les commissaires aux comptes peuvent être poursuivis, en tant qu'**auteurs** ou en tant que **complices**, pour d'autres infractions : escroquerie, faux, abus de biens sociaux (Cass. crim., 25 févr. 2004, n° 03-81173).

B. LE CONTRÔLE DE L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS (AMF)

1. L'entrave à la mission des agents de l'AMF

L'article L. 642-2 du Code monétaire et financier punit, de 2 ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende, le fait, pour toute personne :

- d'empêcher des agents de l'AMF de remplir leur mission de contrôle et d'enquête ;
- de communiquer à l'AMF des informations inexactes.

C'est une infraction intentionnelle.

2. Le délit d'initié, la manipulation des cours et la diffusion d'informations inexactes

Nous allons les étudier dans la série 2.

SECTION 5. LES INFRACTIONS RELATIVES AUX DROITS SOCIAUX ET AUX MODIFICATIONS DE CAPITAL SOCIAL

I. LE DÉLIT D'ÉMISSION DE VALEURS MOBILIÈRES DANS UNE SARL

L'article L. 241-2 du Code de commerce sanctionne, d'un emprisonnement de 6 mois et d'une amende de 9 000 € :

« Le fait, pour des gérants, d'émettre, directement ou par personne interposée, pour le compte de la société des valeurs mobilières quelconques, à l'exception des obligations émises dans les conditions déterminées par l'article L. 223-11. »

Les SARL sont autorisées à émettre des obligations à condition de ne pas les offrir au public, d'être tenue à l'obligation d'avoir un commissaire aux comptes et d'avoir fait régulièrement approuver les comptes des trois derniers exercices.

Le délit d'émission de valeurs mobilières est une **infraction intentionnelle**.

II. LES DÉLITS COMMIS DANS LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

A. LES DÉLITS RELATIFS AUX ACTIONS

1. Le délit de négociation irrégulière d'actions de numéraire

Est puni, de 150 000 €, le fait de négocier des actions de numéraire pour lesquelles le versement de la moitié n'a pas été effectué (art. L. 242-3, C. com.).

2. Les opérations de la société sur ses propres actions

L'article L. 242-24 du Code de commerce punit, d'une amende de 150 000 €, le fait, pour les dirigeants des SA :

- d'utiliser des actions achetées par la société, en application de l'article L. 225-208 afin de faire participer les salariés aux résultats³⁷, d'attribuer des actions gratuites ou de consentir des options donnant droit à l'achat d'actions, à des fins autres que celles prévues par cet article ;
- d'effectuer, au nom de la société, les opérations interdites par le premier alinéa de l'article L. 225-216³⁸.

Les personnes potentiellement responsables sont le président, les administrateurs ou les directeurs généraux de la société.

REMARQUE

Le rachat de ses propres actions est autorisé sous certaines conditions. Ainsi, les sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé sont autorisées à acheter leurs actions propres dans la limite de 10 % du capital, sur autorisation de l'assemblée générale et sous le contrôle de l'AMF (art. L. 225-209, C. com.).

37. Les sociétés par actions peuvent acheter leurs propres actions pour attribuer des actions à leurs salariés dans le cadre de la participation aux résultats ; les actions doivent être attribuées dans un délai d'un an à compter de l'acquisition (art. L. 225-208, C. com.).

38. L'article L. 225-216 du Code de commerce interdit à une société par actions d'avancer des fonds, d'accorder des prêts ou de consentir une sûreté en vue de la souscription ou l'achat de ses propres actions par un tiers. Cette interdiction ne s'applique ni aux opérations courantes des entreprises de crédit ni aux opérations effectuées en vue de l'acquisition par les salariés d'actions de la société, d'une de ses filiales ou d'une société comprise dans le champ d'un plan d'épargne de groupe.

3. Le délit de détention d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote par les dirigeants

L'article L. 245-4 du Code de commerce punit, d'une amende de 150 000 €, le fait, pour le président et les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance d'une SA, les directeurs généraux ou les gérants d'une société en commandite par actions, de détenir, directement ou indirectement, des actions à dividende prioritaire sans droit de vote de la société qu'ils dirigent.

REMARQUE

Les dirigeants d'une société cotée doivent faire mettre sous la forme nominative ou de déposer leurs titres émis par la société. Le non-respect de cette obligation n'est plus sanctionné pénalement, la sanction est la suspension des droits de vote et des droits à dividendes jusqu'à régularisation de la situation (art. L. 225-109, C. com.).

B. LES DÉLITS RELATIFS AUX OPÉRATIONS SUR LE CAPITAL

1. Les délits relatifs à l'augmentation de capital

a. L'émission d'actions lors d'une augmentation de capital

Les articles L. 242-1 à L. 242-5 du Code de commerce prévus pour la constitution des sociétés par actions, s'appliquent à l'augmentation de capital.

L'article L. 242-17 du Code de commerce interdit aux dirigeants d'une société par actions, sous peine d'une amende de 150 000 € (la peine d'emprisonnement a été supprimée), d'émettre des actions :

- soit sans que le capital antérieurement souscrit de la société ait été intégralement libéré ;
- soit sans que les nouvelles actions d'apport aient été intégralement libérées avant l'inscription modificative au RCS ;
- ou encore sans que les actions de numéraire nouvelle aient été libérées, lors de la souscription, du quart au moins de leur valeur nominale.

Les peines sont doublées lorsque la société fait offre de ses titres au public.

b. La suppression du droit préférentiel de souscription (DPS)

L'article L. 242-20 du Code de commerce sanctionne, d'une peine de 2 ans d'emprisonnement et de 18 000 € d'amende, le fait, pour les dirigeants de sociétés par actions ou pour les commissaires aux comptes :

« De donner ou confirmer des indications inexactes dans les rapports présentés à l'assemblée générale appelée à décider de la suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires. »

2. Les délits relatifs à la réduction de capital

Est puni, d'une peine d'amende de 30 000 €, le fait, pour les dirigeants de sociétés par actions, de procéder à une réduction de capital social sans respecter l'égalité des actionnaires (art. L. 242-23, C. com.).

La réalisation de la réduction de capital est soumise à l'accomplissement de formalités de publicité au RCS. Le non-respect de cette obligation n'est sanctionné que civilement. Ainsi, la décision de réalisation de l'opération peut être annulée (art. L. 225-204, C. com.).

REMARQUE

Faits relatifs aux actions à dividende prioritaire sans droit de vote

La sanction pénale est remplacée par une nullité facultative lorsqu'une société procède à un amortissement de son capital alors que la totalité des actions à dividendes prioritaire sans

..... droit de vote (ADPSDV) n'a pas été intégralement rachetée et annulée. Il en va de même en cas de réduction du capital non motivée par des pertes et en cas de remboursement intégral par la liquidateur des actions ordinaires avant celui des ADPSDV (art. L. 228-35-9, C. com.).

C. LES INFRACTIONS SPÉCIALEMENT PRÉVUES POUR LES SAS

L'article L. 244-2 du Code de commerce sanctionne d'un emprisonnement de 6 mois et de 7 500 € d'amende :

« Le fait, pour un président ou un dirigeant de société par actions simplifiée de ne pas consulter les associés dans les conditions prévues par les statuts en cas d'augmentation, d'amortissement ou de réduction du capital, de fusion, de scission, de dissolution ou de transformation en une société d'une autre forme. »

L'article L. 244-3 du Code de commerce sanctionne, d'une amende de 18 000 € :

« Le fait, pour les dirigeants d'une société par actions simplifiée, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre des actions aux négociations sur un marché réglementé. »

SECTION 6. LES INFRACTIONS RELATIVES AUX EMPRUNTS OBLIGATAIRES

I. L'ÉMISSION D'OBLIGATIONS

L'article L. 245-9 du Code de commerce sanctionne, d'une peine d'amende de 9 000 €, le fait, pour les dirigeants d'une société par actions :

« D'émettre pour le compte de cette société des obligations négociables qui, pour une même émission, ne confèrent pas les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale. »

La peine est de 5 ans d'emprisonnement et 18 000 € d'amende si l'infraction a été commise frauduleusement pour priver les obligataires ou certains d'entre eux d'une part des droits attachés à leur titre de créance (art. L. 245-15, C. com.).

II. LES DROITS DES OBLIGATAIRES

L'article L. 245-11 du Code de commerce punit, d'une peine de 2 ans d'emprisonnement et 9 000 € d'amende :

« Le fait :

1° d'empêcher un obligataire de participer à une assemblée générale d'obligataires ;

2° de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages particuliers pour voter dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que le fait d'accorder, garantir ou promettre ces avantages particuliers. »

L'article L. 245-12 du Code de commerce punit d'une amende de 6 000 € le fait pour les dirigeants et les salariés de la société débitrice, ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants et descendants, de représenter les obligataires à l'assemblée ou d'accepter d'être le représentant de la masse des obligataires.

Le défaut de procès-verbal de l'assemblée des obligataires est puni, par l'article L. 245-13 du Code de commerce, d'une amende de 4 500 €.

Les infractions prévues aux articles L. 245-12 et L. 245-13 du Code de commerce sont punies de 5 ans d'emprisonnement et de 18 000 € d'amende si l'infraction a été commise frauduleusement pour priver les obligataires ou certains d'entre eux d'une part des droits attachés à leur titre de créance (art. L. 245-15, C. com.).

➡ Pour vous entraîner, faites les exercices autocorrigés en fin de série.

Synthèse

Le droit pénal des affaires est un sujet incontournable. Il suffit de regarder les annales de l'État, le délit d'**abus de biens sociaux** (ABS) y est régulièrement cité.

En présence d'un cas pratique en matière pénale, il est indispensable de donner la **qualification de l'infraction** tout en analysant ses **éléments constitutifs** : élément légal, élément matériel et élément moral. L'énoncé peut également vous poser d'autres questions, telles que celles relatives aux **personnes coupables**, à la **prescription**, à l'**action civile** ou aux **sanctions**.

Vous devez en plus vous interroger sur les indices suivants :

- Le **type de société** : par exemple, l'ABS s'applique aux dirigeants d'une SA, d'une SARL, d'une SCA ou d'une SAS, mais pas aux dirigeants d'une SNC, d'une commandite simple ou d'une société civile.
- Si l'entreprise est en redressement ou liquidation judiciaire : les mêmes faits peuvent être qualifiés en ABS avant la cessation des paiements et en banqueroute après celle-ci.
- Si dans cette société, il y a un **commissaire aux comptes** (CAC) : certains délits peuvent être liés à la désignation du CAC, à l'exercice de la profession de CAC, au défaut de convocation du CAC aux assemblées, aux obstacles posés à l'exercice de ses fonctions par le CAC. Les CAC peuvent commettre les délits d'informations mensongères et de non-révélation des faits délictueux. Ils peuvent également être poursuivis, en tant qu'auteur ou complice d'infractions des affaires de droit commun : ABS, etc..
- Si dans cette société, il y a un comité d'entreprise : le délit d'entrave peut être constitué.
- Le cas échéant, il faudra se poser la question d'un éventuel **recel**.
- Les **personnes coupables** : il faut distinguer l'auteur, le coauteur du complice. La qualité du dirigeant (de droit ou de fait) doit être recherchée.
- La responsabilité des **personnes morales** : la responsabilité des personnes physiques n'exclut pas celles des personnes morales à raison des mêmes faits. Les personnes morales sont pénalement responsables des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Afin d'échapper à la responsabilité pénale, la personne morale peut recourir à la méthode de dissolution et de la fusion.

Quand vous mentionnez l'**élément légal**, il ne faut pas faire de confusion entre les dispositions pénales du Code de commerce et celles du Code pénal (de nombreuses infractions sont dispersées dans des lois particulières ou dans d'autres codes). Le principe de légalité est le fondement du droit pénal. En principe, les lois pénales de fond ne sont pas applicables de façon rétroactive. Cependant, la rétroactivité de la loi pénale nouvelle plus douce est un principe universel, auquel le législateur peut cependant déroger expressément.

L'**élément matériel** d'une infraction est le comportement prohibé par la loi. Il faut vérifier si l'infraction est consommée, ou si on est en présence d'une tentative (la tentative est toujours punissable en matière de crime alors qu'une tentative de délit n'est punissable que si la loi le prévoit).

L'étude de l'**élément intentionnel (ou moral)** d'une infraction pose des difficultés. Il faut distinguer le dol général du dol spécial. En général, sans intention, pas d'infraction. Cependant, la loi de 2000 a créé des délits non intentionnels seulement à l'égard des personnes physiques. En cas de **délits non intentionnels** (en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement), lorsque les personnes physiques n'ont pas causé directement le dommage, mais ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, elles sont responsables pénalement uniquement s'il est établi qu'elles ont commis une faute délibérée ou une faute caractérisée. Les causes d'irresponsabilité sont prévues par la loi : contrainte irrésistible, erreur de droit, commandement de l'autorité légitime, etc.

Les **chefs d'entreprise** engagent leur responsabilité pénale pour les infractions qu'ils ont personnellement commises. Des difficultés se posent en revanche concernant les infractions commises au sein de leur entreprise par les tiers. En principe, ils en sont responsables en raison de leur devoir de surveillance au sein de l'entreprise. Néanmoins, afin de soulager la pression pénale pesant sur les dirigeants, la jurisprudence a adopté le mécanisme de la **délégation de pouvoirs** ayant pour objet de transférer la responsabilité pénale du chef d'entreprise à un salarié. Le juge vérifie si la délégation est valable (effective) ou non. À cette fin, trois catégories de conditions de fond sont exigées : celles tenant à la délégation, celles tenant au délégataire, celles tenant au comportement du délégant.

Les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement sont exercées par des juges différents. Un procès pénal débute par une action (ou **poursuite**). Il faut distinguer l'action publique de l'action civile. L'objectif principal de l'action civile est d'obtenir la réparation du préjudice subi, mais accessoirement, elle peut déclencher l'action publique. L'action publique est exercée par le parquet, certaines administrations ou associations, alors que l'action civile est exercée par la partie civile (ex. : la victime, mais pas seulement) qui a subi un préjudice personnel et direct en raison de l'infraction. Le délai de prescription de l'action publique est de 10 ans pour les crimes, de 3 ans pour les délits et de 1 an pour les contraventions. Le délai de prescription de l'action civile de droit commun est de 5 ans. En raison du principe d'opportunité des poursuites, le parquet décide de poursuivre (pour éviter la publicité totale du procès, on peut demander le bénéfice de la procédure dite du « *plaider-coupable* »), de classer l'affaire ou d'engager des procédures alternatives (ces procédures ont également été adoptées en droit de la concurrence et de la procédure fiscale). Si la partie civile dépose une plainte avec constitution de partie civile recevable, le procureur ne peut plus classer l'affaire sans suite. Les juridictions compétentes pour juger les crimes, délits et contraventions sont respectivement la cour d'assises, le tribunal correctionnel et le tribunal de police.

Il faut vous souvenir au moins du nom de toutes les infractions citées dans le cours, non seulement dans cette partie, mais aussi les délits d'initié, de manipulation de cours, de diffusion d'informations inexactes (série 2) et les infractions commises dans le cadre d'une procédure collective (série 4).

En matière d'**ABS**, l'expérience montre que trois points semblent particulièrement difficiles à comprendre : l'appréciation par le juge du terme « *à des fins personnelles* », le délai de prescription, ainsi que le titulaire de l'action civile.

Concernant le **délit de distribution de dividendes fictifs**, il est important de signaler qu'il s'agit d'un délit intentionnel et que l'action civile appartient à la société, aux associés individuellement et aux créanciers.

Quant au **délit de présentation ou de publication de comptes annuels infidèles**, il faut savoir que dans les SARL, seule est sanctionnée la présentation alors que dans les sociétés par actions, sont sanctionnées indépendamment la présentation et la publication. L'élément intentionnel exige un dol spécial : la volonté de dissimuler la véritable situation de la société. L'action civile peut être exercée par la société, l'associé individuellement ou toute personne qui subirait un préjudice direct et personnel du fait. L'infraction de présentation de comptes infidèles permet d'atteindre plus facilement le dirigeant de la société que l'infraction d'ABS.

Le délit de distribution de dividendes fictifs est souvent accompagné du délit de présentation et comptes infidèles.

EXERCICES AUTOCORRIGÉS

Ne pas envoyer à la correction

Exercice 1

ÉNONCÉ

La société Auguet qui exploite une entreprise de vêtements féminins a commandé, en juillet 2011, à la société Léonard, du tissu pour fabriquer des pantalons en velours qui s'est révélé impropre à cet usage. Elle a subi de ce fait des pertes importantes. Les 3 000 pièces confectionnées sont toujours stockées et n'ont pas trouvé preneur.

Les deux sociétés se connaissent bien et ont des relations continues depuis de longues années. La commande du tissu en question a été faite par le nouveau directeur des achats et n'a pas été visée par le directeur technique se trouvant en congé maladie.

La société Auguet refuse de payer le prix du tissu et veut même agir en nullité du contrat pour erreur sur la substance de la chose et engager une action en responsabilité le cas échéant. Elle estime que la société a manqué à son obligation d'information et de conseil.

De son côté, la société Léonard réplique que la marchandise livrée a été vendue comme tissu d'ameublement et non comme tissu d'habillement. Elle ajoute que la société Auguet, professionnelle de la confection et prévenue, de surcroît, de la destination normale du tissu commandé, a, en connaissance de cause, utilisé cette marchandise, à ses risques et périls, pour fabriquer des pantalons.

TRAVAIL À FAIRE

Que pensez-vous des arguments respectifs des parties :

1. Au niveau l'action en nullité et de l'erreur sur la substance ?
2. Au niveau des obligations du vendeur ?
3. Concernant l'action sur le fondement de responsabilité civile contractuelle ? La société Auguet estime avoir subi une perte importance due aux négligences et à la mauvaise foi de sa cocontractante.

CORRIGÉ

1. L'action en nullité et l'erreur substantielle

« Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. »

Art. 1109, C. civ.

« L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. »

Art. 1110, al. 1, C. civ.

L'erreur sur les qualités substantielles de la chose peut être une source de nullité. Pour définir la substance, il faut rechercher quelles sont les qualités que l'on a eues principalement en vue en contractant.

En outre, l'erreur sur les qualités substantielles n'est une cause de nullité du contrat que si elle présente un caractère excusable, la loi n'étant pas là pour protéger les personnes négligentes.

Application : C'est très précisément ce qu'avancait la société Auguet, reprochant à sa partenaire de lui avoir vendu un tissu conçu pour l'ameublement et non un tissu destiné à la confection de pantalons et devant en conséquence présenter les qualités de solidité requises pour cette utilisation.

Mais, cette société est professionnelle de la confection et elle est censée faire la distinction entre les qualités des produits qu'elle utilise. Son erreur n'est pas excusable et son action en nullité est vouée à l'échec.

2. Les obligations du vendeur

Le vendeur est tenu par les obligations d'information, de conseil et de délivrance.

a. L'obligation d'information

Elle consiste à fournir à l'acheteur des éléments d'information qu'il aurait et que l'acheteur ignore. Cette obligation pèse de façon différente selon la qualité des parties, professionnel ou profane.

Le vendeur est un professionnel :

- Si l'acheteur est un profane : le vendeur est tenu absolument de cette information.
- Si l'acheteur est un professionnel : le vendeur est tenu de renseigner l'acheteur dans la mesure où la compétence de celui-ci ne lui donne pas les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques de la chose.

b. L'obligation de conseil

Il consiste à guider l'acquéreur, à l'orienter dans son choix par une appréciation professionnelle. Cette obligation concerne le plus souvent le vendeur professionnel traitant avec un profane.

Ces obligations sont généralement considérées comme des obligations de moyen. Le vendeur doit faire tout son possible pour donner la bonne information.

c. L'obligation de délivrance

Elle est définie comme le « *transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* » (art. 1604, C. civ.). Elle permet d'assurer le transfert de la possession de l'acheteur.

C'est donc la mise à disposition par le vendeur à l'acheteur de la chose vendue. Le vendeur doit délivrer la chose vendue et non une chose différente, c'est donc une chose conforme aux spécifications.

Application : Tout en sachant que l'acheteur le destinait à la confection, elle avait vendu, comme tel, du tissu d'ameublement que la société Auguet avait utilisé « *à ses risques et périls* » à un autre usage. On peut dire, dès lors, que la société Léonard avait été « *réticente* ». Mais lorsque l'acheteur est lui-même un professionnel, le vendeur n'a d'obligation que :

« Dans la mesure où la compétence de cet acheteur ne lui donne pas les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques des biens qui lui sont livrés. »

Or, dans cette affaire, il faut bien admettre qu'un fabricant de pantalons doit connaître la qualité du tissu qui lui est nécessaire et qu'il se trouve, en tout cas, mieux placé pour ce faire qu'un fabricant de tissu d'ameublement.

3. La responsabilité civile contractuelle

Comme en matière de responsabilité délictuelle, la responsabilité contractuelle suppose la réunion de trois éléments : une faute ou un manquement contractuel, un préjudice et un lien de causalité.

a. Une faute ou un manquement contractuel

Cela peut être une inexécution, une exécution défectueuse ou le retard dans l'exécution.

Application : Dans notre cas, la société Léonard a bien livré le tissu en question. Si on se limitait à son obligation de livraison, elle s'en est acquittée. Mais, en tenant compte des relations d'affaires établies de longue date, elle aurait dû s'apercevoir que le tissu est inapproprié pour la fabrication de pantalons.

Les causes d'exonération

Le Code civil évoque des cas où le débiteur est exonéré de sa responsabilité. Ainsi l'article 1147 prévoit que celui-ci n'est pas responsable lorsque « *l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée* » et l'article 1148 ajoute que :

« Il n'y a aucun dommage et intérêt lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit. »

Il existe trois cas variés d'exonération : la force majeure, le fait d'un tiers ou du créancier :

- Force majeure est caractérisée par irrésistibilité, imprévisibilité et extériorité de l'événement.
- Fait d'un tiers : le débiteur peut parfois être empêché d'exécuter son obligation du fait d'un tiers.
- Fait du créancier : le créancier ne peut faire engager la responsabilité du débiteur alors qu'il était à l'origine du manquement de ce dernier.

Application : Dans notre espèce, le seul cas d'exonération qu'on peut éventuellement invoquer est le fait du créancier : la société Auguet est un professionnel de la confection. Elle est censée faire la distinction entre un tissu d'ameublement et un tissu de confection.

b. Le préjudice

Tous les moyens (patrimonial, moral, corporel, matériel) peuvent donner lieu à réparation dans le cadre de la responsabilité contractuelle. Le dommage matériel comprend non seulement les pertes subies mais aussi le manque à gagner.

Mais, pour qu'il donne lieu à réparation, il faut qu'il soit prévisible lors de la conclusion du contrat.

Application : La société a bien subi un préjudice. Les pantalons confectionnés n'ont pas trouvé preneurs et sont toujours stockés.

c. Le lien de causalité

Il faut un lien immédiat direct entre le manquement et le préjudice.

Application : Au sujet de la société Aubert, le lien de causalité entre la faute et le préjudice est très ténu. On peut dire en définitive que, même s'il y avait eu une certaine réticence de la part de la société Léonard, la société Auguet a contribué à son propre préjudice. Son action semble vouée à l'échec.

Exercice 2 : Cas SA Duven

ÉNONCÉ

M. Julien est président du conseil d'administration et directeur général de la SA Duven. Cette société est spécialisée dans la fabrication de composants pour amplificateurs et son siège social est à Paris.

En octobre 2011, M. Julien, ayant personnellement besoin de fonds pour l'achat d'une automobile qu'il compte utiliser pour ses loisirs, tente de soustraire la somme de 10 000 € de la caisse sociale. Les conditions de cette soustraction de fonds étaient trop risquées, selon lui, car sa secrétaire, face à son attitude univoque, s'est aperçue de son intention. Il a donc renoncé à son acte.

En décembre 2011, il fait l'acquisition au nom de la société Duven d'un appartement d'une valeur de 300 000 euros. Il s'installe dans cet appartement, qui est la propriété de la société, avec sa concubine, Mlle Lidis, pour un loyer dérisoire de 15 € par mois. Il donne, par ailleurs, à Mlle Lidis un ordinateur portable quasiment neuf de la société d'une valeur de 1 500 euros.

TRAVAIL À FAIRE

Qualifiez pénalement les faits pouvant être reprochés à M. Julien.

CORRIGÉ

Les éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux sont :

- un acte d'usage de biens de la personne morale ;
- cet usage doit être contraire à l'intérêt social de la personne morale ;
- avoir agi à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle le dirigeant est intéressé directement ou indirectement ;
- la mauvaise foi, qui constitue l'élément moral de l'infraction : c'est-à-dire, avoir agi sciemment.

Un acte de disposition n'est pas nécessaire, ni même un détournement. Un simple acte d'administration peut constituer l'infraction.

a. En octobre 2011, M. Julien tente de soustraire la somme de 10 000 € de la caisse sociale.

« La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. »

Art. 121-5, C. pén.

Le domaine d'application de la tentative :

- la tentative de crime est toujours punissable ;
- la tentative de délit n'est punissable que si le texte de loi visant telle ou telle infraction le prévoit expressément ;
- la tentative de contravention : n'est pas punissable en principe.

Ainsi, la tentative d'abus de biens sociaux n'est pas punissable. Le texte ne comporte pas les mots « tentative » ou « tenté ».

M. Julien ne pourra pas faire l'objet de poursuites du fait qu'il a tenté de soustraire une somme dans la caisse sociale. La tentative, en l'espèce, n'est donc pas punissable.

b. L'installation de M. Julien et de sa concubine, Mlle Lidis, dans un appartement de la SA Duven

Dans ce cas, il y a effectivement abus de biens sociaux : le fait de prendre à bail un appartement qui est la propriété de SA Duven **pour un loyer d'un montant dérisoire – (15 € par mois)** – est un acte d'administration blâmable qualifié d'abus de biens sociaux.

REMARQUE

Au regard du droit des sociétés, nous sommes en présence d'une convention réglementée.

c. La dissipation de l'ordinateur portable

Le fait pour M. Julien de donner un ordinateur, propriété de la société, à sa concubine, est un acte de dissipation qui constitue également un abus de biens sociaux.

Exercice 3 : Cas SA Epsilia**ÉNONCÉ**

La SA Epsilia a été constituée en 2001. Elle est spécialisée dans la fabrication de textiles. Son siège social est à Lyon et elle comporte 57 salariés.

Jusqu'en 2010, les résultats de cette société étaient florissants, des investissements très importants ont été réalisés, notamment l'achat à crédit de trois machines, et la SA a conclu un bail portant sur de vastes locaux, car elle espérait augmenter notablement sa productivité.

Mais, dès mars 2011, trois clients très importants ont cessé toutes relations commerciales avec la SA. Son chiffre d'affaires a baissé de 45 %.

En fin d'année 2011, le comptable de la société annonce au président du conseil d'administration, M. Lefloux, qui est également directeur général, que les résultats de l'exercice vont se solder par une perte de près de 700 000 €.

M. Lefloux s'entretient avec le comptable de l'entreprise et lui donne pour consignes de majorer certains actifs, de porter à l'actif du bilan des créances fictives, d'inscrire une créance de recouvrement douteux à la rubrique effets de commerce, et d'omettre d'inscrire certaines réserves. Le comptable répond à M. Lefloux qu'il s'agit là d'une très bonne idée, qu'il met immédiatement à exécution, ce qui permettra de présenter aux actionnaires un bilan conforme à leurs attentes.

Les documents comptables ont été mis, conformément à la loi, à la disposition des actionnaires, au siège social, 15 jours avant la tenue de l'assemblée générale ordinaire. Et tous les actionnaires, sauf deux, ont consulté de ces documents.

TRAVAIL À FAIRE

Qualifiez l'infraction qui peut être retenue au regard des faits.

CORRIGÉ

En l'espèce, nous sommes en présence du **délit de publication (ou de présentation) de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle** du résultat des opérations de l'exercice. Ce délit comporte les éléments constitutifs suivants :

- d'une part, des comptes annuels infidèles : plus précisément, des comptes ne donnant pas une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine. En l'espèce, il y a fraude consistant dans le fait de majorer certains actifs, de porter à l'actif du bilan des créances fictives, d'inscrire une créance de recouvrement douteux à la rubrique effets de commerce, et d'omettre d'inscrire certaines réserves ;
- d'autre part, une publication (ou présentation) des comptes annuels : ces conditions sont alternatives et non pas cumulatives. La seule publication ou la seule présentation suffit (dans le cadre de la société anonyme, l'article L. 242-6, 2° prévoit la publication ou la présentation, alors que dans la SARL, l'article L. 241-3, 3° ne prévoit que la présentation aux associés des comptes annuels) ;
- et, enfin un élément moral : c'est « *l'action en connaissance de cause* ». Le dirigeant, doit avoir agi sciemment, avoir eu la volonté de dissimuler la véritable situation de la société.

L'assemblée générale ordinaire de la SA Epsilia ne s'est pas encore tenue. Mais il y a eu mise à disposition des actionnaires 15 jours avant la tenue de l'assemblée générale ordinaire des comptes annuels au siège social. Et tous, sauf deux, ont eu communication de ces documents.

La présentation est certes réalisée lors de l'envoi des documents aux actionnaires ou lors de la soumission de ceux-ci à l'assemblée des actionnaires.

Mais, la présentation est également réalisée dès la mise à disposition – au siège social – des actionnaires des comptes annuels. Dans le cas qui nous occupe, le délit est consommé à cette date.

INDEX

- Abus de biens sociaux 127, 130, 160, 169, 178, 185
 Abus de confiance 126, 130, 131, 132, 170
 Acceptation de l'offre 27
 Acte apparent 51
 Acte à titre onéreux 50
 Acte d'administration 42, 71, 170
 Acte de conservation 42
 Acte de disposition 170
 Acte ostensible 50, 77
 Acte secret 50
 Action civile 153, 158, 159, 160, 161, 162, 174, 175, 177, 185
 Action de substitution 161
 Action directe 55, 84
 Action publique 128, 153, 155, 156, 157, 158, 160, 162
 Action ut singuli 160, 174
 Amende 110, 146, 147, 148, 154
 Amnistie 152
 Annulation 35, 41, 115
 Appel circulant 168
 Application immédiate des lois pénales de forme 128
 Assurance 48
 Assurance de responsabilité 112
 Astreinte 60, 84, 91
 Autorité légitime 136
 Avance sur police 120
 Avant-contrats 25
 Avertissement 154
 Ayant-cause 56
 Ayants-cause à titre particulier 51, 52
 Ayants-cause à titre universel 51
 Bonne foi 32, 42, 57, 68, 69, 70, 71, 74, 85, 101
 Caducité 39
 Capacité 34, 73
 Cause 36, 37, 68, 70, 73, 101
 Cautionnement 22, 23, 165, 172
 Cession de contrat 56
 Chambre de l'instruction 163
 Chambre des appels correctionnels 168
 Chose de genre 72, 76, 78
 Chose future 76
 Chose hors commerce 36
 Citation directe 154, 157
 Classement sans suite 154, 156
 Clause abusive 24, 96
 Clause de découvert 114
 Clause de dédit 67
 Clause de garantie de passif 57
 Clause de non-concurrence 60, 67, 94
 Clause de non-responsabilité 66
 Clause de réserve de propriété 72, 78, 79
 Clause de révision 49
 Clause d'exclusion de responsabilité 84
 Clause d'inaliénabilité 73
 Clause d'indexation 49
 Clause exclusive ou limitative de responsabilité 61, 66, 67
 Clause exonératoire de responsabilité 103
 Clause pénale 56, 60, 67, 90, 101
 Clause résolutoire 49, 57
 Commencement d'exécution 131
 Commissaire aux comptes 127, 183
 Comparution immédiate 154, 165
 Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité 154
 Comparution volontaire 154
 Complice 130, 146, 169, 177, 185
 Complicité 130, 176
 Composition pénale 155, 158
 Concession 89, 93
 Condition 42, 78
 Condition casuelle 43
 Condition potestative 43, 101
 Condition résolutoire 43, 111
 Conditions potestatives 43
 Condition suspensive 75, 79, 111
 Confirmation 40
 Conformité 85, 128
 Consensualisme 23, 24
 Consentement 25, 73, 118
 Consommateur 96
 Contrainte irrésistible 134, 135
 Contrat 22, 24, 41
 Contrat à durée déterminée 26, 91
 Contrat à durée indéterminée 48, 91
 Contrat à exécution successive 23, 46, 71
 Contrat aléatoire 22, 23
 Contrat à titre gratuit 22
 Contrat à titre onéreux 37
 Contrat commutatif 22, 73
 Contrat consensuel 23
 Contrat d'adhésion 24
 Contrat de consommation 45
 Contrat de dépôt 22, 23, 82
 Contrat de franchise 92
 Contrat de gré à gré 24

- Contrat d'entreprise 35, 71, 82
- Contrat de travail 93
- Contrat électronique 28
- Contrat instantané 23
- Contrat négocié 24
- Contrat nommé 23
- Contrat préparatoire 74
- Contrat réel 23
- Contrats solennels 23
- Contrat synallagmatique 22, 36, 68, 69, 70, 73
- Contrat unilatéral 22
- Contravention 125, 127, 131, 146, 152, 154, 157, 159, 163, 168
- Contre-lettre 50, 77
- Contre-offre 27
- Contrôle judiciaire 165, 166
- Convocation en justice 154
- Coopération commerciale 88
- Corps certain 72, 76
- Cour d'assises 167, 168
- Créancier chirographaire 52
- Crime 125, 127, 130, 131, 132, 138, 148, 150, 152, 154, 159, 163, 166, 167, 168, 169
- Date certaine 52
- Déchéance du droit aux intérêts 110
- Déchéance du terme 45
- Délai de grâce 45, 56, 70
- Délai de prescription 131, 159
- Délai de réflexion 28, 34, 110
- Délai de repentir 98
- Délai de rétractation 34
- Délégation de pouvoirs 139, 140
- Délit 125, 127, 131, 132, 138, 148, 150, 152, 154, 157, 159, 163, 166, 168, 169
- Délit de détention d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote 187
- Délit d'émission d'actions de société irrégulièrement constituée 180, 181
- Délit d'émission de valeurs mobilières dans une SARL 186
- Délit de négociation irrégulière d'actions de numéraire 186
- Délit d'entrave 127, 139, 183
- Délit de présentation ou de publication de comptes annuels infidèles 131, 133, 178
- Délit d'initié 185
- Délit flagrant 154
- Délit intentionnel 178, 185
- Délivrance 80, 81
- Demande d'indemnisation des frais de justice exposés 169
- Détention criminelle 149
- Détention provisoire 165, 166
- Détermination du prix 77
- Dirigeant de droit 139, 169
- Dirigeant de fait 139, 169
- Dissolution 143
- Dol 31, 40, 80
- Dol général 132
- Dol spécial 132, 178
- Domage 26, 38, 61, 63
- Donation 22, 50, 77
- Droit de préemption 73, 95
- Droit de repentir 67
- Droit d'intervention 161
- Droit préférentiel de souscription 187
- Échange des consentements 72, 74
- Économie du contrat 87
- Effet dévolutif 168
- Effet relatif du contrat 47, 48, 55
- Effet suspensif 168
- Élément légal 127, 132, 145
- Élément matériel 127, 130, 131, 132, 145, 170
- Élément moral 127
- Élément moral intentionnel 126, 131, 132, 145
- Emprisonnement 154
- Emprunt obligataire 188
- Erreur 29, 31, 40
- Erreur de droit 132, 136
- État de nécessité 137
- Exception d'illégalité 128
- Exception d'inexécution 22, 68
- Exclusivité 89, 90, 95
- Exécution forcée 27, 59, 75, 90
- Extinction de l'action publique 158
- Extinction de la peine 152
- Faculté de remplacement 60, 84
- Faute 132
- Faute caractérisée 133, 134
- Faute délibérée 134
- Faute dolosive 62
- Faute grave 62
- Faute intentionnelle 62, 113, 132
- Faute lourde 62, 63, 67
- Faute non intentionnelle 133, 134, 143
- Forçage du contrat 58
- Force majeure 62, 64, 68, 71, 72, 99, 104, 116, 132, 134, 136
- Force obligatoire du contrat 43, 47, 50, 56, 58
- Franchise 114, 116
- Fusion 143
- Garantie des vices cachés 56, 81, 84
- Grâce 152
- Indemnité d'immobilisation 74
- Individualisation 76
- Individualisation de la peine 146
- Infraction 125, 130
- Infraction consommée 130

- Infraction continue 131, 159
 Infraction de commission 130
 Infraction d'omission 130
 Infraction instantanée 131, 175
 Infraction intentionnelle 177, 179, 185, 186
 Infraction non intentionnelle 180
 Intangibilité du contrat 49
 Interdépendance des contrats 110
 Intérêt collectif 158, 162
 Intérêt général 39, 158
 Intérêt personnel 172
 Intérêt social 170, 172
 Interprétation du contrat 58
 Interprétation stricte de la loi pénale 127
 Interruption de la prescription 159
 Interruption involontaire 131
 Intuitu personae 46, 48, 60, 70, 73, 86, 92
 Irrévocabilité du contrat 48
 Jour-amande 147
 Juge de proximité 167
 Juge des libertés et de la détention 163, 164, 165, 166
 Juge d'instruction 153, 154, 157, 159, 160, 163, 165, 166
 Jugement rendu par défaut 168
 Légitime défense 136
 Lésion 22, 30, 34, 35, 39, 50, 77
 Liberté contractuelle 26, 36, 48, 73
 Liquidateur 180, 181
 Loi pénale de fond 128
 Loi pénale de forme 129
 Loyauté 57
 Majoration frauduleuse des apports en nature 179
 Mandat 22, 23, 42, 70, 89, 164
 Mandataire ad litem 145
 Mandataire social 144
 Mandat d'amener 164
 Mandat d'arrêt 164, 166
 Mandat de comparution 164
 Mandat de dépôt 164, 166
 Mandat de recherche 164
 Manque à gagner 63
 Mauvaise foi 26, 57, 69, 71, 119, 179
 Médiation 155
 Ministère public 39, 153
 Mise en danger 132, 135
 Mise en demeure 60, 61, 64, 68, 70, 72, 115
 Mis en examen 165
 Nantissement de la police d'assurance 120
 Non-assistance à personne en danger 130
 Non-convocation de l'assemblée générale annuelle 181
 Non-professionnel 96
 Non-rétroactivité 127, 128
 Non-révélation de faits délictueux par le commissaire aux comptes 130, 185
 Nullité 23, 33, 38, 40, 71, 76, 94, 99, 118
 Nullité absolue 37, 39, 40
 Nullité relative 31, 32, 35, 39, 40
 Objet 35, 73, 76, 77
 Obligation de coopération 57
 Obligation de faire 60
 Obligation de loyauté 57
 Obligation de moyens 80, 83, 85, 94
 Obligation de non-concurrence 52, 62, 94
 Obligation de renseignements 33, 85, 94
 Obligation de résultat 55, 62, 84, 85
 Obligation de sécurité 59, 80, 85, 102, 103
 Obligation d'information 32, 33, 59, 80, 96
 Offre 25, 110
 Opportunité des poursuites 154
 Opposition 167
 Ordonnance 164
 Ordonnance de mise en accusation 165
 Ordonnance de mise en examen 164
 Ordonnance de non-lieu 164
 Ordonnance de renvoi 164
 Ordonnance de soit-communiqué 164
 Ordonnance de transmission 164
 Ordonnance de validation 156
 Ordonnance d'incompétence 164
 Ordonnance d'irrecevabilité 164
 Ordre de la loi 136
 Ordre public 23, 36, 37, 39, 65, 83, 104
 Organe 144
 Pacte de préférence 25, 73
 Partie civile 163, 178
 Peine 177, 180
 Peine complémentaire 146, 148, 149
 Peine contraventionnelle 146
 Peine correctionnelle 165, 166
 Peine criminelle 165
 Peine de substitution 147
 Peine privative ou restrictive de droit 146, 148
 Personnalité de la responsabilité pénale 139
 Personnalité des peines 151
 Plaider-coupable 154
 Plainte avec constitution de partie civile 157, 160
 Point de départ du délai de prescription 40
 Porte-fort 55
 Pourparlers 26, 58, 82
 Poursuite 153, 159
 Pourvoi en cassation 168
 Pourvoi en révision 169
 Préjudice collectif 161
 Prescription 152, 155, 156, 159, 177, 179
 Prescription de l'action publique 175

- Prescription de la peine 150
- Présomption d'innocence 166
- Prêt 23, 45
- Principe de légalité 127, 128, 146
- Prix 78, 83, 85, 87
- Procédure alternative aux poursuites 154
- Proches de la victime 160
- Procureur de la République 153, 154, 156, 157, 160
- Produit défectueux 66, 102
- Professionnel 96
- Promesse synallagmatique 25
- Promesse unilatérale 25, 82
- Promesse unilatérale de vente 27
- Qualification du contrat 57
- Quasi-contrat 21, 61
- Rachat de l'assurance-vie 120
- Recel 131
- Recel d'abus de biens sociaux 173
- Récidive 146, 150, 151
- Réclusion criminelle 149
- Recours en réparation de la détention 169
- Réduction du contrat 120
- Réduction du prix 85
- Refus de vente 73, 91, 95
- Réhabilitation 152
- Réitération d'infractions 151
- Remboursement anticipé 45
- Rembourser par anticipation 111
- Rendez-vous judiciaire 154
- Renonciation 118
- Représentant de la personne morale 144
- Réquisition de non-informer 157
- Réquisition de non-lieu 158
- Réquisitoire à fin d'informer 154
- Réquisitoire introductif d'instance 154
- Rescision 22
- Résiliation 23, 35, 37, 38, 71, 75, 85, 90, 91, 94, 115, 116, 119
- Résolution 22, 23, 37, 38, 54, 59, 68, 69, 70, 84
- Responsabilité contractuelle 59, 84, 90, 96
- Responsabilité délictuelle civile 26, 52, 61
- Responsabilité du fait d'autrui 139
- Restitution 42
- Réticence 32
- Rétractation 26
- Rétroactivité 41, 42, 71
- Rétroactivité in mitius 128
- Révision 23, 87
- Révocation 26, 48, 49, 54
- Sanction-réparation 146, 149
- Savoir-faire 92, 93, 94
- Simulations 50
- Société de fait 94
- Société en participation 143
- Solidarité 47
- Sous-traitant 83, 84, 103
- Stage de citoyenneté 147
- Stipulation pour autrui 53, 116
- Sursis 151, 154
- Suspect 165
- Suspension du délai de prescription 159
- Syndicat professionnel 161
- Tacite reconduction 28, 46
- Témoin assisté 165
- Tentative 131, 174, 178, 183
- Terme 44
- Terme certain 45
- Terme extinctif 46
- Terme incertain 45
- Terme suspensif 76, 78
- Théorie de l'apparence 42
- Théorie des risques 68, 71
- Titre onéreux 22
- Transaction 155, 156
- Transfert de la propriété 72, 73, 78, 81
- Travail d'intérêt général 147, 151
- Tribunal correctionnel 155, 167
- Tribunal de police 167
- Trouble psychique ou neuropsychique 135, 138
- Vente 22, 26, 35, 36, 37, 41, 50, 62, 72, 73, 75, 89
- Vente à la dégustation 75
- Vente à l'essai 75
- Vente en l'état futur d'achèvement 79
- Vice du consentement 38, 39, 100
- Victime 130, 153, 156, 160
- Violence 33, 40
- Voie de recours 167

À envoyer à la correction

Auteurs : Claude d'ELLOY et Haiying WANG-FOUCHER

INFORMATIONS IMPORTANTES

Les devoirs doivent être rédigés de façon pertinente, complète et concise.

Afin d'éviter l'inflation de la taille des devoirs par copier-coller et/ou par développements hors sujet et inutiles, un devoir ne peut comporter au maximum que 6 pages recto (police 12, inter-ligne simple). Seules les 6 premières pages seront corrigées.

En cas de constatation de copies présentant des similitudes troublantes, aucune des copies concernées ne sera notée.

Pour augmenter vos chances de réussir l'examen, il est impératif que vous vous entraîniez chez vous à faire des devoirs dans des conditions similaires à celles de l'examen, c'est-à-dire sur support papier.

EXERCICE 1 : DROIT DES CONTRATS (10 POINTS)

La société Epsilon détient 100 % des parts de la société Psi qui a pour activité la location de longue durée de matériel médical.

La société Epsilon décide de céder la totalité des titres représentant le capital de la société Psi à la société Oméga, en lui dissimulant l'engagement contractuel pris par la société Psi de permettre à certains de ses clients d'acheter le matériel loué à un prix résiduel avantageux en fin de contrat.

Quelques temps après la vente, la société Oméga prend connaissance de ces informations, et décide d'agir en justice.

TRAVAIL À FAIRE

1. Indiquez si une action en nullité de la cession des titres de la société Psi aurait des chances d'aboutir. Justifiez votre réponse. (4 points)

La société Oméga décide d'agir non seulement en nullité de la cession des titres de la société Psi, mais aussi d'engager une action en responsabilité contre la société Epsilon.

2. Une action en responsabilité pourrait-elle être exercée concurremment avec l'action en nullité ? Sur quel fondement juridique ? (1 point)

3. Est-il possible pour la société Oméga de ne pas demander l'annulation du contrat ? (2 points)

4. Dans l'hypothèse où la société Oméga ne souhaiterait pas demander l'annulation du contrat, de quel préjudice pourrait-elle prétendre à la réparation ? Pour répondre à cette question, vous vous appuyerez sur les deux arrêts rendus par la Cour de cassation sur la même affaire. (2 points)

Cass. civ. 1, 25 mars 2010, n° 09-12895

[...]

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société GLS a cédé à la société Parsys le 16 septembre 1999 pour le prix de 7 470 000 euros la société EFSI qu'elle détenait et qui avait pour activité la location longue durée de matériel informatique ; que la société Parsys et le commissaire à l'exécution de son plan de continuation ont mis en œuvre la procédure arbitrale prévue au contrat, soutenant que la société GLS avait dissimulé, lors de la négociation, l'existence de contre-lettres consenties par EFSI à certains de ses locataires afin de leur permettre d'acquérir le matériel loué à un prix résiduel avantageux en fin de contrat ; que la cour d'appel a confirmé la sentence arbitrale en ce qu'elle avait retenu, au visa des articles 1116 et 1382 du Code civil, l'existence d'une réticence dolosive précontractuelle et, l'infirmité sur le montant du préjudice indemnifiable, a condamné la société GLS à payer à ce titre, à la société Parsys la somme de 10 000 000 d'euros avec intérêts au taux légal à compter de sa décision outre celle de 75 000 € au titre du remboursement des honoraires des arbitres et celle de 150 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que pour évaluer le préjudice subi par la société Parsys du fait de la réticence dolosive de la société GLS, la cour d'appel retient qu'il résulte de l'arrêt avant dire droit du 6 juillet 2006 que le préjudice réparable constaté par la cour consiste, dans son principe, dans la perte de chance d'obtenir les gains attendus de l'acquisition des actions d'EFSI en raison des contre-lettres ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de cette décision qui se borne à retenir que le préjudice né de cette réticence dolosive avait consisté à amener la société Parsys à contracter alors qu'elle ne l'aurait pas fait ou l'aurait fait dans des conditions différentes si elle avait été complètement informée, et violé l'article 1134 du Code civil ;

Sur le premier moyen, pris en sa troisième branche :

Vu les articles 1116 et 1382 du Code civil ;

Attendu que pour évaluer le préjudice subi par la société Parsys du fait de la réticence dolosive de la société GLS, l'arrêt retient encore que le vendeur a caché à l'acquéreur, lors des négociations, l'existence d'options d'achat du matériel loué en fin de contrat consenties par la société cédée à certains de ses clients, que « le préjudice résultant de la dissimulation se confond nécessairement avec celui résultant du fait dissimulé, l'un n'existant pas sans l'autre et qu'ainsi GLS ne peut sérieusement prétendre que ces options d'achat ne lui étant pas directement imputables elle ne serait pas responsable de leurs conséquences » ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le préjudice ne pouvait, en l'espèce, résulter que de la perte d'une chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses que celles qu'a acceptées la société Parsys, et non de la perte d'une chance d'obtenir les gains attendus par elle qu'interdisaient les contre-lettres litigieuses, même si elles n'avaient pas été dissimulées, la cour d'appel a replacé la société Parsys dans une situation qui n'aurait jamais pu exister même en l'absence de réticence dolosive de la société GLS, et violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, [...] CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a condamné la société GLS à payer à la société Parsys la somme de 10 000 000 € avec intérêts au taux légal à compter de sa décision, outre celle de 75 000 € au titre du remboursement des frais d'arbitrage et celle de 150 000 € au titre de l'article 700, l'arrêt rendu le 12 mars 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; [...]

Condamne la société Parsys aux dépens ; [...]

Cass. com., 10 juillet 2012, n° 11-21954

[...]

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (1^{re} Civ., 25 mars 2010, pourvoi n° 09-12.895), que la société Gestion location service (la société GLS) a cédé à la société Parsys, le 16 septembre 1999, la totalité des actions représentant le capital de la société EFSI qu'elle détenait et qui avait pour activité la location longue durée de matériel informatique ; que soutenant que la société GLS avait dissimulé, lors de la négociation, l'existence de contre-lettres consenties par la société EFSI à certains de ses locataires afin de leur permettre d'acquérir le matériel loué à un prix résiduel avantageux en fin de contrat, la société Parsys et le commissaire à l'exécution de son plan de continuation ont mis en œuvre la procédure arbitrale prévue au contrat ; que la cour d'appel a confirmé la sentence arbitrale en ce qu'elle avait retenu, au visa des

.../...



.../... articles 1116 et 1382 du Code civil, l'existence d'une réticence dolosive précontractuelle et, l'infirmité sur le montant du préjudice indemnisable, a condamné la société GLS à payer à ce titre certaines sommes à la société Parsys ; que devant la cour d'appel de renvoi, la société Parsys a demandé que la société GLS soit condamnée au paiement de dommages-intérêts en réparation de la perte de chance d'avoir pu réaliser un autre investissement ; que la société GLS a soulevé l'irrecevabilité de cette demande et, subsidiairement, a contesté son bien-fondé en soutenant que la société Parsys pouvait seulement prétendre à la réparation de la perte de chance d'avoir pu mieux négocier le prix d'acquisition de la société EFSI ;

[...]

Sur le deuxième moyen, pris en ses deux branches :

Vu les articles 1116 et 1382 du Code civil ;

Attendu que, pour statuer comme il fait, l'arrêt retient que la société Parsys peut obtenir réparation de la perte de chance de conclure un contrat plus avantageux sans avoir demandé la nullité du contrat affecté de dol ; qu'il ajoute que la perte de chance pour la société Parsys de réaliser une meilleure opération si elle avait été complètement informée est sans lien avec la conservation des actions de la société EFSI dans son patrimoine, le préjudice résultant de cette perte de chance s'étant produit au moment de la réalisation de l'opération ; qu'il retient encore que la décision de la société Parsys de maintenir le contrat n'a pas rompu le lien de causalité entre la faute précontractuelle et le préjudice dont il est demandé réparation ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la société Parsys ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, son préjudice réparable correspondait uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, [...] CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 mai 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ; [...]

Le président du Conseil d'administration de la société Oméga, Monsieur Dupont, a acquis, en 2003, une ravissante maison d'habitation, assurée par la compagnie Assurtout.

Au cours des années 2003 à 2012, la commune où se situe la maison a enregistré de nombreux mouvements de terrains qui ont fait apparaître de nombreuses fissures dans la maison de Monsieur Dupont. Un décret du 12 mai 2012 a déclaré ce phénomène géotechnique « catastrophe naturelle ».

5. Quelles sont les obligations de chacune des parties lors de la réalisation du risque dans le contrat d'assurance ? (1 point)

EXERCICE 2 : DROIT PÉNAL (10 POINTS)

Jean-Claude et Justin se connaissent depuis leur petite enfance. Après avoir effectué leurs études ensemble, leur amitié est encore plus forte aujourd'hui.

Hommes d'affaires et financiers avertis, ils ont constitué au fil des années un groupe de sociétés dont la société mère est la société ACBO, une SA. Jean-Claude en est président et Justin l'administrateur. Par l'intermédiaire de deux filiales, la société ACBO a pris le contrôle de la société Kiaba SA, qui exerçait une activité de marchands de biens et dont Jean-Claude était président du conseil d'administration.

En raison de la crise de l'immobilier, les commissaires aux comptes de la société Kiaba ont recommandé de façon pressante de constituer des provisions, ce qui n'a pourtant pas été réalisé.

De plus, les comptes annuels de la société Kiaba, clos au 31 décembre 2011 et soumis à l'assemblée générale ordinaire des actionnaires du 29 juin 2012, à laquelle participait Jean-Claude, présentaient une surestimation du poste « stock » des immeubles ; le résultat comptable traduisait une perte moindre que ce qu'elle aurait dû montrer. Cependant, Jean-Claude, souhaitant donner une image de la société beaucoup plus favorable que ce qu'elle était réellement, a réussi, grâce à son charisme, à faire adopter les comptes et à les faire publier.

Par ailleurs, la société ACBO a payé à la société Findest SAS, dont Loïc, fils unique de Justin, est le dirigeant, le montant de deux factures, l'une de 50 000 euros pour « frais d'étude financière », l'autre de 100 000 euros pour « conseils en stratégie financière » concernant une opération de portage d'actions réalisée pour la société ACBO par la société Findest. Or, les prestations fournies étaient totalement dépourvues de caractère sérieux, aucune analyse financière approfondie n'ayant été réalisée.

TRAVAIL À FAIRE

1. À quelles infractions pénales ces faits peuvent-ils se rapporter ? Les infractions sont-elles constituées ? (8 points)

Une fédération de syndicats du secteur de l'immobilier souhaitant défendre les intérêts de la profession prétend se constituer partie civile.

2. Cette action est-elle susceptible d'être couronnée de succès ? (2 points)

